

REVISTA
DA
PROCURADORIA-
-GERAL
DO ESTADO



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	nº 48	p. 238	1993
------	--------------	-------	-------	--------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.
v. 20 n.º 48 + 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.



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

Carlos do Amaral Terres (Presidente)
Caio Martins Leal
Francisco de Paula Salzano Vieira da Cunha
Jorge Arthur Morsch
José Hugo Valvírio Castro Ramos
Luiz Carlos Adams Coelho
Maria Amália Dias de Moraes
Maria Izabel de Araújo Ribeiro Fonyat
Márjori Teixeira Düren

EQUIPE TÉCNICA

Execução, Revisão e Distribuição

Guacira de Lima Abreu Parahyba
Maria Claudia Bassi Polidori
Maria Cristina Villão

SUMÁRIO

DOCTRINA

MÁRIO BERNARDO SESTA	Isonomia Remuneratória das Carreiras Jurídicas	11
MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES	A Constituição e o Direito Civil ..	45

PARECERES

CAIO MARTINS LEAL	Correção cambial em contratos administrativos — 7666.....	57
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Aposentadoria voluntária com proventos proporcionais — 8025.....	67
EUNICE ROTTA BERGESCH	Integração do servidor cedido à fundação cessionária — 8220 ...	71
CLARITA GALBINSKI	Aplicação do artigo 19 do ADCT ao contrato de trabalho suspenso — 8334.....	75
ADNOR GOULART	A satisfação dos créditos de caráter alimentar através do precatório — 8375	81
SÍLVIA LA PORTA	Normas gerais sobre licitação — 8909	89
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	A Lei da contagem recíproca e a nova Constituição — 9323	95
MAURÍCIO A. MORAES	A ampla defesa na sindicância — 8931	101
TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO	Indenização de serviços prestados ao Estado com autorização de servidor — 9042	103
EUNICE NEOUETE MACHADO	Atualização do valor das obrigações pecuniárias devidas pela administração a seus servidores — 9319	107
MÁRIO BERNARDO SESTA	Validade e eficácia do "Convênio SUS" — 9334	115
MAURÍCIO BATISTA BERNI	Manutenção de crédito fiscal do ICMS na exportação de industrializados — 9425	127

MARIA ALICE COSTA HOFMEISTER	Municipalização dos serviços telefônicos	131
MARISA SOARES GRASSI	O comissionamento nas sociedades de economia mista — 9440	135
ASSUNTOS MUNICIPAIS		
LUIZ CARLOS SOUZA LEAL	Competência das guardas municipais — 8907	141
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	A atualização do IPTU por Decreto — 9360	149
TRABALHOS FORENSES		
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Horas extras e adicional noturno dos Servidores Policiais. Ação Direta de Inconstitucionalidade	155
CAIO MARTINS LEAL	Eleição de Diretores de Escola. Ação Direta e Inconstitucionalidade	161
PAULO ROBERTO PIRES	O acesso do vereador à informação da Administração Municipal e a Independência dos Poderes. Defesa de norma impugnada em Ação Direta de Inconstitucionalidade	175
JORGE UBIRAJARA MACHADO OSÓRIO	Correção monetária dos créditos tributários. Impugnação do embargo	181
MÁRCIA PORTO CASTRO	Implantação do Calendário Rotativo. Apelação	197
MARILENE PETRY SOMNITZ	Dissídio coletivo do Magistério Público Estadual. Contestação	207
SILVIA OPITZ	Limite de idade para inscrição em concurso público. Informação em Mandado de Segurança	217
HELENA ACAUAN PIZZATO	Falsidade ideológica caracterizadora da responsabilidade tributária do sócio. Apelação.....	221

DOCTRINA

ISONOMIA REMUNERATÓRIA DAS CARREIRAS JURÍDICAS

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul

1. O art. 135 da Constituição Federal vigente dispõe que, às carreiras disciplinadas no Título IV, aplicam-se o princípio expresso no inciso XII, do art. 37, e o *parágrafo primeiro*, do art. 39.

Trata-se de uma disposição de meridiana clareza, de eficácia direta e imediata, que contém um *comando especializado*, consubstanciado mediante dupla remissão.

O Título IV, da Constituição Federal, trata "Da Organização dos Poderes", disciplinando nos capítulos I a IV, respectivamente, e pela ordem, o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o *Poder Judiciário* e as *Funções Essenciais à Justiça*. Nesse Título estão disciplinadas, ora com mais, ora com menos minudência, as carreiras da *Magistratura* (art. 93, I), do *Ministério Público* (art. 129, §§ 2.º e 3.º), da *Advocacia de Estado* (art. 131, § 2.º e art. 132) e da *Defensoria Pública* (art. 134, parágrafo único).

A essas carreiras, portanto, conforme disposição literal e expressa do art. 135, *sem exclusão de nenhuma*, aplica-se o respectivo comando. Note-se, também, que o art. 135 não só se aplica a todas as sobreditas carreiras, como igualmente a todas elas, isto é, do *mesmo modo*. Elas são, por assim dizer, *niveladas no que respeita à incidência desse dispositivo constitucional*.

Observe-se ainda que as carreiras enumeradas acima e disciplinadas no Título IV, da CF/88, são denominadas "*carreiras jurídicas*" na nossa terminologia juspublicística, às quais a nova Constituição houve por bem acrescentar, inequívoca e expressamente no mesmo nível, a *Defensoria Pública*, que passa, assim, a integrar aquela categoria terminológica. Essa denominação vale tão-só para simplificar a exposição, de vez que nada altera, mesmo que com ela não se concorde, o exposto acima e adiante.

2. Mas o que o art. 135 da CF/88 manda aplicar indistintamente a todas as carreiras disciplinadas no Título IV? O (a) *princípio* do inciso XII, do art. 37, e o (b) o *parágrafo primeiro*, do art. 39, ambos da CF/88.

Esses dispositivos, objeto da remissão, no contexto onde vêm expressos, configuram *normas de ordem geral*.

O primeiro deles (art. 37, XII) exprime aquilo que se conhece, no constitucionalismo brasileiro, como "*princípio da paridade*", introduzido, exatamente

te com esse nome, pelo art. 25 do Ato Institucional n.º 2/65. Ausente da CF/67, foi retomado pela CF/69 (art. 98) e mantido pela Constituição atual.

O sobredito princípio, melhormente inserido no contexto institucional da CF/88, busca, no interesse da *organização do Estado* (o art. 37 pertence ao Título IV, que trata especificamente dessa matéria), estabelecer o equilíbrio nas remunerações correspondentes a cargos de "atribuições iguais ou assemelhados" dos Três Poderes, tomando o Poder Executivo como parâmetro necessário.

E mais: a propósito do mesmo artigo 37, XII, enquanto seu antecedente remoto (art. 25/AI/2/65) referia a paridade especificamente aos *funcionários públicos*; enquanto antecedente próximo (art. 98 CF/69) preconizava a paridade entre vencimentos *dos cargos dos Poderes*, mas era pertinente a uma Secção expressamente consagrada aos *funcionários públicos*, integrante do Capítulo do Poder Executivo, do Título I ("Da Organização Nacional"), o dispositivo ora em exame (CF/88, art. 37, XII) adota a mesma redação de 1969, referindo-se a *vencimentos dos cargos dos Poderes*, mas está inserido numa Secção contendo *dispositivos gerais sobre administração pública*, distinta das Secções seguintes que versam especificamente sobre funcionários públicos, civis e militares.

O segundo dispositivo objeto da remissão (art. 39, § 1.º) instrumentaliza, estabelecendo-lhe o critério fundamental, o princípio da paridade no âmbito dos *servidores públicos civis*, através da *insonia de vencimentos*, que é assegurada para "cargos de atribuições iguais ou assemelhados, do mesmo Poder, ou entre os servidores, na mesma condição, dos três Poderes.

Logo se vê, e isso é de suma importância, que a insonia de vencimentos, enquanto concreção do *princípio da paridade*, não deve estabelecer-se tão-só entre cargos que apresentam a "ratio isonômica" (atribuições iguais ou assemelhados) dentro de cada Poder, mas também, de modo *vasocomunicamente*, entre cargos dos Três Poderes, nas mesmas condições.

Enquanto *regras gerais*, o comando do art. 37, XII, e, principalmente, o comando instrumentalizador do art. 39, § 1.º, *remetem à lei* (evidentemente à lei própria de cada pessoa administrativa necessária) a definição da *ratio isonômica*, ou seja, a competência para dizer quais cargos, em cada Poder e nos Três Poderes, tendo como parâmetro o Poder Executivo, têm entre si "atribuições iguais" ou são "assemelhados".

É da maior relevância ter presente a literalidade do art. 39, § 1.º que não menciona cargos de *atribuições*, iguais ou assemelhadas, referidos ambos os qualificativos a *atribuições*, mas, sim, "cargos de atribuições iguais ou assemelhados", referido o segundo qualificativo a *cargos*. Desume-se que a "ratio isonômica" far-se-á presente entre cargos de *atribuições iguais* (um motorista da Assembléia Legislativa, outro do Poder Executivo e outro ainda do Poder Judiciário), como também entre cargos de atribuições desiguais que venham a reputar-se *assemelhados*. Fica claro que o *assemelhamento pode dar-se*, sempre, é óbvio, atendida a racionalidade do juízo, com base em *outros aspectos* além da igualdade de atribuições como, por exemplo, o *papel* que os cargos desempenham no contexto institucional.

Note-se ainda que o qualificativo eleito pelo constituinte não foi "semelhantes" e, sim, "assemelhados", para deixar bem claro que a *ratio isonômica* deveria emergir de uma definição do legislador, ordinário, na regra geral do art. 39, § 1.º, e, como se verá, constituinte, na regra especial do art. 135.

Mesmo na *regra geral*, do art. 39, § 1.º, fica, pois, prevista a possibilidade de o *legislador* declarar, para os efeitos da isonomia, "assemelhados" cargos de *atribuições distintas*.

Dois são, portanto, as hipóteses compreendidas na *ratio isonômica* constitucional: uma é a dos *cargos de atribuições iguais*; a outra é a dos *cargos assemelhados*. Note-se bem que a segunda hipótese não trata de cargos de atribuições assemelhadas; as atribuições pressupõem-se diversas, sendo assemelhados os cargos.

Essa diferença se torna mais relevante quando se considera que, na CF/69, a *ratio isonômica*, nessa matéria, definia-se em torno da expressão "cargos de atribuições iguais ou assemelhadas" (art. 98; grifou-se). Na CF/88, a *ratio isonômica* não se limita à igualdade ou assemelhamento de atribuições, mas inclui cargos que podem ter atribuições até bem distintas entre si (médicos, engenheiros, economistas, analistas de sistemas), conquanto, por outro motivo, devam ou possam ser *assemelhados*.

Aliás, em termos de *regra geral*, a superioridade da redação adotada em 1988 transparece no exemplo mais corriqueiro: um médico ou um engenheiro, pertinentes ao serviço público, não exercem atribuições iguais nem sequer assemelhadas; desempenham no entanto, papel semelhante na administração pública, o que faz com que os respectivos cargos possam e até devam ser assemelhados, para efeitos de remuneração, conquanto dessemelhantes as suas atividades.

Essas são *regras gerais*, expressas diretamente para a administração pública como um todo e, mediante a *remissão especializada* do art. 135, para as *carreiras jurídicas*.

3. Isso posto, qual será o alcance da referência que, ao princípio do inciso XII do art. 37 (princípio da paridade), e ao *parágrafo primeiro* do art. 39 (isonomia de vencimentos para "cargos com atribuições iguais ou assemelhados"), faz o art. 135, da CF/88, dizendo que tais comandos, chamados por remissão, aplicam-se às carreiras jurídicas?

Mero pleonasma? Repetição da regra pois que se repetida não fosse, deixaria de aplicar-se a essas carreiras? Destina-se aos serviços auxiliares correspondentes?

Alguns autores, que certamente apostasiaram da principiologia do discurso hermenêutico, impelidos por ignotos motivos (ou ignaros), ao depararem com o art. 135, sustentam, com vigorosa ingenuidade, que aquele "dispositivo surpreende". Mais adiante, afirmam que o "art. 135 (...) reitera o desnecessário"; que é "sem dúvida desnecessário" (1)!

Num arroubo de simploriedade, prosseguem admitindo se possa "sustentar que houve um engano do constituinte", reafirmando o caráter "meramente enfático do art. 135", para concluir apoteoticamente, que o dispositivo simplesmente estaria a "chamar a atenção" para o fato de que tais carreiras

ras apresentam pontos comuns, o que deve ser levado em conta pelo legislador⁽²⁾!

Tais assertivas consubstanciarão entendimento ofensivo às regras mais elementares de hermenêutica e à inteligência dos legisladores constituintes. Seus autores, tão juristas quanto monges seriam os Telemítas criados pela fantasia de Rabelais, inventam, assim, novas categorias de normas constitucionais as "normas enfáticas" e as "normas lembrete"⁽³⁾!

Ora, sem precisar invocar os prolegômenos da hermenêutica jurídica, é evidente que o art. 135, justamente por não poder tecnicamente ser repetitivo, "enfático" ou "desnecessário", não pertence à categoria das normas de eficácia diferida. Pertencesse a essa mesma categoria de normas, estaria meramente repetindo, ainda que por remissão, o conteúdo do art. 37, XII, e do art. § 1.º⁽⁴⁾!

Uma leitura atenta do art. 135 demonstra tratar-se, como se disse, de uma norma de eficácia direta e imediata. Se programática fosse, deveria mandar aplicar, às carreiras de que trata, o princípio do art. 37, XII, e o critério do art. 39, § 1.º! Ora, o que o art. 135 manda aplicar não é o critério e, sim o parágrafo primeiro do art. 39. Vale dizer, excluída a parte criteriológica do art. 39, § 1.º, que é a isonomia enquanto programa (que seria mera repetição), a remissão do art. 135 está expressando, "tout court", a isonomia para as carreiras que refere e que, não tendo atribuições iguais, resultam constitucionalmente qualificadas, com os respectivos cargos, como assemelhadas (os).

Esse assemelemento, tenha-se bem presente, decorre, além do teor do art. 135, do contexto de que faz parte esse dispositivo, como resultante de premissas mais amplas, que presidem a todo o novo arcabouço institucional brasileiro, e reputam "Funções essenciais à Justiça" as que se cometem às carreiras isonomizadas.

Por essas razões, certamente não por engano, mas deliberadamente, o legislador constituinte, usando da técnica da remissão, *avocou*, erigindo-a ao nível constitucional, a definição da *ratio isonomica* entre as carreiras que o dispositivo refere. Em outras palavras, as carreiras jurídicas (e os respectivos cargos), a teor do art. 135 da CF/88, para os efeitos da paridade e da isonomia de vencimentos, são declaradas assemelhadas.

4. Não se pretende contra-argumentar com a constatação de que as atividades dessas carreiras não são iguais, nem se quer semelhantes no seu conteúdo.

Não é esse o alcance da *ratio isonomica* constitucional; a semelhança, indicada no parágrafo primeiro do art. 39 da CF/88, não se relaciona pura e simplesmente ao conteúdo de competência ou atribuições dos cargos das carreiras de que trata o art. 135. Tanto lá como aqui, o assemelemento não se limita ao conteúdo ocupacional dos cargos, para assegurar que datilógrafo é igual a datilógrafo; ascensorista é igual a ascensorista; que motorista é igual a motorista. Caso assim fosse, a isonomia, e conseqüentemente a paridade, seriam metas inatingíveis.

Basta ter presente a singularidade das atribuições de inúmeros cargos, cujo provimento exige conhecimentos especializados e níveis determinados de formação profissional, para tornar impossível o estabelecimento de quais-

quer critérios comparativos. Quem ousará, por exemplo, dizer que o médico e o engenheiro, no serviço público, exercem atribuições iguais ou sequer assemelhadas, no que diz com seu conteúdo?

Essas atividades são *assemelhadas, sim, no papel que desempenham no contexto administrativo*. É este o significado corretamente abrangente da semelhança de cargos, que se constitui no núcleo da isonomia de vencimentos, enquanto comando constitucional. Caso assim não fosse, o dispositivo constitucional definidor do parâmetro isonômico (art. 39, § 1.º) limitar-se-ia a fixar a "*ratio isonomica*" com base na igualdade de atribuições ou, na melhor das hipóteses, no assemelemento dessas mesmas atribuições.

Se à isonomia se quisesse ter dado alcance simplista, transformando o preceito num programa inexecutável, ter-se-lo-ia limitado à ocorrência de *igualdade* de atribuições; a inserção do *assemelemento dos cargos* revela, sobejamente, que o legislador constituinte teve em mente algo mais que a simplicidade inexecutável: buscou parametrar cargos e carreiras *também* pela identidade do papel que representam no contexto administrativo.

Ora, retornando às remissões contidas no art. 135 da CF/88, ninguém pretende, ao interpretar esse texto, estabelecer ou vislumbrar qualquer igualdade entre as atribuições de cada uma das chamadas carreiras jurídicas. Ao exercer, em relação a elas, a opção de definir a *ratio isonomica*, instrumental do princípio paritário, não fez mais aqui, o constituinte, do que fará o legislador de cada pessoa administrativa necessária no cumprimento da regra geral (5); o legislador constituinte, a teor do art. 135, diz inequivocamente, no exercício de uma opção política que se *desdobra* coerentemente do espírito da nova Constituição, que as carreiras jurídicas, e, naturalmente, os respectivos cargos, são semelhantes *quanto ao papel que desempenham no contexto da estrutura institucional adotada*⁽⁶⁾.

Tanto assim é, que, não só as erigiu ao mesmo nível, que se constitui no *radical constitucional*, como ainda, diferentemente de toda a tradição constitucional brasileira, dispôs *todos os respectivos radicais*, não no Título III, cujo Capítulo VII versa sobre a Administração Pública e, mais especialmente, nas Seções II e III, dos Servidores Públicos Cíveis e Militares, mas no Título IV, que trata da *Organização dos Poderes, lado a lado com o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário*, regulados nos três primeiros capítulos, tratando o capítulo IV, do que denomina "Funções Essenciais à Justiça", onde se alinham o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública.

5. A simples *situação* dessas carreiras na topologia da Constituição, de forma inteiramente nova no constitucionalismo brasileiro, e sua qualificação como "funções essenciais à Justiça", está a significar que *participam da essência* da atividade de realização da Justiça⁽⁷⁾.

Que significa afinal, dizer-se que tais ou quais funções são essenciais à Justiça? Significa por certo que, sem seu concurso, justiça não haverá, pressuposto e decorrência que são da escolha constitucional de um perfil moderno de Estado Democrático⁽⁸⁾.

Significa uma sobrevalorização do *interesse público*, que se busca alcançar já não só pela pacificação vinculativa na solução das lides, mas ainda

por uma especial valorização da custódia da lei; da impessoalidade no aconselhamento preventivo e no patrocínio judicial dos interesses do Estado; na franquia do acesso ao amparo da ordem jurídica em favor dos desvalidos da fortuna.

Só por serem tratadas como essenciais, tais funções são-no igualmente. A essencialidade é ontologicamente niveladora, igualitária, como o é a própria igualdade. A não ser como pleonasmos, só admissível em prosa descomprometida, não há graus na essencialidade; não há entes, partes, atos, fatos essenciais, uns mais que outros, tanto como não há *mais iguais*, exceto no bestialismo orwelliano⁽⁹⁾.

Como a carreira da Magistratura é, inquestionavelmente, essencial à Justiça e as demais foram assim qualificadas, está posto, à evidência, que, parâmetro a primeira, parametradas as segundas, deu-se a todas *igual relevo* no contexto institucional adotado, de modo a equivalerem-se no contexto da *Organização dos Poderes*.

De outra parte, a própria Constituição oferece elementos para corroborar irretorquivelmente o sentido que se deu à *semelhança de cargos*, como parâmetro isonômico.

Quando o art. 37, XI, da Constituição Federal, dispende sobre os *limites máximos* da remuneração pública, e, considerada a equivalência dos Três Poderes expressa no art. 2.º, *fixa*, no art. 37, XII, *critérios igualitários de comparação*, não pode ser, nessa matéria, mais elucidativo, ao colocar, no mesmo nível de limite máximo, a remuneração dos membros do Congresso Nacional, dos Ministros de Estado e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e seus correspondentes nos Estados, Distrito Federal e Territórios (Deputados, Secretários de Estado e Desembargadores).

Alguém ousaria dizer que suas atribuições são iguais, ou assemelhadas em razão do conteúdo?

O raciocínio é simples: se os Poderes são iguais por natureza, em termos de hierarquia institucional (em *razão de seu papel institucional*), e porque são *muito diferentes* nas suas *atribuições* e até na sua estrutura, a Constituição aponta os referenciais da comparação, por equiparação de seu *papel institucional*, e remete os escalões inferiores da organização federativa ao critério de correspondência adotado.

Objetar-se-á que o inciso XI do art. 37 não estabelece *expressamente* uma equivalência, mas apenas um limite máximo para cada Poder? No entanto, se todo o sistema constitucional busca a paridade (art. 37, XII) e a isonomia (art. 39, § 1.º), por qual fantasmagórica razão começaria por fixar *limites díspares*? Específicos sim, mas díspares por quê? Ainda que se possa vislumbrar o art. 37, XI, como *caminho* para alcançar as *metas* postas nos artigos 37, XII, e 39, § 1.º, a equiparação apontada parece ser *signal* suficiente ao bom entendedor!

Evidencia-se, pois, pelo próprio exemplo constitucional, que a isonomia das remunerações públicas far-se-á também, se não até principalmente, pelo *assemelhamento do papel institucional* de cargos e carreiras⁽¹⁰⁾.

Há quem pretenda que o art. 135, é o art. 39, § 1.º, da Constituição Federal (da mesma Constituição) estejam a dizer exatamente a *mesma coisa*,

isto é, que a lei assegurará isonomia remuneratória para os cargos de atribuições iguais ou assemelhados.

Pretendem que o art. 135 diga, no em que remete ao art. 39, § 1.º, exatamente o que o art. 39, § 1.º, *já diz!*

Na verdade, como já se viu, o art. 135 diz, em nível *constitucional*, aquilo que o art. 39, § 1.º, *enquanto regra geral*, comete ao legislador ordinário. Isto é, o art. 135, diz que entre as carreiras disciplinadas no Título IV, da Constituição Federal, *existe* isonomia remuneratória.

No nosso ponto de vista a correta leitura do art. 135 é aquela que o situa como uma disposição especializadora, para as carreiras que menciona, da regra geral explicitada no § 1.º do art. 39, e no inciso XII do art. 37, da Constituição Federal, com o caráter de eficácia plena e imediata, significando, para as mesmas carreiras, uma avocação, realizada pelo legislador constituinte, da competência que, na regra geral, outorgou à lei ordinária para definir, como no caso do art. 135 definiu para as carreiras que menciona o seu assemelhamento para os efeitos da isonomia.

Concluímos dessa leitura que o legislador ordinário, ao regrar a matéria, na parte pertinente às carreiras ditas jurídicas, está adstrito à obediência ao princípio isonômico definido no art. 135, bem como, em relação àquelas unidades federadas nas quais a isonomia já vigora, não pode desconstituí-la⁽¹¹⁾.

Mas, e se não fosse, o que se propõe, o exato sentido do art. 135 da CF/88, qual outro poderia ser?

Essa abordagem merece ser exercida, pois responde a algumas falácias que sobre o tema têm sido formuladas, bem como melhor esclarece a questão.

Negar a existência do comando isonômico no art. 135, da CF/88, é materialmente impossível.

Os exercícios de adulteração procuram então perverter seu significado e seu alcance.

Como a tese de ser o art. 135 um dispositivo "enfático" não passa de uma aberração antológica, procura-se afirmar que não é uma norma de eficácia plena e imediata; que não é uma norma auto-executável. Em outras palavras, procura-se dizer que o art. 135 da CF/88, tal como ocorre com o § 1.º do art. 39, carece de regulamentação, para a qual é competente o legislador ordinário.⁽¹²⁾

Tenha-se presente que a simples *comparação textual* do art. 135 como o § 1.º, do art. 39, observada ainda a posição que ambos ocupam no contexto constitucional, revela, desde logo, que o primeiro tem um alcance *semelhante*, mas, *diferente* daquele do segundo.

Este, pela posição em que se encontra e por força do respectivo texto, está a expressar a *regra geral* que, naturalmente, não pode ter eficácia plena e imediata pela amplitude e dissimilitude fáctica da matéria que regula. A seguir o modelo redacional adotado pela CF/88, o *teor* do art. 135 *também* deveria conter, como ocorre no § 1.º, do art. 39, *expressa referência* à delegação regulamentar ao legislador ordinário, caso não fosse auto-executável.

Comparando ambos os textos, não se pode vislumbrar, no art. 135, nem mesmo a necessidade *implícita* de regulamentação. A comparação mostra exa-

tamente que, no art. 135, o legislador constituinte exauriu o comando expresso, dotando-o, pois, de eficácia plena e imediata.

8. A tese de que o art. 135 não é auto-executável enseja, no entanto, uma cascata de "argumentos" destinados a fazer prevalecer uma *leitura restritiva* desse dispositivo. Aliás, a própria tese de não ser ele um dispositivo auto-executável decorre de uma *leitura restritiva*.

Mas, ao examinar o cometimento da isonomia nele prevista, o *hipotético cometimento* da fixação dos critérios isonômicos por ele enunciados, ao legislador ordinário, desenvolvem os mentores dessa exegese outros argumentos que, todos, revelam-se conducentes a uma *leitura restritiva* do art. 135.

Essa *leitura restritiva* tem, como premissa, a tese de que a isonomia "programaticamente" afirmada no art. 135 não poderá ser implementada uniformemente, de modo a poder-se deduzir, do dispositivo isonômico, um *tratamento diferenciado* para essas mesmas carreiras; em suma, a negação do princípio isonômico!

Para enfatizar essa tese utiliza-se uma afirmação aparentemente forte, à primeira vista impressionante, de que *não se pode igualar os desiguais*, de que a isonomia implica justamente em tratar cada um de acordo com sua diferença.

A partir dessa tese, à primeira vista atraente, à primeira vista coerente com a melhor tradição hermenêutica, à primeira vista repleta de intuítos moralizadores e de verdade, busca-se concluir, *graciosamente*, sem qualquer técnica, que Promotores se equivalam à Magistrados, o que não ocorreria com os agentes de Advocacia do Estado.⁽¹³⁾

Não há a menor dúvida de que a isonomia é uma regra jurídica que decorre exatamente da desigualdade: caso não houvesse nenhuma singularidade nas chamadas "carreiras jurídicas", a regra sequer teria sentido. A regra tem sentido exatamente a partir da constatação de que, segundo a norma geral, expressa, no § 1.º, do art. 39, a isonomia não se aplica tão-só a cargos de atribuições iguais, mas também a cargos "assemelhados" (note-se bem, que o qualificativo do texto é "assemelhados", no masculino) e que, no art. 135, o legislador constituinte nada mais fez, ao declarar a isonomia com relação às chamadas "carreiras jurídicas", do que *avocar* a competência que, lá no art. 39, cometera ao legislador ordinário e declarar, na própria constituição, que reputa *assemelhados* os cargos correspondentes às carreiras de que trata.

Assemelhados no conteúdo de suas atribuições? Não necessariamente. *Assemelhados no papel que desempenham no contexto institucional do País*⁽¹⁴⁾.

9. Uma das vias diletas aos partidários da *leitura restritiva* do art. 135, consiste em enfatizar, a título preliminar, o comando proibitivo de vinculação e equiparação de vencimentos para os efeitos da sistemática da remuneração pública, adotado pela CF/88, no art. 37, XIII.

Atribuindo relevância especialíssima a essa regra, desfiam toda sorte de argumentos, a maioria opostos a seus próprios interesses se levados à plenitude das respectivas virtualidades, com vistas a confortar a tese da *leitura restritiva* do art. 135, em todas suas modalidades⁽¹⁵⁾.

Esquecem-se, porém, de recorrer ao art. 37, XIII, considerada a *leitura integral* do respectivo texto. Caso adotassem essa providência, não mais do que comezinha, perceberiam que a disposição proibitiva, nele contida, comporta *expressamente* duas exceções, editadas no mesmo nível constitucional da vedação: "ressalvado o disposto no inciso anterior e no art. 39, § 1.º".

Ora o "inciso anterior", isto é, o inciso XII, do mesmo art. 37, externa o chamado "princípio da paridade", a que já fizemos menção, do qual o parágrafo primeiro, do art. 39, é norma instrumentadora.

Assim, quando o art. 135 dispõe que às carreiras disciplinadas no Título IV, aplicam-se o princípio do art. 37, XIII, e o *parágrafo primeiro*, do art. 39, adota redação extremamente precisa justamente porque está a expressar um comando deliberadamente destinado a eficácia plena e imediata, não deixando espaço para dúvida séria de que a avocação da regra isonomizadora opera, situando a isonomia, dela decorrente, já não só pelo nível constitucional em que vem afirmada, o que por si só teria vigor exceptivo suficiente, mas também, e especialmente, em razão da literalidade da linguagem utilizada, como exceção ao que se veda no art. 37, XIII.

10. Na trilha dos "argumentos" restritivos domina a tese da chamada "isonomia compartimentalizada", que comporta duas variantes básicas⁽¹⁶⁾, segundo ambas as quais a garantia isonômica deve ser tomada como aplicável, não *entre as carreiras* enunciadas no art. 135 e, sim, por grupos ou "compartimentos" referidos às mesmas carreiras.

Segundo a *primeira variante*, que poderíamos identificar como "compartimentalização vertical", a isonomia seria aplicável tão-só aos órgãos e agentes de cada carreira, projetada nas hipóteses de sua ocorrência nos diversos escalões da estrutura federativa⁽¹⁷⁾.

Assim compartimentalizada, a isonomia prevista no art. 135 deveria ser entendida *especificamente* em relação a cada uma das carreiras a que diz respeito.

Assim, na carreira da Magistratura, o art. 135 asseguraria a isonomia entre Magistrados estaduais e os federais correspondentes, digamos, de mesma entrância, nível ou grau. O mesmo valeria para as carreiras do Ministério Público, da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública.

Essa linha de leitura é *anti-federativa*, uniformizadora da *autonomia dos Estados*; a prevalecer, o parâmetro, por uma questão lógica, passaria a ser o federal, de modo que a União e *todos* os Estados devessem pagar os mesmos vencimentos a seus magistrados, considerada a identidade de entrância, nível, grau ou classe; o mesmo ocorreria em relação aos promotores e assim com os procuradores e defensores públicos.

E mais: agride o próprio espírito da CF/88, que buscou exatamente *reafirmar a autonomia dos Estados*, não só enquanto linha comum a todo constitucionalismo republicano brasileiro, mas como forma de resgatar a autonomia estadual das restrições que sofreu nos regimes constitucionais imediata e sucessivamente antecedentes.

Essa *compartimentalização vertical* é inconstitucional, por agressão ao espírito federativo, mesmo que, tautologicamente em termos de isonomia, estabelecesse uma escala hierarquizadora entre os escalões federais e estaduais

das carreiras consideradas, pois, em qualquer hipótese, brigaria com a *autonomia estadual*.

À *segunda variante* dessa hermenêutica "compartimentalizada" poderíamos denominar de "*compartimentalização horizontal*"; conforme a leitura patrocinada por seus adeptos, a garantia isonômica seria aplicável tão-só aos "compartimentos" constituídos por órgãos e agentes de uma mesma carreira, considerados num mesmo escalão da estrutura federativa, assim como os órgãos e agentes estaduais da justiça comum e da militar; os órgãos e agentes federais da justiça comum e das especializadas; os diversos agentes do Ministério Público que atuam, na esfera federal, junto à justiça comum e à justiça especializada.

Esse entendimento, além de padecer de uma ponderável dose de simplicidade que, por certo, não embalaria o legislador constituinte a inserir norma com alcance tão parvo no código constitucional, ainda frontaliza, e grosseiramente, o disposto no inciso XII, do art. 37, da CF/88, expressivo do *princípio da paridade*, bem como o parágrafo primeiro do art. 39, expressivo da *garantia isonômica*, cuja leitura, isolada ou conjunta, revela, escancaradamente, que o comando paritário-isonômico está posto para ser cumprido *dentro* de cada Poder e *entre* os três Poderes.

A patologia dessa linha interpretativa não se limita, porém, aos supra-enunciados absurdos. Vai além: busca descobrir a existência de "compartimentos híbridos", capazes de acolher isonomicamente *grupos de carreiras*, em detrimento de outros ou outras.

11. Com esse inglorio objetivo, procuram, por todos os meios, alinhar argumentos capazes de demonstrar que Magistrados e Promotores são de tal sorte semelhantes que devam ser reunidos num mesmo "compartimento isonômico", ao mesmo tempo em que buscam mostrar quão distintas, no seu entender, seriam as carreiras da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública.

À falta de melhor argumento, sustentam o pretendido assemelhamento "exclusivo", com base na similitude organizacional que tais carreiras apresentam⁽¹⁸⁾.

Assim, como se nas demais isso não ocorresse (!), apontam como fatores de assemelhamento, o acesso por concurso público, a organização das carreiras por entrância e a escolha das respectivas chefias por um sistema em que predomina a cooptação.

Procuram, ao fim e ao cabo, encontrar assemelhamento naquilo que é superficial e até, de certo modo, *artificial*, evitando a *análise substancial do conteúdo* das atribuições cometidas aos agentes das carreiras, de que trata o art. 135, e do papel que desempenham.

Ora, inequivocamente, o Ministério Público, de um modo geral, no panorama nacional, se organiza, em termos de nomenclatura, de critérios de admissão, de prerrogativas, vantagens e impedimentos, de forma análoga à Magistratura.

Tal não significa, porém, que essa similitude formal, entre ambas as carreiras, corresponda a uma semelhança substancial.

Essa semelhança formal vem sendo *buscada deliberadamente* pelo Ministério Público, precisamente com vistas à conquista, em nosso entender justificada, da pretendida isonomia.

Não se pode, porém, sob pena de desrespeitar o raciocínio jurídico, pretender se creia que essa formalidade decorra *deterministicamente da natureza das coisas*, de sorte a servir como argumento de que há, entre ambas as carreiras, e só entre elas, uma substancial similitude.

Tanto isso não é verdade, que a Magistratura, pelo menos no Rio Grande do Sul, vem recentemente de alterar a denominação e o número de níveis das respectivas carreiras, no que foi imediatamente secundada pelo Ministério Público, no nosso entender, com toda a razão. Isso, porém, mostra que se trata, não de um *argumento substancial de isonomia*, mas de um complemento formal dessa garantia.⁽¹⁹⁾

Se assim não fosse, bastaria que qualquer Estado organizasse as respectivas carreiras de médicos públicos, de engenheiros públicos, de professores públicos, fazendo uso da terminologia peculiar à Magistratura e atribuindo-lhes restrições hipoteticamente análogas, para que se estabelecesse uma "*semelhança substancial*" (!) entre todas essas carreiras, o que é uma aberração.

Na mesma linha, descabe o apelo, dos adeptos da leitura reducionista do art. 135, aos ditos "*elementos fácticos de assemelhamento*", relativos ao complexo de circunstâncias pertinentes à organização de cada uma das "carreiras jurídicas", em comparação com as demais.

Esses *elementos fácticos* em nada afetam o *alcance* da norma consubstanciada no art. 135: podem e *devem* ser levados em conta com vistas a assegurar que o dispositivo produza os efeitos dele corretamente dessumíveis; os efeitos que se lhe podem presumir como *coerentes*.

É evidente que o comando do art. 135 *decorre* de determinado pressuposto de fato, cuja complexidade inclui por certo, guardadas as singularidades próprias de cada uma das "carreiras jurídicas", a existência entre elas de um *modelo organizativo* reciprocamente compatível.

O que não se pode, mas se pretende, é *inverter inteiramente* o raciocínio jurídico pertinente à incidência das normas sobre os fatos regrados, de modo a considerar que a não-correspondência eventual do modelo organizativo de determinada carreira jurídica ao pressuposto da norma constitucional, afasta definitiva e inapelavelmente a carreira considerada da garantia expressa no art. 135!

Nessas matérias, como as que dizem respeito à organização de carreiras de agentes públicos, não estamos a tratar com elementos fácticos emergentes "*ex natura rerum*", não só infensos a comando divergente de lei e, no caso, de uma disposição constitucional, como ainda capazes de reduzi-la à letra morta.

Ao comandar a isonomia entre as "carreiras jurídicas" o legislador constituinte atribui também, ao legislador ordinário competente, o *poder* e, dada a relação hierárquica, o *dever* de adequar o complexo factual de cada uma dessas carreiras de modo a, resguardada a singularidade que lhes seja própria, afeiçoá-lo ao pressuposto de fato ínsito no comando isonomizador.

Assim quando existirem *dissimilitudes substanciais* entre "carreiras jurídicas", especificamente consideradas, o *legislador ordinário* competente *deverá obrigatoriamente* adequar-lhes a organização a fim de que o art. 135 incida com as virtualidades que lhe são próprias, sem produzir efeitos anômalos ou atípicos.

Com isso, note-se bem, não se está a abdicar da convicção de que o art. 135 seja norma de eficácia plena e imediata, ou em outras palavras, em reconhecer que a isonomia especial, nele prevista, dependa de provimento do legislador ordinário federal ou estadual. A isonomia remuneratória entre as "carreiras jurídicas" independe do legislador ordinário, pois seu congênerre constituinte, no caso, avocou, como já se disse, essa competência *decretando* a isonomia em relação às carreiras a que se refere aquele art. 135.

A obrigação que, dessa isonomia *já posta* pelo legislador constituinte, decorre para seu congênerre ordinário federal e estadual é de, quando necessário, adequar a realidade organizacional de alguma dessas carreiras a fim de sintonizar essa mesma realidade com o pressuposto fático insito no art. 135. E se tal não fizer, na hipótese de ser necessário, incorrerá em inconstitucionalidade por omissão, agora prevista em nosso constitucionalismo⁽²⁰⁾.

O fato é que, sob o ponto de vista organizacional, sob o ponto de vista das condições de acesso aos respectivos cargos, as carreiras de que trata o art. 135, nos Estados em que já tenham alguma tradição, são absolutamente assemelhadas; quase idênticas⁽²¹⁾.

Esse seria, porém, um fator de pouca relevância para nele fundamentar-se isonomia remuneratória.

12. O defeito mais grave desse argumento é que, embora pretenda ser coerente com a realidade, vai exatamente de encontro à realidade numa de suas expressões mais fortes, que é a *evolução histórica* das instituições consideradas.

Se é bem verdade que se pode encontrar um *fundo comum* na origem da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia de Estado nos primórdios da configuração do arcabouço institucional do Estado Liberal, é indubitoso que essa identidade existe marcadamente entre o Ministério Público e a Advocacia de Estado.

E não só isso: é absolutamente inequívoco que o Ministério Público, segundo o ensinamento de seus melhores doutrinadores, decorre de uma *especialização* da Advocacia de Estado; é filho da Advocacia de Estado, tendo merecido maior destaque em face da incorporação de valores institucionais inerentes ao legado da Revolução Francesa.

Na tradição institucional luso-brasileira não há a menor dúvida, essa afirmação pode ser feita com base na doutrina do próprio Ministério Público, de que a *origem* da instituição reside nos "Procuradores da Coroa", erigidos a instância de órgãos permanentes a partir de 1289, sob o reinado de D. Afonso III.

E o que eram os "Procuradores da Coroa"? Eram, *antes de tudo*, Advogados de Estado. Competia-lhes *precipua*mente a defesa dos interesses da Coroa, e, *ancilarmente*, o exercício da acusação pública, quando, desta, pu-

dessem resultar cominações capazes de reverter em benefício do erário real⁽²²⁾.

Em toda a tradição portuguesa, a defesa judicial do interesse público tem sido organizada conjuntamente e durante séculos com nítida prevalência da Advocacia de Estado sobre a acusação pública⁽²³⁾.

Aqui mesmo, no Brasil Colonial, quando da instalação da "Relação" da Bahia, um dos Desembargadores, note-se bem, *um dos Desembargadores* da "Relação", era incumbido de desempenhar as funções de "Procurador da Coroa e Promotor", exata e literalmente nessa ordem⁽²⁴⁾.

Até 1988, a defesa dos interesses da União e a acusação pública eram exercidas pelo mesmo órgão, a Procuradoria Geral da República, que atuava através do Ministério Público.⁽²⁵⁾

Note-se bem a *realidade dos fatos*: a chefia do órgão guardava, como guarda, o nome que hauriu do exercício do patrocínio judicial dos interesses do Estado; o órgão executor, o nome que indica a atividade da acusação pública.

Como se pode dizer, alegremente, que *inexiste identidade* ou semelhança substancial entre a atividade do Ministério Público e da Advocacia de Estado? 13. Mas a questão da identidade substancial pode ser examinada independentemente da análise histórica.

A assertiva, a esta altura bastante corriqueira, de que o Ministério Público, identificar-se-ia, substancialmente, com a Magistratura, por exercer "atos de soberania", vincula-se à fantasiosa e despropositada pretensão de alguns agentes do *Parquet* de se considerarem integrantes de um "Quarto Poder"⁽²⁶⁾.

Essa linha de argumentação não tem nenhum conteúdo científico. Trata-se de mera expressão literária; de frase de efeito, que não resiste à menor análise crítica.

A tese de que o Ministério Público se constitui num "Quarto Poder" é esdrúxula em face da doutrina constitucional, da tradição constitucional brasileira, do texto da Constituição Federal e mesmo da moderna doutrina do Estado.

Hoje tem-se, à unanimidade, que a famosa "teoria de divisão dos Poderes" não foi mais do que um *artifício* empregado pelos mentores do liberalismo com vistas a reduzir o poder do monarca absoluto.

O fato de o constitucionalismo tratar o órgão executivo, o órgão legislativo e o complexo judiciário com a designação de "Poderes", consiste, atualmente, no respeito a uma *terminologia consagrada*, no respeito devido à hierarquia dessas funções no contexto de um Estado de Direito, e não no reconhecimento de que existam, efetivamente, "Poderes" *substancialmente divididos*.

Só o Poder Judiciário, por ser, *formalmente*, um dos Poderes da República, é que pode reputar-se depositário de soberania (CF/88, art. 2.º), conquanto essa expressão tenha hoje conteúdo mais pleonástico do que efetivo, na medida em que *titular* da soberania nacional só o Povo o é (CF/88, art. 1.º, parágrafo único).

O constitucionalismo monárquico reconhecia a existência de um "Quarto Poder", inspirado no ideário de BENJAMIN CONSTANT; não o Ministério Público, mas o "Poder Moderador", exercido por Sua Majestade.⁽²⁷⁾

Por outro lado, sustentar que determinados agentes públicos sejam *agentes políticos* só procede na medida em que se adote, para esse discrimine, entre *agentes políticos* e *agentes administrativos*, um fundamento cientificamente plausível⁽²⁸⁾.

Colocada a questão nesses termos, só há dois critérios aptos a caracterizar um agente público como agente político.

Primeiro deles, naturalmente, o da natureza das *funções* ou do *papel* que o agente considerado ou a instituição, em que ele se insere, representa no contexto institucional vigente.

Sob esse aspecto, cientificamente inquestionável, não há como pretender *qualificar diferentemente* os agentes do Ministério Público e os agentes da Advocacia de Estado, eis que a Constituição Federal vigente não só os regulou tipicamente, lado a lado, com os designou *igualmente* exercentes de *funções essenciais à Justiça*. Observe-se, mesmo, que o texto constitucional não indicou, entre esses agentes, alguns que fossem *mais essenciais*, o que, aliás, seria uma patologia do próprio qualificativo!

O segundo critério, aproveitável para o pretendido discrimine, é o do *modo de provimento*, eis que existe, no direito público brasileiro, um *modo tipicamente político* de provimento de determinados cargos e funções, que é o *modo eletivo*, inerente ao regime democrático, lado a lado com outro modo, igualmente próprio do direito público, mas de caráter administrativo, que é o *concurso público de provas e de títulos*.

Por esse critério, mais rigoroso que o anterior, somente seriam agentes políticos os agentes *providos mediante eleição*, isto é, os titulares do chamado Poder Executivo e os Parlamentares.

É bem verdade que seria curioso chamar de "agentes administrativos" aos Magistrados pelo fato de não serem eleitos. Observe-se, porém, que também seria curioso considerar políticos agentes públicos aos quais a *atividade política é expressamente vedada*.

É por essa razão que entendemos mais apropriado o critério proposto.⁽²⁹⁾

14. Também não tem nenhuma consistência, enquanto critério apto a uma discriminação plausível, como se pretende, a afirmação de que os Promotores, ao exercitarem a respectiva competência, estariam manifestando a "*vontade do Estado*", tal como os Magistrados.

Essa formulação é duplamente incorreta.

Primeiro, é incorreta porque não são só os Magistrados, os Parlamentares, os titulares do Poder Executivo e, eventualmente os Promotores, manifestam a "*vontade do Estado*": um agente da Polícia Civil, quando dá a voz de prisão ao batedor de carteiras, manifesta a vontade do Estado.

O que não se pode é pretender sustentar que a manifestação da vontade estatal, expressa por um Promotor, seja *substancialmente igual* a essa mesma manifestação, quando expressa por um Magistrado.

Tanto o Promotor *postula*, ao exercer a titularidade da ação penal pública, quanto o Procurador do Estado *postula* ao patrocinar os interesses do Es-

tado, quanto o Defensor Público *postula* ao ensejar o acesso dos necessitados carentes aos Juízos e Tribunais.

Vale observar que a vigorosa polêmica, largamente tratada, em especial na doutrina italiana, sobre a circunstância de ser ou não o Ministério Público *parte*, quer quando atua no processo criminal, quer quando atua no processo cível, em nada contribui para matizar, em termos diferenciadores, a natureza de seu *gesto processual*. Seja *parte*, como sustentam SIRACUSA, CHIOVENDA, ANDRIOLI, CALAMANDREI; quer que *não seja parte*, como preferem MANZINI, CARNELUTTI, SATTA, BATAGLINI; quer ainda seja *parte "sui generis"*, como querem CRISTOFOLINI, CALAMARI e, entre nós, HELIO TORNAGHI.⁽³⁰⁾ O "Parquet" atua um juízo *postulando*, como postulam os agentes das demais "carreiras jurídicas" *exceto os Magistrados*; estes, *juagam*.

TORNAGHI conclui, da referida polêmica, que a "*duplicidade de funções do Ministério Público faz dele uma parte sui generis*, uma parte pública, uma parte a que se cometem funções que não são de parte, mas sem lhe tirar este caráter"⁽³¹⁾. Ora, a circunstância de o interesse postulado pelo Ministério Público ser identificado ou identificável, quer quando atua no processo criminal, quer quando atua no processo cível, com o "*interesse da lei*", em nada serve para distinguir sua atuação, *qualitativamente*, da dos Advogados de Estado, que, num regime democrático, declaradamente comprometido com a legalidade administrativa, postulam um interesse que, em sendo do Estado, o é também necessariamente da lei; um interesse igualmente impessoal e indisponível.

Tampouco a exposição de SIRACUSA sobre a atuação do Ministério Público no exercício de sua atribuição acusatória, ressaltando que age em nome do Estado, comprometendo-o nos limites da lei, sem a necessidade de pedir ou obter autorizações ou posteriores ratificações, mas "*jure proprio*" e por disposição imperativa da lei, serve para configurar uma fronteira consistente, peculiar à natureza da instituição, para distingui-la, como pretende, daquela que lhe deu origem⁽³²⁾.

Antes de mais nada porque as sobreditas características *não são conaturais* ao Ministério Público, incorrendo na França e em Portugal, modelos mais próximos do nosso "Parquet"⁽³³⁾.

Por outro lado, atualmente, tudo quanto acima se disse em relação ao Ministério Público pode praticamente ser dito também em relação à Advocacia de Estado, com a singularidade, mais relevante, de que a obrigatoriedade legal de agir, independente de autorização superior e em matéria acusatória, com repercussão na área criminal, tem pertinência, hoje, em inúmeros assuntos, com o *conjunto ordinário* de deveres da totalidade dos servidores públicos⁽³⁴⁾.

Tenha-se igualmente presente que a própria relação do "Parquet" com a iniciativa da ação penal pública, definida constitucionalmente como competência privativa da instituição (art. 129, I), está, na realidade imersa num *contexto administrativo*, em sentido técnico, haja vista a constitucionalização, entre os *direitos e garantias fundamentais* (art. 5º, LIX, CF/88), da *incoação privada supletiva*, na hipótese de a incoação pública incorrer no prazo legal.

Mesmo tratando-se da iniciativa da ação penal pública, estamos no terreno próprio do interesse público, tratado tecnicamente como interesse administrado, indisponível, tanto para o titular quanto para o patrono, ainda que se admita coincidam ambas as posições no mesmo agente, delineando quadro análogo ao em que atua a Advocacia de Estado⁽³⁵⁾.

15. São assim, manifestações *substancialmente diferentes* da vontade do Estado, as da Magistratura de um lado e as das funções essenciais à Justiça de outro, que apenas se assemelham *no papel que desempenham no contexto da prestação do serviço jurisdicional como um todo*, na concretização das exigências de um moderno Estado de Direito, participativo e democrático.

Foi justamente a partir dessa dissimilitude que o legislador constituinte, reconhecendo que, a par da diferença entre elas existente, as carreiras jurídicas desempenham um *papel semelhante* no contexto constitucional, avocou, em relação a elas, a regra geral do art. 39 e *afirmou* a isonomia remuneratória em relação a essas mesmas carreiras.

É em razão desse assemeilhamento *substancial*, existente entre o *gesto próprio* do Ministério Público, da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública, que é a tutela judicial do interesse público através da postulação em juízo, e não por qualquer outro motivo, que a Constituição cognominou essas três atividades, *igualmente*, de "funções essenciais à Justiça".

E, por entendê-las *igualmente essenciais* à Justiça, posto que não estipula graduação nesse qualitativo, equiparou-as, no art. 135 e para fins específicos da isonomia remuneratória, entre si e *com a magistratura*; não em razão *direta* da natureza de suas atividades (muito menos por qualquer similitude organizacional) mas *indiretamente*, em razão do papel assemelhado que desempenham no contexto institucional do Estado de Direito Democrático.⁽³⁶⁾

A atribuição do *radical constitucional* aos órgãos incumbidos daquilo que se chamou de "funções essenciais à Justiça", e que é, sem dúvida, uma das disposições mais relevantes do novo constitucionalismo brasileiro, transforma aquelas instituições em *órgãos de Estado*, integrantes obrigatoriamente do contexto organizacional do Estado. Assim sendo, esses órgãos passam, *na mesma medida* (não uns mais do que outros) a ter um papel que transcende à atividade meramente administrativa.

De outra parte, é de reconhecer-se que, embora se constitua em notável avanço em termos de nomenclatura e topologia constitucionais, a regra do art. 135 expressa uma realidade que já se esboçava no nosso constitucionalismo.

Enfim, se há matéria sobre a qual não pode pairar qualquer resquício de dúvida séria, respeitável, é exatamente a absoluta e total equivalência entre a carreira do Ministério Público e da Advocacia de Estado.⁽³⁷⁾

Note-se afinal que, até por terem sido exercidas indistintamente através do mesmo órgão na sua origem, são, a *custódia da lei* e a *Advocacia de Estado*, dentre as hoje chamadas funções essenciais à Justiça, as que maior semelhança guardam entre si: ambas pressupõem o patrocínio do *mesmo in-*

teresse, que é o *interesse público*, uma sob o enfoque da *Sociedade*, outra sob o do *Estado*, que é a organização política daquela.

Em nível de constitucionalismo estadual, no Rio Grande do Sul, a situação é ainda mais cristalina.

O tratamento paritário de vencimentos e vantagens das carreiras jurídicas, objeto de reivindicação conjunta e pacífica dos respectivos órgãos de classe desde 1970, tornou-se realidade praticada por extensão construtiva dos radicais constitucionais específicos, expressa por reiteração ininterrupta numa sucessão de leis que cobrem mais de uma década.⁽³⁸⁾

Efetivamente, há mais de dez anos, no Rio Grande do Sul, as leis estaduais, reconhecem *expressamente* a equivalência, isto é, a *igual relevância* entre a *jurisdição*, a *custódia da lei* e a *Advocacia de Estado* e a isonomia remuneratória dos respectivos agentes.⁽³⁹⁾

O art. 135 da CF/88, sob esse aspecto, não representa, pois, uma inovação no Rio Grande do Sul, mas, tão só, uma *confirmação* e uma *consolidação*, em nível constitucional federal, de matéria já pacificada em termos de organização do Estado.

É de observar-se, aliás, que um rápido exame da matéria em termos de direito comparado, com especial atenção aos ordenamentos jurídicos que guardam maior relação como o nosso, apenas contribuirá para corroborar o que se disse.

Na Itália, por exemplo, que inequivocamente serviu de modelo, nessa matéria, ao constituinte brasileiro, os agentes incumbidos das funções do Ministério Público e os da "Avvocatura dello Stato" têm entre si exatamente o mesmo tratamento jurídico e remuneratório, idêntico ao da Magistratura.⁽⁴⁰⁾

Finalmente, observe-se que a CF/88, sob a denominação genérica de "funções essenciais à Justiça", que como se viu, se constitui na *ementa* do Capítulo IV, do Título III, não se limitou a incluir as chamadas "carreiras jurídicas": num verdadeiro requinte de redação inseriu igualmente a *advocacia*, dispondo que "o advogado é *indispensável* à administração da justiça" (art. 133; grifou-se). E não se pense em buscar distinções entre "indispensabilidade" e "essencialidade", *primeiro* porque a ementa do Capítulo, de que se está a tratar, sobrepõe-se a tal filigrana; *depois*, porque o legislador constituinte nada mais fez do que instalar, em nível constitucional, a norma, de longa data, expressa no art. 68, da Lei Federal n.º 4215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), onde se lê que "no seu *ministério privado* o advogado presta serviço público, constituindo, *com os juízes e os membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça*" (grifou-se), também em consonância com o art. 69 da mesma lei, onde se prescreve que "entre juízes de qualquer instância e os advogados *não há hierarquia...*" (grifou-se).⁽⁴¹⁾

Acresça-se que a advocacia de Estado é modalidade especialíssima de Advocacia, instituída constitucionalmente para o aconselhamento e o patrocínio judicial do interesse público, como já se disse, indisponível por natureza e por decorrência da principiologia constitucional expressa no art. 37 da CF/88. 16.

O aspecto mais espantoso da leitura do art. 135, segundo a linha da chamada "isonomia compartimentalizada", seja qual for a variante

dessa orientação que se adote, todas igualmente insustentáveis quando submetidas ao crivo de argumentos técnicos, é, sem dúvida, o efeito antitético que, se procedente, produziria sobre os interesses de seus mentores.

É o que chamamos de "efeito bumerangue". Todos sabem que esse engenhoso instrumento de caça, peculiar aos aborígenes australianos, é particularmente perigoso para os que o manipulam desconhecendo o modo como funciona, pois quando inadequadamente utilizado, em lugar de abater a presa, retorna violentamente de encontro a quem o arremessou.

O mesmo ocorre com os paladinos de leitura do art. 135 segundo a sobredita linha da "isonomia compartimentalizada": essa tendência hermenêutica, se assim se puder denominá-la, foi desenvolvida (como se indicou nas referências apostas em diversas passagens destas anotações, e como pode ser constatado nas transcrições anexas nas notas que as acompanham) no interesse de alguns setores do Ministério Público que, aposta essa regra de leitura, sobre ela desenvolveram ingentes, mas, como se viu, inúteis esforços para demonstrar que o "Parquet" constitui, com a Magistratura do Poder Judiciário, *um só e único* "compartimento isonômico", excludente das demais "carreiras jurídicas".

Ora, mesmo admitindo, apenas para argumentar, a hipotética procedência da compartimentalização da leitura do art. 135, fica absolutamente estreita de qualquer dúvida que ela conduz a um discrimine insuperável entre a Magistratura do Poder Judiciário, de uma parte, e as carreiras a que se cometem as "funções essenciais à Justiça", de outra: afastados os exercícios meramente discursivos, a repetição das frases de efeito, mesmo aquelas consagradas pelo uso, mas desprovidas de qualquer conteúdo apto a fundamentar um discrimine de caráter científico, resta tão-somente a constatação, já mencionada, da *diferença substancial* entre o gesto peculiar à Magistratura do Poder Judiciário, de *judgar*, de decidir a lide com eficácia vocacionada à vinculação plena da "res iudicata", de um lado, e, de outro, o gesto *substancialmente postulatório* do interesse público em juízo, integrativo da lide, que é o inarredável denominador comum a assemelhar, por sobre a singularidade de cada uma, as igualmente chamadas "funções essenciais à Justiça".

Essa constatação, de certo modo, retorna às conclusões a que se chegou nestas anotações. A sistemática constitucional expressa no art. 135 fundamentou-se simultaneamente na distinção entre a atividade da Magistratura judicante e as das "funções essenciais à Justiça", de um lado, e, de outro, na pertinência que, a partir dessa distinção, as segundas guardam em relação à primeira. Foi justamente por isso que o legislador constituinte optou por dar a todas o mesmo tratamento, tomando a primeira como parâmetro e as demais como parametradas.

O fato, porém, é que o esforço despendido na construção de "compartimentos isonômicos" aptos a abrigar, junto com a Magistratura Judicante, o Ministério Público, com exclusão das demais carreiras jurídicas", produz, se procedente essa via interpretativa, *efeito diametralmente oposto* ao buscado por seus mentores: por imperativo mínimo de coerência, essa leitura do art. 135 provoca a inarredável quebra de isonomia entre a Magistratura Judi-

cante e o Ministério Público, isonomia essa que é o objetivo maior dos arquitetos da quimérica *teoria dos compartimentos*.

Esse é o "efeito bumerangue". (42)

17. Deve-se ainda ter presente, de acordo com o teor expresso do art. 135, que a isonomia, que, no contexto da Constituição vigente, não se aplica tão-só às "carreiras jurídicas", pressupõe necessariamente a existência de um *modelo remuneratório* sintônico.

Explicando melhor: sendo a isonomia expressamente referida a *vencimentos*, e havendo uma diferença óbvia, na própria terminologia constitucional, que mais não fez do que receber o legado de nossa realidade administrativa, entre *vencimentos* e *remuneração*, seria absurdo admitir-se, a par da isonomia de vencimentos, a compossibilidade de modelos remuneratórios de tal sorte díspares, que as *vantagens especiais*, pertinentes à singularidade inquestionável da competência de cada uma das carreiras, isonomizadas quanto à sua relevância, somadas aos vencimentos isonômicos, viessem a resultar, na mesma escala objetiva de comparação, em remunerações muito distintas.

É óbvio, assim, que, fixada a isonomia com base nos *vencimentos*, está-se implicitamente a pressupor que a remuneração como resultado da sobreincidência das vantagens peculiares à atividade de cada carreira isonomizada, desconsideradas as singularidades de caráter *subjetivo*, ligadas ao tempo de serviço e outras da mesma natureza, não resulte num montante final discrepante entre agentes do mesmo nível ou grau, pertencentes a carreiras isonomizadas distintas.

Como pressuposto implícito da isonomia de vencimentos, aparece assim a necessária semelhança do *modelo remuneratório*. É óbvio que não se pode impedir que a diferença do conteúdo das atribuições de cada uma das carreiras ditas jurídicas, por exemplo, resulte na existência de componentes remuneratórios especiais, próprios de cada uma. O que não se pode, pois frustraria a *idéia informadora da isonomia de vencimentos*, é admitir que tais componentes resultem em remunerações muito discrepantes, sempre falando das parcelas ditas objetivas.

Porque, embora distintos, os conceitos de *vencimentos* e *remuneração* guardam uma correlação lógica. Contraria o bom senso que os componentes remuneratórios *objetivos*, específicos de uma carreira isonomizada, conduzam a discrepância sensível da respectiva remuneração, se comparada, no mesmo nível de igualdade, com a das demais carreiras parametradas.

Assim, a isonomia de vencimentos *pressupõe* um assemelhamento necessário do modelo remuneratório; os componentes remuneratórios de caráter objetivo, podendo ser até diferentes e adequados à especialidade do conteúdo de cada carreira, devem, no entanto, guardar razoável semelhança. A isso é que denominamos de *modelo remuneratório comum*, pressuposto, logicamente necessário, da isonomia de vencimentos.

18. Observe-se que a questão que tratamos sob a denominação de "modelo remuneratório" é apenas um, embora por certo o mais sensível, dos elementos fácticos pressupostos para incidência do art. 135.

Antes, quando se tratou de refutar a tese da chamada "isonomia compartimentada", especialmente na sua versão mais primária, que imagina reu-

nir, no mesmo "compartmento hermenêutico", tão-só Magistrados do Poder Judiciário e Promotores, com base na fantasiosa afirmação de que existe *identidade substancial* entre as atribuições de uns e outros, ressaltamos a impropriedade, enquanto *pretensão signo de inquestionável similitude*, entre os agentes das "carreiras jurídicas", mencionadas, e de *insuperável dissimilitude* em relação às demais, o *assemelhamento formal* entre as carreiras em questão, isto é, o assemelhamento quanto ao respectivo *regime jurídico*, no que diga respeito ao provimento dos cargos mediante concurso público, aos critérios de progressão funcional, aos níveis, graus ou classes em que se organizam os cargos correspondentes, aos direitos, vantagens, impedimentos e garantias.

Dissemos que tal assemelhamento não é *elemento substancial* de similitude ou dissimilitude para os efeitos da isonomia decorrente do art. 135 e que, tratando-se do Ministério Público em relação à Magistratura do Poder Judiciário, não decorria imperativamente da "natureza das coisas", como se tem pretendido fazer crer e, sim, de construção deliberada.

Ressaltamos, na ocasião, que ao dizê-la artificial, não pretendíamos de tratar aquela assemelhação formal, porquanto a atendemos correta e *altamente relevante*. O que não admitimos é se pretenda atribuir-lhe papel de *causa isonomizadora*, embora reconhecamos seja necessária enquanto condição da *correta* aplicação do artigo 135, para que produza o efeito desejado e, não a contrafação do mesmo.

Com isso, queremos dizer que, sem prejuízo da eficácia plena e imediata do art. 135, com o alcance que se lhe atribui no curso destas notas, na defesa de sua correta aplicação, para que dela não resultem desigualdades injustificáveis onde a Constituição determinou exista a isonomia, cumpre, resguardadas as peculiaridades de cada uma das "carreiras jurídicas", razão mesma da isonomização, que pressupõe a desigualdade conjugada à "ratio" isonomizadora, *assemelhar*, sempre tomando a Magistratura do Poder Judiciário por parâmetro, o regime jurídico das carreiras sobre que o dispositivo constitucional mencionado incide.

Assim, tendo sempre presente que a isonomia pressupõe a desigualdade ou, dizendo melhor, a *identidade* de cada uma das carreiras isonomizadas, sua incidência deve levar o legislador competente de cada esfera institucional a prover no assemelhamento do regime jurídico dos agentes das "carreiras jurídicas" pertinentes à alçada de seu poder normativo, de sorte a pôr cobro a situações fácticas incompatíveis com a isonomia, tais como o provimento de cargos sem concurso, a participação em honorários da sucumbência e outras que, não corrigidas, incidem imperativamente o comando isonômico do art. 135, redundariam na perversão de sua eficácia, isto é, na desigualdade e, não na isonomia.

PORTO ALEGRE, 23 de julho de 1990.

NOTAS E REFERÊNCIAS

- (1) "Tal disposição *surpreende*. Segundo se apontou, o art. 39, § 1.º, visa a todos os servidores da administração direta, vinculados a qualquer dos Três Poderes (e o art. 37, XII fixa como paradigma de vencimentos e dos cargos do Executivo). Assim, pareça que o art. 135 "*chove no molhado*", reitera o *desnecessário*. Ele é, sem dúvida, *desnecessário*, em vista do já exposto. Apenas pode-se aceitar sua inclusão na Constituição com *ênfase*. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, "Igualdade de Vencimentos entre Carreiras Jurídicas", in Revista do Ministério Público, Porto Alegre, 1989, n.º 22, p. 57; grifou-se). Ele é, sem dúvida, *desnecessário*, em vista do já exposto. Apenas pode-se aceitar sua inclusão na Constituição com *ênfase*. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, "Igualdade de Vencimentos entre Carreiras Jurídicas", in Revista do Ministério Público, Porto Alegre, 1989, n.º 22, p. 57; grifou-se).
- (2) "Poder-se-ia sustentar que houve um *engano* do Constituinte e ele quis ao falar nesse artigo em "Título", dizer "Capítulo". Isto não mudaria o *caráter meramente enfático* do art. 135. Ele simplesmente, em lugar de enfatizar que cargos de atribuições iguais ou assemelhados dos Três Poderes devem receber igual retribuição enfatizaria que aos cargos do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria, sa de atribuições iguais, a lai deverá dar igual retribuição, podendo eventualmente considerá-los "assemelhados". (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, "Igualdade de Vencimentos entre as Carreiras Jurídicas", in Revista do Ministério Público, Porto Alegre, 1989, n.º 22, p. 57; grifou-se). E mais adiante: "Em face da Constituição, por isso, não há vinculação nem equiparação de vencimentos que seja automática entre os membros de quaisquer carreiras, inclusive as carreiras ditas "jurídicas". Os arts. 135 e 241 *simplesmente chamam a atenção* para o fato de que tais carreiras apresentam pontos comuns, o que deve ser levado em conta pelo legislador". (id. ibid. p. 58; grifou-se).
- (3) RABELAIS, François, "Gargantua", Ed. Hucitec, SP, 1986, p. 248.
- (4) Procurando fazer menos da literalidade do texto do art. 135, da CF/88, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO assim se expressa: "O modo pelo qual se elaborou a nova Constituição Brasileira pode ter valorizado a participação, portanto, o elemento democrático, na definição das linhas mestres da organização do Estado. Realmente, dada a ausência de um anteprojeto (pois o da chamada Comissão Afonso Arinos foi abandonado) intensa foi a participação dos constituintes e mesmo do povo que multiplicaram as propostas, que das quais iria, afinal, resultar o texto". Em suma, só se reputa repetitivo ou inócuo algum termo, expressão ou dispositivo legal ou constitucional, quando sua redundância ou relevância forem *óbvias*, o que não é o caso. Ao contrário, a disposição das carreiras jurídicas no contexto constitucional e sua igual denominação enquanto "essenciais à Justiça" desautorizam cabalmente a exceção ao princípio hermenêutico de que se trata.
- (5) CIRNE LIMA, depois de observar que a expressão "Pessoa Administrativa", no nosso direito, advém da legislação falimentar onde é tradicional (Lei n.º 2024, de 17 de dezembro de 1908, art. 180, Decreto Legislativo n.º 5746, de 09 de dezembro de 1929, art. 180; Decreto-Lei n.º 7861, de 21 de junho de 1945, art. 201), (CIRNE LIMA, Ruy, "Preparação à Dogmática Jurídica", Livraria Sulina, Porto Alegre, 2.ª Ed. 1958, p. 155, nota 57), distingue as "pessoas administrativas" de *existência necessária* das de *existência contingente* incluindo entre as primeiras as de *natureza política*, ou seja, na vigência da CF/46, a *União, os Estados e os Municípios*. (CIRNE LIMA, Ruy, "Princípios da Direito Administrativo", Livraria Sulina, Porto Alegre, 4.ª ed., 1964, p. 62). Segundo a CF/88 (art. 18) e observado o mesmo critério, há de acrescer-se a relação com o *Distrito Federal*. A mesma CF/88, ao regular a Advocacia de Estado como função essencial à Justiça, refere-se apenas à *União* (art. 131), aos Estados e ao Distrito Federal (art. 132). Considerada, no entanto, a natureza inquestionavelmente política dos *Municípios* no contexto institucional Brasileiro, não vemos como não reputar função essencial à Justiça (CF/88, T. IV, cap. IV) a atividade dos agentes da Advocacia do Estado Municipal.
- (6) "Depois de reiterar o registro de que a isonomia entra as carreiras referidas no art. 135, enquanto regra espacial, é uma *decisão constitucional* de eficácia plena e imediata, vale esclarecer, em face da reiteração, sob todos os aspectos impertinente, de algumas veleidades expressivas de um "mais igualitarismo" orwelliano, que a Constituição não afirma nem sequer pressupõe uma igualdade ou uma identidade entre o ato jurisdicional e os demais correspondentes à atividade das carreiras parificadas. A opção do legislador consti-

- tuinte, insofismável e inquestionável, é de que a função jurisdicional e as essenciais à realização da Justiça, no contexto organizativo de um Estado de direito democrático, têm a mesma hierarquia institucional, são semelhantes no papel que desempenham na dinâmica do Estado." (SESTA, Mário Bernardo, in "Critérios Constitucionais sobre Remuneração Pública", RPGE, Porto Alegre, v. 47, p. 42).
- (7) É importante observar que a inovação trazida pelos artigos 131 e 132 da CF/88 é apenas de caráter formal. Efetivamente, do ponto de vista material não há inovação, pelo simples fato de que, em nível federal, a Procuradoria-Geral da República, sucessora histórica da "Procuradoria da Coroa e da Soberania Nacional", à sua vez sucessora dos "Procuradores da Coroa" do direito português, foi, até o texto constitucional vigente, o órgão de exercício cumulativo das funções da acusação pública, da fiscalização da lei e do patrocínio judicial dos interesses do Estado. De mais a mais, tal inovação é meramente formal porque, substancialmente, tanto a atividade da Advocacia de Estado, quanto a atividade do Ministério Público, se exercem através de idêntico gesto da população judicial do interesse público, visto, no primeiro caso, sob o enfoque do Estado, e, no segundo, sob o enfoque da sociedade. Aliás é de ter-se presente, que o Ministério Público, na tradição jurídica luso-brasileira, é instituição derivada da Advocacia do Estado. Mas há outra razão para dizer que a inovação dos arts. 131 e 132, com mais ênfase em relação a este último, é meramente formal: porque, em diversos Estados brasileiros, e esse é o caso do Rio Grande do Sul e de São Paulo, há várias décadas já se havia operado a distinção constitucional entre os órgãos do exercício das duas modalidades referidas do patrocínio judicial do público interesse.
- (8) "...il problema dell'organizzazione della difesa dello Stato in giudizio non che un aspetto parziale di un più vasto problema, quello della posizione dello Stato come parte del giudizio, in relazione alla tutela giudiziaria dei diritti ed interessi del cittadino rispetto allo Stato stesso." (GIUSEPPE BELLÌ, "Avvocatura dello Stato", ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, Giuffrè Editore, 1959, v. IV, p. 672).
- (9) "ALL ANIMAL ARE EQUAL BUT SOME ANIMALS ARE MORE EQUAL THAN OTHERS" (ORWELL, George [Eric Arthur Blair], in "Animal Farm", Penguin Books in Association With Martin Secker & Warburg, NY, USA, 1983, p. 114; em maiúsculo no original).
- (10) Na "Exposição de Motivos" do projeto que, no exercício da faculdade prevista no art. 96, II da CF/88, o Supremo Tribunal Federal encaminhou ao Congresso Nacional, e que se transformou na Lei Federal n.º 7721, de 6 de janeiro de 1989, se diz: "A Constituição Federal, promulgada a 5 de outubro próximo passado, estipulou, em seu art. 37, XI, que a lei fixará o limite máximo de 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". "A Constituição estabelece, de outra parte, em seu art. 39, § 1.º, que a lei assegurará isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza e ao local de trabalho". "O princípio da isonomia entre servidores dos Três Poderes, ocupantes de cargos de atribuições iguais ou semelhantes, pressupõe que os limites máximos, a que se refere o citado art. 37, XI, guardem, entre si, relação de equivalência. Elevado o limite máximo em um Poder, cumpre ajustar os limites máximos dos outros Poderes, em ordem a que o princípio da isonomia, entre servidores dos Três Poderes da República, opere, na conformidade do espírito e sistema da nova ordem constitucional". Observe-se que esse mesmo entendimento foi consagrado por decisão unânime do mesmo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 14-4, DF, cujo relator, Ministro José Néri da Silveira, transcreve o sobredito trecho da "Exposição de Motivos" da Lei Federal n.º 7721/89, ressaltando que dita exposição fora aprovada em sessão administrativa do mesmo Tribunal.
- (11) Entendemos ainda que, da eficácia plena e imediata dessa disposição constitucional, decorre também, sem agressões à autonomia estadual, a automaticidade na fixação dos vencimentos das carreiras parametradas pelo simples ato de fixar-se o vencimento da carreira parâmetro, de vez que a essa fixação se procede por lei estadual, portanto, no exercí-

- cio da autonomia estadual. Não podendo os Estados, em face dessa leitura do art. 135, dispor diferentemente no que tange às carreiras parametradas, parece-nos óbvio que a decisão tomada, em relação à carreira parâmetro, se aplica automaticamente, sem necessidade de lei específica, às carreiras isonomizadas. O fato de, no Rio Grande do Sul, por exemplo, o Ministério Público ter conquistado, na Constituição Estadual (art. 109, III), a iniciativa de lei que fixa os vencimentos dos agentes da própria carreira, posto que inconstitucional, não altera a conclusão a que chegamos, na medida em que estamos a interpretar um dispositivo da Constituição Federal, que não necessita de complementação por norma estadual.
- (12) "Isto significa, pois, que não há tal assemelhação direta no texto constitucional, nem é dado ao legislador ordinário, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, realizá-la por meio de lei. E tal inconstitucionalidade, infelizmente, macula os arts. 7.º a 9.º da Lei número 19/89, do Distrito Federal, pois, além da exigência constitucional inafastável que a semelhança advinha de lei (§ 1.º do art. 39), ficou claro que o legislador ordinário encontra limites constitucionais intransponíveis à assemelhação indiscriminada, como se viu". (Estudo realizado pela CONAMP - Confederação Nacional do Ministério Público sobre a Lei n.º 19/89 do Distrito Federal, acostado aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 172-8/90; fl. 32).
- O texto transcrito expressa dois erros graves: primeiro o de negar ao art. 135 da CF/88 a condição de norma de eficácia plena, direta e imediata; segundo, o de sustentar, diante do mesmo dispositivo legal, a impossibilidade jurídica de o legislador ordinário declarar a isonomia entre os agentes das "carreiras jurídicas". Na parte inicial, o referido "Estudo" parece aproximar-se mais adequadamente da realidade: "Não se pode discutir sequer se trata ou não de mera faculdade de remuneração igual: há clara imposição constitucional à equiparação de vencimentos, desde que verificada a condição de norma (existência de cargos de atribuições iguais ou semelhantes). A limitação, entretanto, continua a ser a remuneração fixada para os cargos do Poder Executivo (inc. XII, art. 37: "os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo")". (id., ibid., p. 6)
- (13) "Chega-se à conclusão de que a assemelhação de carreiras, enquanto deve ser reconhecida entre a Magistratura e o Ministério Público, deve ser negada entre estas instituições e as demais carreiras do funcionalismo público comum, que pode ser, sim, assemelhadas ou não entre si". (HUGO NIGRO MAZZILLI, "A isonomia de vencimentos à luz da Constituição de 1988", in Revista do Ministério Público, POA, 1989, n.º 22, p. 40). E CRETELLA JÚNIOR: "Nessa seqüência de raciocínios, podemos, por exemplo, notar várias conotações comuns entre a Defensoria Pública e a Advocacia do Estado, mas tal assemelhação não existe, por exemplo, entre a carreira da Magistratura e a carreira dos Delegados de Polícia, embora, sob alguns aspectos e em os criminais -, os agentes dessas duas carreiras desempenham atividades que se orientam para a melhor aplicação da lei e da consecução da Justiça". "Também há inúmeros traços semelhantes entre as carreiras do Ministério Público e as da Magistratura, não sendo, entretanto, possível vislumbrar este fato, quando as carreiras da Magistratura e Ministério Público são cotejadas, diante de outras carreiras, enumeradas nos artigos 135 e 241 da Constituição de 5 de outubro de 1988". (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Isonomia de Vencimentos para os cargos de Atribuições Iguais ou Assemelhadas", Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n.º 22, p. 44).
- (14) "De sorte que hoje, quando, sobre os legados imperecíveis do liberalismo e da social-democracia, se pretende estruturar um sistema cuja tônica repouse na legalidade e na participação, depara-se-nos inconcebível institucionalizar a sociedade sem essas três atividades igualmente essenciais para a construção de um Estado de Direito Democrático: a Magistratura judicante ou Magistratura Sentada; o Ministério Público ou Magistratura de Pé e a Advocacia de Estado ou Magistratura de Partido". (SESTA, Mário Bernardo; Em "Advocacia de Estado, Magistratura de Partido", Zero Hora, Porto Alegre, 05.12.86, p. 4).
- (15) Na opinião de FABIO NUSDEO: O disposto no § 1.º do artigo 39 constitui uma exceção ao princípio da não vinculação e da não equiparação estabelecido pelo já analisado inciso XIII. Este, ao usar a palavra "ressalva", que não é sinônimo de exceção, o faz com vista a lançar uma ponte em direção ao princípio da isonomia, no caso, explicitado como vencimentos iguais para cargos

de atribuições iguais ou cargos assemelhados. Não se trata de uma derrogação daquele outro princípio, o da não equiparação e não vinculação, pois estas logicamente pressupõem situações fácticas diversas, no caso: atribuições ou cargos diferentes que o legislador, artificialmente visaria a jungir. Ora, isso é exatamente o oposto da hipótese contemplada pelo § 1º do artigo 39, onde se supõem situações iguais a merecerem tratamento correspondente igual. Seu sentido é, pois, não o de excepcionar ou derogar o salutar princípio da não equiparação ou vinculação já assentado, mas sim de reafirmar o princípio básico da isonomia, solenemente consagrado pelo artigo 5º, explicitando-o para efeitos remuneratórios dos funcionários públicos". (NUSDEO, Fábio, in "Isonomia de Vencimentos: Pareceres", Edições APMP, SP, 1989, p. 51); NB: não se corrigiram erros de impressão do original).

Mais adiante, *prosegue*:

"Esta mesma conclusão mantém a sua validade quanto ao item XII do mesmo artigo 37 que, também, não chega a configurar uma exceção ao princípio da não vinculação, mas pura e simplesmente destina-se a estabelecer um parâmetro como teto remuneratório. Mais uma vez, não se trata de vinculação, mas de isonomia, qualificada pelo teto".

"Parece claro ter o constituinte timbrado em manter incólume o princípio da não vinculação e da equiparação harmonizando-o coerentemente com o da isonomia. Esse o sentido da palavra "ressalvado" empregada no inciso XIII do artigo 37. Trata-se de mero "distinção" esclarecedor e não derogador".

"Tudo isso vem confirmar o caráter de princípio básico de que se reveste tal preceito, conforme já salientado". (id., ibid., p. 52)

E mais adiante:

"E qualquer outro nexos ou recurso hermenêutico está irremediavelmente tolhido pois, como demonstrado, o art. 37, XIII, nenhuma vinculação, nenhuma equiparação, é mandamento de princípio e não foi afetado pelo disposto no reledo § 1º, mantendo pleno vigor e efeito. Aplica-se conjuntamente com o preceito de isonomia".

"Entretanto, disto resultou uma relação desuniforme, a repetição com leves diferenças no tratamento de um mesmo instituto, e até, normas bem opostas como, se verifica do exame global da Constituição. Tudo isto seria, quiçá, superado se o texto tivesse sido objeto, antes da votação final, de uma revisão aprofundada, que lhe desse especialmente coerência jurídica".

"Isto, porém, não sucedeu, talvez porque os constituintes se sentissem pressionados pela opinião pública que não aceitava a delonga na edição da tão esperada e decantada nova Constituição Brasileira".

"Assim, a interpretação das novas disposições constitucionais é extremamente difícil, devendo o jurista freqüentemente ter de adivinhar o que pretendeu o constituinte. E o que é pior, algumas regras clássicas de hermenêutica não se aplicam, ou dificilmente se aplicam, à exegese da Constituição de 1988. Por exemplo, o princípio segundo o qual não há palavras, a fortiori artigos inúteis, ou sem sentido, num diploma legal". (Igualdade de vencimentos entre Carreiras Jurídicas", Revista do Ministério Público, Porto Alegre, 1989, v.22, p.54; grifou-se).

Vale lembrar, e até transcrever a lição de CARLOS MAXIMILIANO:

"Dá-se o valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto (3); porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma".

"Entretanto o preceito não é absoluto. Se um trecho não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram inseridas por inadivertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma".

"Bem avisados, os norte-americanos formulam a regra de Hermenêutica neste termo: "deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula ou sentença" (2). Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. Todavia é possível e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último. Quando, porém, o texto é preciso, claro o sentido e o inverso se não deduz, indiscutivelmente, de outros elementos de hermenêutica, seria

um erro postergar expressões, anular palavras ou frases, a fim de torriarem dispositivo aplicável a determinada espécie jurídica (3): interpretatio in quacumque dispositione ne sic facienda, ut verba non sint superflua, et sine virtute operandi - "interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa". ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", Freitas Bastos, SP/RJ, 7ª ed., 1961, p. 311/312; grifou-se). (id, ibid, p. 54; NB: texto cfme. original).

Já MANOEL FERREIRA FILHO, na mesma coletânea levanta o problema com melhor técnica, reconhecendo, como de fato é a palavra "ressalvando", do artigo 37, XIII, como significativo de exceção:

"6. Não se olvide, por outro lado, que o art. 37, XIII, proíbe "a vinculação ou equiparação de vencimentos", como princípio, mas o excepciona em relação ao disposto no art. 39, § 1º, acima examinada e ao item XII do próprio art. 37."

"Assim pode a lei vincular a retribuição de cargos de atribuições iguais ou assemelhados". (id, ibid., p. 16)

- (16) "3º O Artigo 135 e o art. 241 não cuidaram de assemelhar entre si as carreiras do Título IV (Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União, Advocacia-Geral dos Estados e do Distrito Federal e Defensoria Pública) nem a elas assemelhou o artigo 37, XIII, a carreira dos Delegados de Polícia; cada uma destas instituições, porém internamente, poderá perfeitamente, beneficiar-se na chamada isonomia departamental". (Estudo elaborado pela Confederação Nacional do Ministério Público, CONAMP, sobre a Lei nº 19/89, do Distrito Federal, acostado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1728/90 DF, fls. 35).

- (17) "Fixado, aqui, que o art. 135 apenas deixou explícito que aos integrantes das carreiras disciplinadas no Título IV se aplica o § 1º do art. 39, busquemos a aplicação prática para a norma em exame."

"No âmbito de Magistratura, dentre os órgãos do Poder Judiciário, há aqueles que integram a chamada Justiça da União e os que integram as Justiças Estaduais. Ora, o Estatuto da Magistratura (art. 96), ao disciplinar as carreiras que integram o Poder Judiciário da União, deverá aplicar o princípio da isonomia entre elas."

"No Ministério Público, o art. 128 distinguiu dois grandes ramos da instituição, pelos mesmos critérios acima referidos. Ora, a Lei Complementar que venha a organizar as carreiras do Ministério Público da União deverá aplicar entre elas o princípio da isonomia."

"Quanto às demais carreiras de que cuida o art. 135, nada impedirá que a Advocacia-Geral da União se torne uma instituição com diversas carreiras. Da mesma forma, entre os Procuradores do Distrito Federal e a Advocacia-Geral da União, poderá haver a aplicação do princípio isonômico. Já que mantidos pelo mesmo Poder e destinados às mesmas funções": "Em inúmeros Estados da Federação, as funções ora atribuídas aos Defensores Públicos vinham e continuam sendo exercidas pelos Procuradores do Estado, o que evidencia total compatibilidade entre as funções, e, pois, a possibilidade de assemelhação de cargos; caso seja esta a orientação legislativa, caberia aplicar o princípio da isonomia departamental entre elas". (Estudo realizado pela CONAMP — Confederação Nacional do Ministério Público sobre a Lei nº 19/1989 do Distrito Federal, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 172-8/90 - DF, a cujos autos está acostado, fls. 23; grifou-se).

NOTE-SE, a propósito da afirmação expressa na última alínea do texto transcrito que, em nível federal, até hoje, porquanto ainda não foi organizada a "Advocacia-Geral da União", a defesa dos interesses do Estado continua sendo cometida ao Ministério Público, o que aliás, ocorre desde as origens da instituição no direito luso-brasileiro. Em nível estadual, onde a distinção de órgãos já tem precedentes com várias décadas, antes da divisão os agentes do Ministério Público exerciam, além da acusação pública, indistintamente, não só a defesa dos interesses do Estado, como a assistência jurídica aos necessitados. Como se vê, os argumentos do "Estudo" referido conduzem, mesmo contra a vontade de seus autores, à realidade dos fatos.

- (18) "Quanto ao provimento inicial, os requisitos de qualificação e a forma de provimento são idênticos na Magistratura e no Ministério Público, sendo que, quanto às demais carreiras, embora os requisitos de qualificação sejam iguais (bacharel em ciências jurídicas), o provimento é feito pela própria instituição; nas demais, obrigatoriamente pelo Poder Executivo, porque qualquer outra solução seria flagrantemente inconstitucional".

"No provimento derivado, e forme de fezê-lo também é idêntica para a Magistratura e para o Ministério Público, sendo, porém, totalmente diversa nes demais carreiras, assim como o é no provimento inicial".

"É a mesma a organização interna da Magistratura e do Ministério Público (organizados em iguais entrâncias e instâncias, etuando sempre lado a lado), sem paralelo nas demais carreiras de que cuida o aludido Título". (HUGO NIGROMAZZILI, "A Isonomia de Vencimentos à luz de Constituição de 1988", in Revista do Ministério Público, P. Alegre, 1989, n° 22, p. 38).

- (19) No Rio Grande do Sul, e Lei estadual n° 8838, de 24 de abril de 1989, reduziu as entrâncias da Magistratura de quatro para três, de sorte que os juízes de Direito passaram a ser designados como de "entrância inicial", "entrância intermediária" e "entrância final", seguindo-se-lhes o "Juiz de Alçada" e o Desembargador".

Na mesma linha, a Lei Estadual n° 8871, de 18 de julho de 1989, alterou-se a classificação dos Promotores de Justiça, utilizando, para as três primeiras classes, literalmente a mesma nomenclatura adotada pela Magistratura, mantidas para as duas finais as designações já vigentes de "Procurador de Justiça" e de "Procurador-Geral de Justiça", que, aliás, não nos parecem bem adequadas.

Por outro lado, a Lei Estadual n° 9056, de 21 de fevereiro de 1990, adotou, no que respeita aos Procuradores do Estado, idêntica providência redutiva do número de classes, apenas adequada à singularidade da carreira, cujo escalonamento passou a designar-se através das denominações seguintes, rigorosamente correspondentes às duas outras "Carreiras jurídicas": classe inicial, "classe intermediária", "classe final" e "classe superior", seguindo-se-lhes o "Procurador-Geral do Estado".

- (20) A CF/88, no seu art. 5° LXXI, dispõe:

"LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;" (grifou-se).

Inegavelmente, a isonomia de que trata o art. 135, a par de ser uma garantia institucional da Advocacia de Estado, é também um direito que decorre literalmente do texto da Constituição, portanto, um direito constitucional.

No caso, parece-nos que a expressão "falta de norma", do texto constitucional transcrito, deva ser tomada em sentido amplo, capaz de abranger também a insuficiência da norma existente.

Assim, se, em determinado Estado, a organização do órgão ou da carreira, correspondentes à Advocacia de Estado, for insuficiente enquanto pressuposto de fato para a correta incidência do art. 135, esse circunstância, como se disse, não afeta o dispositivo constitucional federal, cuja eficácia plena e imediata não fica prejudicada; continue como tal a independe de regulamentação. A legislação do Estado considerado, cujos Procuradores, por exemplo, não sejam organizados em carreira, em moldes compatíveis com o parâmetro, ou, quem sabe, não sejam providos mediante concurso público de provas e títulos (CF/88, art. 132), será omissa ou insuficiente para preencher as condições de incidência ou de incidência correta do art. 135.

Hipóteses desse tipo, possíveis na medida em que se está a tratar de norma constitucional federal aplicável aos Estados, podem pressupor, não como condição de sua eficácia plena e imediata, mas como condição para que se constitua onecessário pressuposto de fato, a implementação da legislação estadual, cuja falta ou precariedade pode ensejar a propositura do mandado de injunção.

- (21) No Rio Grande do Sul, desde a criação da "Consultoria-Geral do Estado" (Lei Estadual n° 4.938, de 25 de fevereiro de 1965), que mais tarde veio a transformar-se na atual "Procuradoria-Geral do Estado", fixaram-se as bases da isonomia remuneratória nivelando o então "Consultor-Geral do Estado", pelo padrão do comissionamento do chefe do Ministério Público (lei ref., art. 1°, § 2°).

Há mais de vinte anos, os cargos, hoje correspondentes aos de "Procurador do Estado", são providos regularmente mediante concurso público de provas e de títulos, tendo a matéria passado a constar de norma constitucional específica desde a Constituição Estadual de 1970 (art. 87, § 1°), repetidas na Constituição de 1989 (art. 116, § 1°, I).

Desde a Lei Estadual n° 6488, de 20 de dezembro de 1972, os cargos, hoje correspondentes aos de "Procurador do Estado", passaram a ser organizadas em classes rigo-

rosamente correspondentes às Magistratura do Poder Judiciário e as do Ministério Público, estendendo-lhes e isonomia remuneratória, até então limitada à chefia do órgão, em razão da dissimilitude na organização da carreira (art. 1°); veda-se-lhes, outrossim, o exercício da Advocacia privada, liberal ou de partido (art. 5°), posteriormente ampliadas as vedações em nível constitucional (CE/89, art. 116, § 2°).

Atualmente, a par da isonomia remuneratória com relação à Magistratura do Poder Judiciário e ao Ministério Público, conseqüente sucessiva e ininterruptamente, através de uma série de leis que correspondem, como se disse, e vinte anos, a estrutura de carreira, os impedimentos, e as vantagens são equivalentes aos das demais "carreiras jurídicas", configurado um inofismável lastro factício de similitude, apto a tornar pacífica a aplicação do art. 135 de CF/88.

- (22) Se analisarmos com mais precisão a exata origem da Advocacia de Estado e do Ministério Público, no que diz respeito à atividade de defesa judicial dos interesses do Estado, da acusação pública e da custódia da lei, seremos obrigados e constatar a primazia histórica, tanto da atividade quando da instituição, em favor da primeira.

De fato, é afirmação inquestionada, reiterada inclusive pelos mais credenciados doutrinadores do Ministério Público, que, entre fins do Século XIII e início do Século XIV, surgiram, na Europa Ocidental, os procuradores reais ou procuradores da coroa, cuja função precípua era a defesa dos interesses do Erário e que, ancilarmente, quando dessa atividade de poderiam decorrer multas que beneficiassem o mesmo Erário, exerciam a atividades acusatórias.

Segundo registre ABDON DE MELLO:

"Somente em França, no ano de 1302, com o surgimento dos Procuradores do Rei, se poderá considerar como esboço a instituição do Ministério Público (ABDON DE MELLO, in "Ministério Público Rio-Grandense (Subsídios para a sua história)", cf. Gráf. da Imprensa Oficial, POA, 1943, p. 12).

"Los procuradores del rey perseguian las usurpaciones de dominio y otros derechos del monarca, interviniendo em los casos reales, y especialmente em los criminales, para cobrar y percibir las multas y confiscaciones" AYARRAGARAY, Carlos A., in "El Ministerio Público", 1928, p. 43, cit. por ABDON DE MELLO, op. cit., p. 12).

"Em Portugal, com a criação dos Procuradores da Coroa, se observou também o mesmo critério vigorante em França".

"Em alguns casos, pelo direito português, os réus condenados perdiam os seus bens. Ocorria também, com frequência, que as penas aplicadas eram de multa em favor de fazenda real."

"Assim, a função dos Procuradores da Coroa, nos processos criminaes, era principalmente destinada a defender os interesses patrimoniaes da referida fazenda." (ABDON DE MELLO, op. cit., p. 12).

Nessa instituição, dos procuradores reais, dos procuradores da coroa, ou dos "les gens du Roi" franceses, na verdade temos a origem da Advocacia de Estado, a qual poderia ser recuada até os "procuradores Caesaris".

As atividades que hoje predominam no cenário de competência do Ministério Público realmente estavam associadas a esses agentes mas eram-lhes atividades secundárias.

Por outro lado, a Revolução Francesa, nas diversas Constituições que se seguiram à derrocada do "ancien régime", instituiu os "acusadores públicos", providos mediante eleição, nos quais se pode ver, com mais precisão, a origem, tanto do órgão quanto da atividade da acusação pública e, posteriormente, criou os "comissários do governo", que tinham a finalidade de fiscalizar, não propriamente a lei, mais sim os tribunais, em relação aos quais a Revolução herdara a desconfiança advinda do antigo regime. Nos "comissários do governo" e na sua atividade fiscalizadora, que, depois, se converteu em tutela da lei, temos a origem do órgão e da instituição da "custodia legis".

Posteriormente, já no período napoleônico, ambas as instituições foram reunidas nos "Procuradores Imperiais".

Os países de tradição lusa, Portugal e Brasil, incluíram essas atividades, que já existiam, embrionariamente, nos "Procuradores da Coroa" na competência desses procuradores e, assim, até hoje, em Portugal, o Ministério Público exerce, cumulativamente, tanto a defesa do interesse do Estado, quanto a acusação pública e ainda a custódia da lei.

- (23) Segundo a Constituição de Portugal, de 1976, revisada em 1982: "Artigo 224.º.
"1. Ao Ministério Público compete *representar o Estado*, exercer a ação penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar.
2. O Ministério Público goza de estatuto próprio. (grifou-se) (*"Constituição da República Portuguesa"/Primeira Revisão 1982; Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 1982, P. 121*).
- (24) Em pleno período colonial, instala-se, na Bahia, a "*Relação do Brasil*". O "Regimento da Relação do Brasil", baixado pelo governo metropolitano em 7 de março de 1609, dispunha que aquele Tribunal fosse composto por "*dez desembargadores, entrando nesse número o chanceler, o qual servirá de Juiz da chancelaria; três desses desembargadores de Agravos; um Ouvidor-Geral; um Juiz dos Feitos da Coroa e um Procurador da Coroa, Fazenda e Fiscal e Promotor da Justiça; um Provedor de Defuntos e resíduos; e dois Desembargadores Extravagantes*". (Grifou-se)
A "*Relação do Brasil*" foi suprimida em 1626 e reinstalada em 1652. Seu novo "regimento" (12/09/1652) dispunha expressamente (art. 55) que o "Procurador da Coroa e Fazenda" servirá também como "Procurador do fisco" e Promotor da Justiça".
Após a independência, o Império instalou, em fevereiro de 1874, a "*Relação de Porto Alegre*". Constituíam-na os Desembargadores João Batista Gonçalves Campos (presidente), Adriano José Leal, Inácio José Mendonça Uchoa, Julio Cezar Berenguer de Biten-court, Luiz Côrrea de Queiroz Barros, Luiz José de Sampaio e Augusto Pereira da Cunha. Conforme dispunha o "Regulamento das Relações do Império", baixado pelo Decreto n.º 5.618, de 2 de maio de 1874, art. 17, que nessa matéria retomava o regimento vigente e tradicional no direito luso-brasileiro, ao Governo livremente nomear *dentre os Desembargadores da Relação, o "Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional"*, que exercia cumulativamente as funções da Advocacia de Estado e do Ministério Público.
O primeiro "Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional", da *Relação de Porto Alegre*, foi o Desembargador ADRIANO JOSÉ LEAL. ("cf. ABDON DE MELLO, Ministério Público Rio-Grandense" (Subsídios para a sua história). Of. Graf. da Imprensa Oficial, POA, 1943, p. 15).]
- (25) Embora, no Brasil, alguns Estados tenham sido pioneiros em termos de institucionalização da Advocacia de Estado, distinguindo-a, praticamente desde a década de 70, da acusação pública, o que, na esfera federal só veio a ocorrer com a CF/88 (art. 131) e, ainda assim, dependente da regulamentação prevista no art. 29 do ADCT/88, cumpre registrar que, mesmo na estrutura institucional nacional, existem precedentes muito antigos, indicativos da tendência agora consagrada. Observe-se, nesse sentido, o papel, ainda que setorial e limitado a aspectos administrativos, desempenhado pela "Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional" e da respectiva estrutura (DL n.º 147/67), bem como os serviços jurídicos que, ao correr do tempo e inorganicamente, foram surgindo junto a diversos órgãos da administração federal.
Sobre a "Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional", consultem-se: Decreto n.º 736, de 25/11/1850 (arts. 24 e 26 § 1º); Decreto n.º 7751, de 23/12/1909 (art. 369); Decreto n.º 24.036, de 26/03/34 (arts. 102, 107, 108 e 109); Lei Federal n.º 2642, de 09/11/55 (art. 1º, art. 3º, II, art. 4º, II, XII e XV e art. 79); Lei Federal n.º 6830, de 22/09/80, art. 2º, § 4º); DL n.º 147, de 03/02/67 (art. 1º, II, art. 13 IV e XII, art. 14, IV e IX, art. 15, II, art. 16, I e VIII e art. 22); Decreto n.º 76.085, de 06/08/75, art. 14, I e VII).
- (26) "... das carreira referidas no art. 135, apenas a Magistratura e o Ministério Público exercem parcela direta da soberania do Estado, sendo seus órgãos agentes políticos, com garantias próprias e inconfundíveis". (HUGO NIGRO MAZZILLI, "O Ministério Público na Constituição de 1988", p. 94).
- (27) A Constituição Imperial Brasileira (1824 — 1889) adotou o princípio da divisão de poderes segundo a formulação quadripartida idealizada por BENJAMIN CONSTANT, dizendo, no art. 10, que os "poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial" (grifou-se).
No art. 98, dizia-se que o "Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro

- representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos" (grifou-se). (Cf. BENJAMIN CONSTANT, "Curso de Política Constitucional", Taurus, Madrid, 1968, p. 13 e segs.)
- (28) "São os órgãos do Ministério Público *agentes públicos*, diversamente do que ocorre com os dignos advogados das pessoas jurídicas de direito público. Aliás, convém ter em mente que os "Magistrados em geral, *Membros do Ministério Público e Conselheiros do Tribunal de Contas são agentes políticos*, daí *diferenciam-se* dos simples *agentes administrativos*, que é a natureza jurídica dos referidos advogados, que são membros de Poder de Estado, não exercem atribuições ou governamentais". (Estudo elaborado pela Confederação Nacional do Ministério Público, CONAMP, sobre a Lei n.º 19/89, do Distrito Federal, acostado aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 172-8/90 DF, fl. 29).
Mais, adiante, no mesmo "Estudo":
"A natureza jurídica das funções do Ministério Público quando no exercício exclusivo da ação penal pública, caracteriza *parcela direta da Soberania de Estado*, característica que não está, nem poderia estar presente na carreira dos funcionários públicos comuns". (grifou-se), (id. ibid. fl. 29).
- (29) Será, no entanto, arrematado contra-senso limitar a caracterização dos *agentes políticos* aos estreitos parâmetros do modo político de provimento.
Sem dúvida, o modo de provimento é um elemento distintivo relevante mas, como ocorre com todas as tentativas de classificação, se nos ativermos a esses indicadores, emprestando-lhes caráter absoluto, esbarraremos com situações que escapam ao critério por força de sua própria natureza.
Efetivamente, a quem ocorreria pensar que os agentes da magistratura judicante não são *agentes políticos*, na acepção mais plena do termo, quando se sabe que no exercício da jurisdição, ao dizerem o direito com vocação, nesse dizer, à eficácia vinculativa plena da "coisa julgada", lhes compete fixar, ao fim e ao cabo, a última palavra no que diz respeito ao significado de cada instituto, de cada provimento e, a final, do próprio ordenamento jurídico, como um todo?
Mesmo no nosso sistema jurídico, com predominância do direito escrito e codificado, o reconhecimento da "coisa julgada" atribui ao Poder Judiciário a última palavra na determinação do significado dos Códigos, das Leis e da própria Constituição Federal. Nenhuma atividade estatal tem conteúdo mais marcadamente político do que aquela capaz de definir o conteúdo e os contornos do próprio arcabouço institucional do país.
Por esta razão optamos, para discriminar os *agentes políticos* dos *agentes administrativos*, não o modo de provimento e, sim, o outro critério, baseado no papel que esses *agentes desempenham no contexto institucional do país*.
- (30) J. CABRAL NETTO, "O Ministério Público na Europa Latina", Imprensa Oficial, Belo Horizonte, 1974, p. 118 e segs.)
- (31) ZORNAGHI, HELIO, "Compêndio de Processo Penal", Ed. J. Konfino, 1967, t. F, p. 375 e segs.
- (32) J. CABRAL NETTO, obra cit., p. 120.
- (33) Em relação ao Ministério Público na França, diz CABRAL NETTO (ob. cit., p. 36/37):
"Conquanto independente junto aos Tribunais onde atua, o M.P. está sujeito, no entanto, à supervisão do Ministro da Justiça. Agentes do Poder Executivo, seus membros estão subordinados, de certa forma, a uma dupla hierarquia, dispendo a Ordonnance n.º 58, em seu art. 5.º:"
"Les magistrats au parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice".
"Observa HENRY SOLUS que, de um lado, e inicialmente, todos estão sob a dependência do Ministro da Justiça, o qual pode dar-lhes ordens ou proibi-los de agir. Nesse sentido o art. 36 do C. P. Penal estabelece, textualmente:
"Le ministre de la justice peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la jurisdiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes".
E mais adiante:
"Ressalte-se, no entanto, que a subordinação hierárquica que obriga ao cumprimento de ordens e regulamentos, obrigam os magistrados do Ministério Público somente trabalhos

escritos, em suas conclusões orais. Esse fato encontra guarida dentro da tradição francesa, segundo a qual *la plume este serve, mais la parole est libre*. Assim, recebida uma ordem de agir ou de concluir em sentido determinado, o membro do M. P., está obrigado a cumpri-la em razões escritas e não orais, ou, em qualquer caso se sua consciência o impedir de fazê-lo, pode pedir o seu afastamento".

Em relação ao Ministério Público em Portugal, diz o mesmo CABRAL NETTO (ob. cit. p. 64/65 e 99):

"Constitui o Ministério Público, dentro da lei, uma magistratura amovível, responsável e hierarquicamente organizada, na dependência do Ministro da Justiça e sob a chefia direta do Procurador-Geral da República, paralela e independente da magistratura judicial, não podendo os seus representantes receber ordens ou censuras dos juízes."

(...)

"Finalmente, a hierarquia consiste na imediata subordinação do Procurador-Geral da República ao Ministro da Justiça; dos Procuradores e Adjuntos do Procurador-Geral a este; dos Adjuntos e Delegados ao respectivo Procurador, e dos Subdelegados, nos delegados. E mais adiante:

O Ministério Público está sob a chefia direta do Procurador-Geral da República, e na dependência do Ministro da Justiça. Vemos, aí, uma hierarquia interna e uma superintendência externa.

Essa ingerência do Ministro da Justiça no Ministério Público se circunscreve a estabelecer as diretrizes de ordem geral a que deve obedecer a ação dos diferentes órgãos do Ministério Público no exercício das funções de sua competência: a nomear, promover, colocar, transferir e exonerar, bem como exercer ação disciplinar sobre os seus membros. Cabe-lhe, ainda, ditar ou estabelecer normas de procedimento aos seus agentes sobre o exercício das suas atribuições, relativamente à prevenção e repressão criminal: a autorizar seus agentes a confessar, transigir ou desistir nas causas em que o Estado seja parte, e a estabelecer as dúvidas e adotar as providências que lhe sejam propostas, com o seu parecer, pelo Procurador-Geral da República.

Em relação a Portugal, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, comentando o art. 225 da atual Constituição daquele país ("Constituição da República Portuguesa Anotada", Coimbra Editora, Coimbra, 1978, p. 412), ressaltam:

"III. A subordinação hierárquica — que supõe entre outras coisas a subordinação dos agentes do MP a ordens ou instruções — levanta fundamentalmente dois problemas: (a) relações entre o Governo e o MP; (b) configuração da cadeia hierárquica entre os vários níveis da estrutura do MP. Quanto ao primeiro problema, parece estar afastada a possibilidade de o Governo dar ordens ou instruções ao MP, uma vez que, nos termos constitucionais, o "órgão superior" do MP é a PGR (art. 226/1); o Governo só pode influir sobre o MP indiretamente, através do PGR — cuja nomeação e exoneração lhe cabe propor — e na medida em que a lei preveja a participação de representantes do Governo na composição da PGR. Quanto ao segundo problema, a subordinação hierárquica tanto pode consistir numa cadeia hierárquica uniforme desde a base à cúpula, como num sistema que inclua formas de desconcentração por degraus".

(34) Segundo o "Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul" (Lei Estadual n.º 1751, de 22 de fevereiro de 1952), dispõe-se ser *dever* do funcionário público "representar ou comunicar a seus chefes imediatos todas as irregularidades que tiver conhecimento e que ocorrerem na repartição em que servir, ou às autoridades superiores, quando aqueles não tomarem em consideração suas representações" (Art. 201, VI); mais adiante, dispõe-se que será "considerado como co-autor o superior hierárquico que, recebendo denúncia ou representação verbal ou escrita contra funcionário subalterno, deixar de tomar as providências necessárias à apuração de sua responsabilidade" (Art. 201, parágrafo único).

(35) Quando se fala na titularidade e, mais ainda, na titularidade *privativa* do Ministério Público com relação à *iniciativa* da ação penal, é preciso ter presente que essa titularidade deve ser entendida dentro de um *contexto publicístico*. Como diz muito apropriadamente CRETELLA JÚNIOR, o agente do Ministério Público é titular da ação penal não enquanto *dominus* e, sim, como "administrador" (in "Comentários à Constituição Brasileira de 1988" Forense, RJ, 1988, v.1, p. 543).

Paralelamente, vale observar que essa titularidade da ação penal, conquanto privativa do Ministério Público, não é exclusiva ou absoluta. A par da ação penal pública existe a *ação penal privada*, cuja iniciativa depende da incoação da vítima, sem falar na "*ação privada subsidiária*", já prevista no Código Penal Brasileiro (Art. 100, § 3.º) em relação à própria ação penal pública, na hipótese de omissão do agente do "Parquet" e erigida ao *nível constitucional* pela CF/88 (art. 5.º, LIX) como um dos direitos e garantias individuais. (CELSON RIBEIRO BASTOS & IVES GANDRA MARTINS, in "Comentários à Constituição do Brasil", Saraiva, 1989, v. 2.º p. 282 e segs.)

(36) "A simples confrontação dos arts. 129 e 132 da Constituição da República evidencia, sem a mínima possibilidade de dúvida, quão díspares são as atribuições do Ministério Público e dos Procuradores do Distrito Federal (advogados da pessoa jurídica). Não bastasse o confronto direto, ainda teríamos de anotar que tudo aquilo que é a própria essência da atividade da advocacia do Distrito Federal (art. 132) constitui-se precisamente em atividades vedadas ao Ministério Público (art. 129, IX), o que demonstra insofismavelmente que as atribuições das duas carreiras não são iguais". (Estudo realizado pela CONAMP, Confederação Nacional do Ministério Público, sobre a Lei n.º 19/89 do Distrito Federal, acostado aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 172-8/90, DF, fl. 26). Observe-se, quanto ao "argumento" esgrimido na transcrição supra, que, o disposto no art. 129, IX, da CF/88, busca tão-somente evitar que as funções da Advocacia de Estado possam ser supletivamente exercidas pelo Ministério Público, em defesa de um tratamento *específico* da tutela judicial dos interesses do Estado.

Por outro lado, a considerar-se o "argumento" supra transcrito, a tese da isonomia *somente* entre magistrados e promotores autorizaria supor a possibilidade de competências ou atribuições vasocomunicantes entre essas duas instituições, o que é, no mínimo, hilariante.

(37) No que diz respeito a comparações relativamente à organização, prerrogativas e regime jurídico entre a instituição do Ministério Público e a da Procuradoria-Geral do Estado, bem como entre as respectivas carreiras, observe-se, falando em termos de Rio Grande do Sul, que, tomada a principiologia expressa no § 1.º do art. 127 da CF/88, onde costumam, como bases institucionais do Ministério Público, a *unidade*, a *indivisibilidade* e a *independência funcional*, no respeitante às duas primeiras bases principiológicas, o art. 114 da CE/89, ao dispor sobre a Advocacia Geral do Estado, expressa que será organizada "sob forma de sistema, tendo como órgão central a Procuradoria-Geral do Estado". Note-se ainda, que no art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da CE/89, vem regulada a absorção, pela Procuradoria-Geral do Estado, dos serviços jurídicos dos órgãos autárquicos, o que vale dizer que se estabelece, ainda que por via de circunlóquio, a unidade e a indivisibilidade, como princípio *também* pertinentes à Advocacia Geral do Estado. No que tange à *independência funcional*, a questão é um tanto mais complexa, porque, normalmente, os doutrinadores do Ministério Público costumam associar essa característica da respectiva instituição com a independência própria da Magistratura do Poder Judiciário visualizando mesmo essa pretendida identificação de garantias como um *sinal*, *apto a situar o Ministério Público, isolado das demais "carreiras jurídicas", num mesmo patamar com a Magistratura*.

Na verdade, a independência, enquanto garantia do Ministério Público, tem um *papel substancialmente diverso* da garantia semelhante assegurada à Magistratura. Esta é uma aplicação do formulário constitucional presidencialista, vinculado à chamada teoria da divisão dos poderes do Estado e decorre da condição da Magistratura judicante de órgão de um dos chamados "Poderes do Estado", expressamente enumerado como tal no art. 2.º, CF/88, onde se diz também que esses "Poderes" são "independentes e harmônicos entre si".

O Ministério Público definitivamente não é um "Poder" de Estado, nem teria sentido que ele o fosse, e a independência que lhe é tradicionalmente assegurada no constitucionalismo brasileiro visa precisamente a obviar o inconveniente do "*modelo francês*" ao qual a instituição está vinculada:

Sabe-se que o Ministério Público francês não goza rigorosamente da garantia de independência, regendo-se nessa matéria pela regra, já referida, segundo a qual "*la parole est libre, la plume est servie*". É justamente por isso e porque o nosso Ministério Público se filia ao modelo francês e porque o legislador brasileiro pretendeu assegurar, com toda a

razão, a independência da instituição, é que ele sempre a *afirmou de modo expresso e inequívoco*.

Já em relação à Advocacia de Estado, a independência apresenta características bem mais nítidas, tanto que não carece de afirmação explícita por ser uma decorrência conatural da indisponibilidade peculiar ao regime jurídico do interesse juridicamente aconselhado ou judicialmente patrocinado.

Por outro lado, se examinarmos comparativamente as duas instituições, sob o ponto de vista de sua organização, basta comparar o § 4.º do art. 108 da CE/89, relativo ao Ministério Público, com o § 1.º do art. 116 da mesma Constituição, no que respeita à Advocacia Geral do Estado, cabendo enfatizar o teor do item III do § 4.º do art. 108 e o item IV do art. 116, onde se verá, com toda a clareza, a absoluta semelhança que o Rio Grande do Sul adota no que tange à organização da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia de Estado.

- (38) Em 1.º de junho de 1970, a "Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul — AJURIS", a "Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul" e a "Associação dos Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício do Estado do Rio Grande do Sul" (hoje "Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul"), por seus Presidentes, Des. Bonorino Butelli, Dr. Ivônio Silva Pacheco e Dr. Aldo Leão Ferreira, respectivamente, dirigiram *pleito conjunto*, em papel timbrado da AJURIS, versando matéria pertinente a reajuste de vencimentos das categorias representadas, acompanhado das tabelas propostas, em *termos rigorosamente isonômicos*.

Cópia autêntica e integral desse Ofício nos foi gentilmente cedida pelo Dr. Francisco Salzano Vieira da Cunha, ex Procurador-Geral do Estado.

- (39) No Rio Grande do Sul, já a Constituição de 1967 previa a existência da então chamada "Consultoria-Geral do Estado" cujas atribuições incluíam a "defesa dos interesses do Estado em juízo, bem como a assistência judiciária aos órgãos da administração estadual e aos Municípios (Art. 66, "a e b"); este dispositivo foi implementado pela Lei Estadual n.º 5.898, de 23 de dezembro de 1969, em razão do comando expresso no art. 229 das "Disposições Transitórias" da mesma Constituição. O art. 66, e seu parágrafo único, da Constituição Estadual de 1967, foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, através da Representação n.º 749, com base na ausência de "parâmetro federal", tendo sido julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, embora a conseqüente suspensão de eficácia pelo Senado Federal, através da Resolução n.º 39, de 25 de agosto de 1971, tenha sido posterior à promulgação da Constituição Estadual de 1970. Esta repetiu o dispositivo em seu art. 87; posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 10, de 11 de dezembro de 1979, de autoria do Deputado Guido Moesch, alterou a denominação do órgão para "Procuradoria-Geral do Estado". Desde a Constituição Estadual de 1967, o chefe do Ministério Público Estadual vinha designado como "Procurador-Geral de Justiça" (art. 126), denominação essa mantida nas Constituições subseqüentes (CE/69, Art. 76; CE/69, art. 108).

- (40) Segundo GIUSEPPE BELLÍ: "L'avvocatura dello Stato ha due carriere di concetto; quella degli avvocati e quella degli procuratori". ... "Sia gli avvocati che i procuratori sono equiparati ai magistrati dell'ordine giudiziario (articolo 33 t.u.)" (in "Avvocatura dello Stato", ENCICLOPÉDIA DEL DIRITO, Giuffrè Editore, 1959, v. IV, p. 679).

Segundo esclarece BOTELHO GUARAZZI, tanto os Advogados de Estado como os Procuradores do Estado, na Itália, embora nominalmente distintos como resultado de sutilezas da organização judiciário-processual do país, *são rigorosamente equiparados, no aspecto remuneratório, por tradição centenária*, aos Magistrados civis e militares, segundo uma tabela única de equiparação entre tais categorias funcionais. (Eduardo Lobo BOTELHO GUARAZZI, "Advocacia Pública e Direito Comparado", Revista PGE/SP, dez. 1988, p. 275). Tendo em vista que, nessa matéria, a Constituição Federal adotou o *modelo italiano*, cumpre apontar o exemplo do "Contencioso do Estado Egípcio", por ser declaradamente inspirado o *mesmo modelo*: "os membros comuns do "Contencioso do Estado Egípcio" são legalmente equiparados, em igualdade total e absoluta, aos integrantes da Magistratura e da Procuradoria (denominação do Ministério Público, no Egito), inclusive com base numa tabela remuneratória única de equiparação é tão absoluta que possibilita, legalmente, a *vasocomunicação entre os respectivos quadros a pedido do interessado!* (id. *ibid.*, p. 22).

Sempre segundo BOTELHO GUARAZZI, a equiparação expressa ou implícita entre Magistrados, Promotores e Advogados de Estado vigora na Itália, República Federal da Alemanha, Egito, Grécia, Líbano, Portugal, Colômbia, Venezuela, Filipinas, Israel, Chipre, Sri Lanka, Malta, Suécia, Finlândia, Jordânia, Marrocos e México (id., *ibid.*, p. 275).

- (41) Conquanto o qualificativo "indispensável", adotado pelo art. 132 da CF/88, tenham uma razão histórica como se apontou, seu significado não se afasta da ementa do Capítulo IV do Título III da mesma Constituição. Segundo os melhores dicionários da Língua Portuguesa, "*indispensável*" se diz de tudo quanto é *absolutamente necessário* (CANDIDO DE FIGUEIREDO, "DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, 14.ª ed., Livraria Bertrand, Lisboa/W.M. Jackson, Inc., RJ, p. 104; AURELIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, "NOVO DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA", 2.ª ed., 13.ª impres., Ed. Nova Fronteira, RJ, p. 938; LAUDELINO FREIRE, "GRANDE E NOVISSIMO DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA", A Noite Ed., RJ, v. III, p. 2956); *daquilo que é essencial* (AURELIO, id. *ibid.*, CANDIDO DE FIGUEIREDO, *Id. Ibid.*).

- (42) Aliás, o próprio "Estudo", realizado pelo CONAMP e amplamente citado, parece admitir, sem dúvida involuntariamente mas jungido pela lógica de sua argumentação, a perigosa conseqüência-suicida de seu arazoado:

"Com efeito, não há possibilidade alguma de assemelhação com os cargos que compõem as carreiras da Magistratura com os cargos que integram as carreiras da Advocacia-Geral da União, do Estado e do Distrito Federal e dos Defensores Públicos. O mesmo se diga em relação aos cargos das carreiras do Ministério Público". (Estudo realizado pelo CONAMP — Confederação Nacional do Ministério Público sobre a Lei n.º 19/89 do Distrito Federal, acostado aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 172-8/90 DF: fl. 32).

A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO CIVIL

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

“Relação entre o poder do Estado e o Direito Privado.”

“Uma idéia sedutora e apressada divulga o conceito da dependência completa do direito privado em relação ao Estado, outrora, e que só pouco a pouco aquele se liberta desta prisão. Considerações já desenvolvidas conduzem a admitir precisamente o contrário, ou seja, a completa independência, na origem, do direito privado frente ao Estado”

.....
A falta de oposição não decorre do fato de o Estado dominar o direito privado, mas ao contrário, do fato de o direito privado dominar o Estado. Assim, o direito privado não foi edificado segundo o direito público, mas o Estado é que se construiu segundo os princípios do direito privado.

Seria, pois, contrário a toda história admitir que o Estado tenha engendrado, ele próprio, o direito privado”.⁽¹⁾

R. Von Jhering

INTRODUÇÃO

Na tradicional dicotomia que divide o direito em público e privado, o direito civil tem sido, há séculos, não apenas um ramo do direito privado, mas o direito privado comum, o *direito privado geral* (1), em verdade, em certas épocas, todo o direito privado. Quando se pensa em unificação do direito privado em um único corpo de leis, dotado de unidade de tempo e de critérios, é no código civil que se busca organizar e sistematizar toda a regulação jurídica das relações de ordem privada.

É evidente que aquela divisão perdeu muito da ortodoxia e rigidez compartimentada, que visualizava o direito privado como um sistema fechado, reflexo da separação entre estado e sociedade, na concretização de um dos mais caros postulados do liberalismo.

Assim concebido o direito privado, o direito civil, como consequência, estruturava-se como um conjunto de regras e princípios totalmente aparta-

dos do direito público, mantendo com esse direito uma relação meramente formal em homenagem à hierarquia das normas constitucionais, que teoricamente deveriam condicionar os conteúdos normativos do código civil, mas que na prática só de forma vaga presidiam ao processo de adequação e conformidade das leis privadas aos preceitos da Lei Maior.

Essa relação, no entanto, foi profundamente modificada pela crescente intercomunicação do direito público - direito privado, e no plano do direito civil - direito constitucional, revela a tendência de os novos modelos de constituição, com frequência, assumirem a regulação quase detalhista de institutos cuja sede, até então, era exclusiva do Código Civil.

Abandona-se, de um certo modo, o papel tradicional da constituição, restrita à definição da estrutura do poder do Estado, com a discriminação das respectivas competências e a articulação do elenco dos direitos e garantias individuais. A *matéria constitucional* não se limita agora apenas à regulação das relações Estado-Cidadão e ao estabelecimento de algumas diretrizes para as demais relações.

Ampliando a disciplina das relações econômicas e das relações estritamente pessoais, redefine o papel da empresa, como redefine também os papéis dos cônjuges entre si e destes em relação aos filhos, modificando tanto o jogo de forças no plano da economia, quanto no reduto da própria família.

A constituição reage às mudanças determinadas não só por circunstâncias econômicas, mas outras que refletem alterações mais profundas e globais da sociedade. E não só reage. Age, também, em perspectiva de futuro, projetando um modelo novo de sociedade, em que os papéis tradicionais são alterados em grande medida⁽²⁾.

Nesse passo, cabe indagar como o sistema de direito privado em geral, e particularmente, o Código Civil, se comporta em face dessas modificações, partindo do pressuposto que não é mais (ou não deve ser) um sistema fechado, mas um sistema aberto.

Esse, precisamente, o objeto da pesquisa empreendida: avaliar até que ponto, e em que medida, a constituição impõe a adequação dos conteúdos normativos do direito civil, aos princípios e preceitos constitucionais que, expressa ou implicitamente, fixam a disciplina a ser imprimida às relações de ordem privada, submetidas ao Código Civil ou às respectivas leis setoriais.

Não se trata, evidentemente, de por em cheque a positividade, a vigência e a eficácia das normas constitucionais. Nem de colocar em dúvida o princípio da supremacia da constituição, em virtude do qual dela dimana eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis e eficácia construtiva de ordem jurídica sucessiva, no dizer de José Afonso da Silva.⁽³⁾

A questão, mais delicada por certo, está em saber como concretizar, na pauta das relações privadas, o conteúdo do preceito da igualdade, "verbi gratia", em contraste com o princípio da liberdade contratual. É na realização do direito posto que se vai encontrar essa dialética de polaridade, de tensão entre princípios carregados de diferentes cargas valorativas e que ao legislador ordinário, ao jurista e ao juiz, incumbe conciliar, quanto possível.

I PARTE

RELAÇÕES ENTRE O DIREITO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO

Tomada a Constituição como decisão política fundamental sobre a organização do Estado e da Sociedade, estabelece ela os fios condutores do tipo de vida que se deseja construir, do programa ou projeto que há de modelar, como um todo harmônico e coerente, a vida do Estado e a vida da Nação.

Freqüentemente, a constitucionalização de institutos de direito civil não acarreta alterações de estrutura, na essência ou natureza desses mesmos institutos, mas, isto sim, mudanças consideráveis na ótica com que se examina ou interpreta cada um deles. Em outras palavras, os elementos básicos permanecem intocados, enquanto a função ou o papel que desempenham (teoria dos papéis) é que experimenta expressiva transformação.

Assim, a família, o casamento, o pátrio poder, o contrato, a empresa, a propriedade, a responsabilidade civil, o direito de autor, apenas para exemplificar, recebem ou podem receber nova moldura, que ora restringe, ora amplia ou faz mais compreensivo o conceito original; outras vezes, é a finalidade do instituto que se redireciona, mediante a indexação de uma cláusula de função social ou de interesse ou utilidade pública; outras, ainda, é uma dentre as várias finalidades reconhecidas que se prioriza em relação às demais, com a introdução de programas e mecanismos, *estatais ou privados*, de assistência e de estímulo.

Sejam quais forem, no entanto, as matrizes ideológicas das normas constitucionais que realizam tal previsão exceto, naturalmente, a hipótese de ruptura total com o sistema até então vigente, o certo é que a mudança da "sede *materiae*", a migração do Código Civil para a constituição, com todas as transformações que daí possam advir, não retira da disciplina dos institutos de direito civil a essência e o caráter que lhes são co-naturais, ou seja, na expressão de MOTA PINTO, uma "disciplina recta (justa) da vida do homem em relação com os outros homens... numa perspectiva de autonomia da pessoa no desenvolvimento da sua personalidade".⁽⁴⁾

Tal autonomia, identificada pelo mesmo autor, como uma idéia fundamental do direito civil, vem sendo há séculos o signo distintivo desse direito, verdadeira idéia-força sobre a qual estão acordes adeptos das mais diversas correntes do pensamento jurídico e filosófico⁽⁵⁾.

Desse modo, é preciso advertir que o designado fenômeno da "publicização" do direito civil é uma falsa questão. O que ocorre, em verdade, é que as relações de ordem privada, as vicissitudes do tráfico jurídico em uma sociedade de massas, adquirem tal expressão que a garantia de uma disciplina justa dessas relações não pode mais ser subestimada pelo Estado. É para determinar o quadro e o padrão desta disciplina, que as constituições modernas têm inserido em seus textos numerosas referências às categorias relacionais tradicionalmente só objeto de regulação no Código Civil.

Certas questões de natureza eminentemente civil como as ligadas à habitação (locação ou aquisição de casa própria) e à produção primária de pequenos agricultores (arrendamentos e outros contratos agrários), assumiram tal proporção, que afetam a própria organização social, transbordando das

soluções oferecidas por um direito contratual clássico, incapaz de resolver o enorme potencial de conflitos assim gerados.

É claro que o moderno direito civil descolou-se de concepções, no mínimo, ultrapassadas, como aquelas pertinentes à absolutidade dos direitos, à intangibilidade absoluta dos contratos, à supremacia do cônjuge varão sobre a mulher e os filhos e assim por diante.

Nesse sentido, em curso ministrado na Universidade de Florença, em 1986, o Professor CLÓVIS DO COUTO E SILVA demonstrou a extensão que se deu ao princípio consagrado no artigo 153 da Constituição de Weimar, segundo o qual "a propriedade obriga". A partir desse princípio, Martin Wolff pode afirmar que de todo direito subjetivo, e não apenas do direito de propriedade, decorre para o seu titular um duplo dever: o de exercer o direito se é de interesse público que ele seja exercido e o de exercê-lo de um modo que possa satisfazer aquele interesse mencionado⁽⁶⁾.

Por essa razão, pode-se compreender a importância de a constituição fixar as diretivas quanto a certos institutos de direito civil, porquanto o preceito assim constitucionalizado torna-se pauta obrigatória a ser observada pelo legislador ordinário e ponto de partida no entendimento e aplicação das normas pertinentes.

Sem o intuito de polemizar, e apenas com o objetivo de explorar todos os ângulos do tema referente às relações do direito constitucional ou, mais singelamente, do código civil com a constituição, bem caberia perguntar se o fenômeno não seria inverso, isto é, se o que detectamos não é a privatização do direito público, se não é a constituição que se faz código civil.

De um certo modo, já se disse que o código civil é a constituição diária do homem, que o acompanha desde o nascimento até a morte, disciplinando os fatos da vida, dos mais singelos aos mais significativos.

Por outro lado, durante largo tempo, a constituição centrada no estatologismo, visualizou o homem só e enquanto cidadão, ou seja, nas suas relações básicas com o Estado, deixando importantes setores da vida governados unicamente pelos princípios da livre iniciativa, com as restrições que a legislação ordinária, mais ou menos aleatoriamente, entendia de estabelecer.

Ora, tais limites, proibições ou imposições (quer dizer, *jus cogens* do direito privado), embora inafastáveis por auto-regulação, carecem da firmeza que só a hierarquia constitucional da norma, imodificável por competência legislativa ordinária, pode oferecer.

Por isso, quando se faz proibição ou imposição, quando se outorga garantia ou se impõe limite à atividade privada, através de previsão constitucional, marca-se a vocação de permanência do preceito, modelando o presente e o futuro na feição desenhada pela norma.

Nessa perspectiva, os setores do direito pessoal e patrimonial privado que invadem a constituição não representam perda qualitativa ou quantitativa da matéria civil, mas proveito e garantia da qualidade de vida e das relações de natureza privada, que o texto constitucional corporificou.

De resto, essa tendência à constitucionalização de princípios e de institutos não se esgota no âmbito do direito civil, nem tampouco é um fenômeno local.

Há hoje, na constituição brasileira, uma vasta disciplina do processo, do trabalho e da previdência, apenas para citar alguns setores.

Por outro lado, Itália e Portugal assistiram a inclusão em suas constituições de um verdadeiro estatuto do trabalho subordinado, do casamento e relações familiares, do pátrio poder e da reforma agrária⁽⁷⁾, dentro da concepção de que o pacto fundamental deve definir algo mais que os direitos políticos, enquanto visa a promoção ativa do bem comum e a garantia da justiça social.

Sob esse prisma, nenhuma objeção doutrinária a fazer, enquanto a constitucionalização diz respeito a princípios, ordens e diretivas gerais. A preocupação com a chamada tendência constitucionalizante surge, quando ela avança sobre setores ainda não convenientemente definidos, ou sujeitos ao movimento de acelerada modificação social ou econômica. Da mesma forma, quando a previsão constitucional se realiza de modo detalhado, minucioso, correndo o risco de engessar em moldes rígidos a disciplina de fatos, que pode ser a mais conveniente hoje e revelar-se inadequada amanhã.

Em outras palavras, o mesmo argumento que favorece a previsão em sede constituinte de princípios fundamentais da organização das relações de natureza civil, milita contra o regimento prolixo e detalhista. Na primeira hipótese, funciona como garantia, na segunda pode transformar-se em obstáculo ao aperfeiçoamento dos instrumentos de regulação da vida privada.

II PARTE

AS CLÁUSULAS GERAIS DA CONSTITUIÇÃO REPERCUSSÃO NO DIREITO CIVIL

As normas constitucionais que repercutem ou podem repercutir no âmbito do direito civil ou são normas de direito estrito ou se apresentam como cláusulas gerais.

No primeiro caso, entende-se por norma de direito estrito aquela proposição que descreve concretamente um suporte fático (*Tatbestand*), uma situação da vida, uma relação qualquer do mundo fático, para designadamente atribuir-lhe algum efeito de direito. Assim, a regra do artigo 5º, XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, ao prescrever que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar", identifica com absoluta clareza os destinatários, o conteúdo e os efeitos do preceito. É, pois, norma de direito estrito.

Já a cláusula geral, como a própria denominação indica, constitui-se em uma formulação genérica, vazada em termos abstratos, cuja concretização se realiza através da legislação ordinária, da jurisprudência e da doutrina que interpretando o preceito nela contido, aplicam-no às situações da vida ou precisam os contornos do comando que nela se encerra. É, no dizer de Wieacker, endereçada à obediência inteligente do juiz⁽⁸⁾, visto que o seu enunciado demanda, com frequência, operações integrativas e exegéticas da cláusula em si, e do sistema como um todo, de larga complexidade.

A cláusula geral, como técnica legislativa, foi amplamente empregada no Código Civil Alemão de 1896 (BGB), difundindo-se sua utilização nas le-

gislações modernas, como mecanismo apto à absorção de vasta matéria em um único preceito, dispensando a enumeração e descrição casuística, cujo risco de deixar alguma fissura a descoberto, alguma omissão, existe sempre. Exemplo de cláusula geral no texto da constituição em vigor é o do *caput* do artigo 5.º, que consagra a isonomia de todos perante a lei, e o do inciso I, segundo o qual "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

O discri-me entre normas de direito estrito e cláusulas gerais apresenta um interesse expressivo com relação ao tema em exame, porquanto as primeiras, pela redação objetiva, repercutem com imediatidade sobre as disposições de direito civil, quando a esse ramo pertinentes, afastando-lhes a eficácia, sempre que contrastam com o conteúdo imperativo daquelas.

É que, como acima foi destacado, identificando-as normas de direito estrito o conteúdo, os destinatários hipotéticos e os efeitos que podem produzir, o seu potencial normativo é igualmente identificável mediante operações interpretativas razoavelmente simples. Na pior das hipóteses, sabe-se, desde logo a que setor de atividade, a que tipo de fato ou de relação, se endereça o enunciado constitucional, como só acontecer com o exemplo oferecido dos direitos de autor.

Já a cláusula geral, via de regra, contém preceito condicionante de todo o ordenamento jurídico, não se limitando a esse ou aquele conjunto do direito sefiorial. Por essa razão, a eficácia ab-rogativa ou construtiva da disposição que nela se contém é bem mais sutil, gerando freqüentemente enormes perplexidades.

Tome-se como exemplo a cláusula da igualdade. Onde, como e quando todos são absolutamente iguais? Nos setores da vida de relações, submetidos ao código civil, a aplicação do princípio da isonomia impediria a distinção entre maiores e menores ou entre sãos e insanos, para os efeitos da capacidade de fato, da capacidade negocial, da capacidade delitual? Seriam inconstitucionais as regras que afastam a liberdade de opção pelo regime de bens no casamento, em função da idade dos nubentes, ou de outro critério estabelecido pelo legislador?

Sobre a isonomia e sua real acepção muito já se escreveu e a razão parece estar com aqueles que entendem que não há quebra ou ofensa à igualdade quando o fator de discri-me é razoável⁽⁹⁾. Nessa linha, as disposições dos artigos 5.º e 6.º do Código Civil estariam isentas de censura, porque os fatores de discri-me utilizados pelo legislador nada têm de arbitrário. Todavia, o mesmo não se pode dizer do disposto no artigo 258, parágrafo único, II, do mesmo código, que impõe a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento *do maior de sessenta e da maior de cinqüenta anos*. Na espécie, o fator de discri-me usado pelo legislador foi o sexo, que de si só é irrazoável e arbitrário, tendo como conseqüência a violação do princípio da isonomia, eis que tratou desigualmente homens e mulheres pelo tão-só fato de o serem. Observe-se que a regra apontada tem permanecido vigente e eficaz, e que o Projeto de Código Civil, em exame no Senado, conserva a discriminação antisonômica no artigo 1669, II⁽¹⁰⁾.

Outro aspecto, e ainda sobre a cláusula da igualdade, é o possível reflexo desta nas relações entre sujeitos privados, afastada a onipresença do Estado. Trata-se do exercício de auto-regramento da vontade, da liberdade de configuração e ordenação de interesses privados, quando observados os limites do "jus cogens", da boa fé e dos bons costumes, podem os particulares livremente dispor, através de negócios jurídicos, sobre seus próprios interesses.

Bem a propósito, a lição de MOTA PINTO, afirmando que "ninguém pode invocar o princípio da igualdade para impugnar um testamento em que o testador beneficia um ou alguns filhos relativamente a outros", nem "pode pedir-se uma indenização a uma pessoa que vende um prédio a outrem pelo mesmo preço que lhe tenha sido oferecido anteriormente por um terceiro, pois o vendedor exerceu a sua liberdade contratual que comporta a liberdade de escolha do outro contraente"⁽¹¹⁾.

Ilícitude, violação da igualdade, na opinião do autor mencionado, só haveria se em qualquer das hipóteses, a negativa em vender a "A" ou deixar da cota disponível em favor de um dos filhos assentasse em motivos de raça, convicção política ou religiosa, em suma, em fator de discri-me proibido pela Constituição.

É o que conclui Mota Pinto, ao assinalar que:

"O princípio da igualdade que caracteriza, em termos gerais, a posição dos particulares em face do Estado, não pode, no domínio das convenções entre particulares, sobrepor-se à liberdade contratual, salvo se o tratamento desigual (v.g., recusa de contratar) implica violação de um direito da personalidade de outrem, como acontece se assenta em discriminações raciais, religiosas, etc..."⁽¹²⁾.

Tem-se, dessa sorte, que no plano das relações submetidas ao Código Civil e às respectivas leis setoriais, as cláusulas gerais da Constituição, como a da igualdade, a da liberdade de expressão e manifestação do pensamento ou a da liberdade do exercício de atividade ou profissão, sofrem alguma relativização, no confronto com princípios ordenadores do direito privado como o da autonomia da vontade e o da boa-fé na execução do contrato⁽¹³⁾.

Pense-se no titular de um Curso de preparação de estudantes para os exames vestibulares, que transfere o estabelecimento a terceiros, obrigando-se a não ministrar aulas em curso congênere, no mesmo bairro, pelo prazo de dois anos, apenas para referir um exemplo em que a cláusula da liberdade de atividade, de trabalho ou profissão, não afasta de plano a possibilidade de autolimitação mediante o exercício da liberdade contratual.

Em realidade, o conflito ou choque de princípios é apenas aparente, na medida em que os direitos e garantias individuais são, sobretudo, direitos contra o Estado: direito de exigir que o Estado se abstenha de atos gerais ou individuais atentatórios de direito constitucionalmente configurado ou de reclamar que preste ato assecuratório daquele mesmo direito.

Não deixam, contudo, de irradiar uma eficácia reflexa no direito privado, enquanto constituem vetores fundamentais do ordenamento jurídico e mol-

dura em que se movem os figurantes na realização de seus interesses.

Observe-se, por fim, que ao consagrar de forma ampla o princípio da legalidade⁽¹⁴⁾, ratifica a Constituição, mais uma vez, o princípio da liberdade, que no plano do direito civil, respeitados os limites já indicados, tem o nome de autonomia privada, ou de liberdade contratual, que é a forma mais freqüente de exercício daquela.

CONCLUSÃO

“Les conséquences du droit constitutionnel sur le droit civil n'apparaissent pas toujours très clairement au législateur comme au Gouvernement, au juge comme au praticien”⁽¹⁵⁾.

Com essas palavras, conclui François Luchaire um longo ensaio sobre os fundamentos constitucionais do direito civil, expressando um certo desalento com o volume de leis e decretos que na França são editados e permanecem em vigor, embora consubstanciem em seus textos claras violações de direitos e liberdades constitucionalmente garantidos.

O propósito daquele ensaio, com o levantamento minucioso da legislação e jurisprudência em matéria civil relacionada com a constituição, não é certamente o deste trabalho, conforme explicitado na Introdução. Seria, no entanto, bastante útil, tendo em vista a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, um exame acurado do Código Civil de 1916, ainda em vigor, e também do Projeto 634-B, de 1975, ora no Senado, com a finalidade de adaptá-los, quando e quanto necessário, ao ordenamento constitucional inovado.

Trabalho desse porte foi realizado em Portugal, quando, em vigor desde 1967, o novo Código Civil, sobreveio o movimento revolucionário de abril de 1974, institucionalizado, afinal, pela Constituição da República Portuguesa, promulgada a 2 de abril de 1976.⁽¹⁶⁾ Em virtude de ditame expresso desse diploma (artigo 293, n.º 1 e n.º 3), que determinava a adaptação à Constituição das normas do Código Civil atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias (art. 293, n.º 1) e a adequação global do Código à filosofia e à doutrina político-social expressas na Constituição (art. 293, n.º 3), foi editado o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, cuja Exposição de Motivos oferece subsídios extremamente interessantes para a compreensão do processo adaptativo, então levado a efeito⁽¹⁷⁾.

O que surpreende, no exame do texto constitucional referido e do provimento de adequação do Código Civil àquele, é que tendo a Constituição de 1976, expressado em numerosas disposições, o compromisso com a construção do socialismo, rumo a uma sociedade sem classe (art. 1.º), consistindo tarefa fundamental do Estado socializar os meios de produção e a riqueza (art. 9.º), a repercussão dessa profunda “virada”, em termos políticos, ideológicos e econômicos, do estatuto fundamental português, foi mínima nos setores do direito civil de caráter nitidamente econômico e patrimonial, a ponto de determinar a modificação de apenas seis disposições e a supressão de outras três no Livro II, que regula o direito das obrigações, enquanto no Livro III, onde se encontra a disciplina do direito das coisas, um único dispositivo

foi atingido. Ao mesmo passo, o direito de família, regulado no Livro IV, teve modificados quase 60% dos mais de quatrocentos artigos que o integram (precisamente duzentos e quarenta e nove artigos sofreram adaptação), sendo que vinte e oito foram revogados e dezessete acrescidos.

A análise dos textos em referência demonstra que, dentre os setores do direito privado, é o do direito de família o mais “sensível” à substituição das matrizes ideológicas da constituição.

Talvez porque é na família, a primeira, a mais importante microcélula social, que se projeta o modelo que a sociedade como um todo deve reproduzir. Ou, ainda, porque não seria possível idealizar uma sociedade moderna, democrática e igualitária quando na família, nas relações entre os seus membros, o modelo de dominação, de feição patriarcalista, subsiste por inteiro.

Por derradeiro, cabe observar, que se o Código Civil, enquanto estatuto fundamental das relações privadas, precisa e deve refletir o espírito da Constituição, a esta compete presidir a organização do material normativo, facilitando a comunicação de princípios assecuratórios do exercício de direitos e liberdades, às fontes infraconstitucionais e, pois, ao Código Civil.

NOTAS

- (1) — L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN, Vol. 1, p. 220. Tradução da autora.
- (1a) — Carlos Alberto da Mota Pinto, in Teoria Geral do Direito Civil, pág. 11, n.º 4.
- (2) — Ver. a propósito, Ludwig Raiser, “O futuro do Direito Privado; Wolfgang Friedmann, “Law in a Changing Society; e, C.V. do Couto e Silva, “O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro”.
- (3) — “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p.225, item XII.
- (4) — Autor e obra cit., p. 26, item II.
- (5) — Giuseppe Stolfi, apud Maria Amália Moraes, “Autonomia Privada e Negócio Jurídico”, p. 37.
- (6) — apud Clóvis do Couto e Silva, in “O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro”. Essa conferência foi publicada nos “Quaderni Fiorentini” e Revista AJuris, 40/1987.
- (7) — Sobre esse tema discorreu o Professor Antunes Varella, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1984.
- (8) — Franz Wieacker, “História do Direito Privado Moderno”. p.357.
- (9) — Consulte-se, a respeito, Celso Antonio Bandeira de Mello, “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, especialmente o capítulo IV, “Isonomia e fator de discriminação”, p. 29.
- (10) — Artigo 1.669 — “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestos: II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.”
- (11) — Autor e op. cit., p. 52.
- (12) — Idem, ibidem, p. 55.
- (13) — Idem, ibidem, p. 54: “Os preceitos constitucionais na sua aplicação às relações de direito privado não podem aspirar a uma consideração rígida, devendo, pelo contrário, conciliar o seu alcance com o de certos princípios fundamentais do direito privado.”
- (14) — Constituição da R. Federativa do Brasil, art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.
- (15) — Autor cit., “Les Fondements Constitutionnels du Droit Civil”, p. 328.
- (16) — Consulte-se, a respeito, Marcelo Caetano, “A Constituição Portuguesa de 1976”.
- (17) — Para um exame do Decreto-Lei 496/77 e respectiva Exposição de Motivos, ver “Boletim do Ministério da Justiça - Legislação”, Novembro de 1977, p. 67 a 257. Ver, também, a proposta de lei a respeito, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 268. Consulte-se, por igual, o discurso do Ministro da Justiça Doutor Antonio de Almeida Santos, na posse dos Presidentes das Comissões encarregadas da reforma dos códigos

gos portugueses, bem como o pronunciamento do Professor Antonio Ferrer Correa, na mesma ocasião, em 10 de janeiro de 1977 - ambos publicados no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 263 - fevereiro/1977.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — BIELSA, Rafael. "Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo". Buenos Aires, J. Lajouane & Cia. Editores, 1923. 89 p.
- 2 — BLACK, Hugo Lafayette. "Crença na Constituição". Rio de Janeiro, Edição Forense, 1970. Tradução de Luiz Carlos de Paula Xavier, 87 p.
- 3 — CAETANO, Marcelo. "A Constituição Portuguesa de 1976". in Revista da Consultoria Geral do Estado, Porto Alegre, 1977, n.º 17, p. 45 usque — 73.
- 4 — CANOTILHO, José J. Gomes. "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador". Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1982, 539 p.
- 5 — COUTO E SILVA, Clóvis V. do et alii. "Código Civil — Antes ou et alii depois da Constituição". Jornal Valorização. OAB-RS, n.º 22, Agosto/Setembro 1984, p. 6 e 7.
- 6 — ———. "O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro". in AJURIS, n.º 40/1987.
- 7 — FERREIRA F.º, Manoel Gonçalves. "Direito Constitucional Comparado". São Paulo, J. Bushatsky Editor, 1974. 197 p.
- 8 — FRIEDMAN, Wolfgang. "Law in a Changing Society", London, Stevens and Sons Limitd. 1959.
- 9 — GOMES, Orlando. "A Constituição e seus reflexos no Direito das Obrigações". in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 1982, n.º 1. p. 25 a 36.
- 10 — JHERING, Rudolfo Von. "L'Esprit du Droit Romain", Ed. Giuffré. Milano.
- 11 — LOEWENSTEIN, Karl. "Teoria de la Constitución". Barcelona, Ed. Ariel, 1970. 539 p.
- 12 — LUCHAIRE, François. "Les Fondements Constitutionnels du Droit Civil". in Revue Trim. du Droit Civil, V. 80, année 1982, p. 245 a 328.
- 13 — MELLO, Celso A. Bandeira de. "O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade". São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, 60 p.
- 14 — MIRANDA, F.C. Pontes de. "Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro". Rio de Janeiro, Forense, 1981. 477 p.
- 15 — ———. "Comentários à Constituição de 1967". São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967. Tomos 1 a 6, *passim*.
- 16 — MORAES, Maria Amália Dias de. "Autonomia Privada e Negócio Jurídico" in "Revista Estudos Jurídicos" UNISINOS, São Leopoldo. Vol. VII, n.º 20/1977, p. 33 a 52.
- 17 — PEREIRA, C. M. da Silva. "Direito Civil na Constituição de 10 de novembro de 1937". in Revista Forense, n.º 73, p. 510 a 514 e n.º 74, p. 25 a 30.
- 18 — PINA, Rolando E. "Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)". Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973, 187 p.
- 19 — PINTO, Carlos Alberto da Mota. "Teoria Geral do Direito Civil". Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1976.
- 20 — PUTZOLU, Giovanna Volpe. "Le Associazioni tra codice e costituzione". in Rivista di Diritto Civile, ano 15, n.º 4, 1973, p. 282 a 310.
- 21 — RAISER, Ludwig. "O Futuro do Direito Privado". in "Revista da Procuradoria-Geral do Estado", n.º 251. Porto Alegre.
- 22 — SANTOS, Antonio de Oliveira. "Proposta de lei de adaptação do Código Civil à Constituição da República em matéria de direitos, liberdades e garantias e matérias conexas. Exposição de Motivos". Lisboa, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 268, julho/1977.
- 23 — SILVA, José Afonso da. "Aplicabilidade das Normas Constitucionais". São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968. 261 p.
- 24 — WIEACKER, Franz. "História do Direito Privado Moderno". Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- 25 — Decreto-Lei n.º 496/77 - Portugal. in Boletim do Ministério da Justiça - Legislação. Novembro de 1977.
- 26 — Decanato de Extensão da UNB. "Constituição e Constituinte". Coletânea de textos. Editora UnB. Brasília. 1987. 95 p.
- 27 — Código Civil Português.

PARECERES

CORREÇÃO CAMBIAL EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 7666

LICITAÇÃO. Correção cambial do preço. É nula e de nenhum efeito a estipulação em contrato de compra e venda de correção cambial do preço de mercadorias adquiríveis e efetivamente adquiridas no mercado nacional. Aplicação do Decreto-lei 857/69. Os valores pagos a título de correção cambial devem ser restituídos devidamente corrigidos tendo por base a variação integral dos índices das OTNs e o crédito deles resultantes **compensado** com a dívida, ainda não paga, do Estado para com a vendedora (Código Civil, artigo 1.009).

— Penalidades do art. 73, III e IV, do Decreto 2.300/86. Abertura de prazo para defesa à vendedora (Decreto-lei 2.300/86, art. 73, §§ 2.º e 3.º).

— Sindicância administrativa para apurar eventuais responsabilidades funcionais decorrentes do recebimento, como estrangeira, de mercadoria nacional. Remessa de cópia do expediente ao Ministério Público para tomada de providências, se for o caso, na órbita criminal.

Trata o expediente de consulta do Excelentíssimo Senhor SECRETÁRIO DA FAZENDA acerca do procedimento a adotar em face de irregularidades constatadas na execução de contratos de compra e venda celebrados com determinada indústria químico-farmacêutica consistentes do pagamento de correção cambial relativamente ao preço de produtos que, devendo ser importados, verificam-se após terem sido adquiridos no mercado interno.

Os indigitados contratos, de n.ºs 48/86 (fl. 386) e 6/87 (fls. 474), tiveram por base as concorrências públicas n.ºs 90/86 (fls. 301 a 403) e 7/87 (fls. 404 a 511) e neles se ajustou a aquisição pelo Estado de 39 (trinta e nove) produtos farmacêuticos, sendo nove (9) — quatro no contrato 48/86

e cinco no 6/87 — com preços subordinados à variação cambial do marco alemão e dólar norte-americano em virtude de deverem ser importados. Desse, sete foram entregues e pagos inclusive com a correção cambial, enquanto um outro — Penicilina G. Benzatina —, não obstante entregue, teve suspenso o seu pagamento em razão das irregularidades agora constatadas. Aliás, exatamente em razão disso, e tão logo verificadas as irregularidades, o Excelentíssimo Senhor Secretário determinou a imediata suspensão da execução das tomadas de preço nºs 3.729 (fls. 169 a 186), 4.238 (fls. 187 a 218), 4.743 (fls. 219 a 248), 3.728 (fls. 265 a 278) e 4.306 (fls. 279 a 300), que também tinham por objetos mercadorias com preços subordinados à variação cambial. Apurou-se, no entanto, após, com a apresentação das respectivas guias de importação, que as mercadorias ofertadas nas tomadas de preço nºs 3.728 e 4.306 efetivamente provinham do exterior, pelo que, entregues, foram pagas com a variação cambial, subsistindo suspensas, portanto, apenas as aquisições das tomadas de preços nºs 3.729, 4.238 e 4.743.

As irregularidades foram constatadas quando o DECAM, para certificar-se da origem estrangeira dos produtos, solicitou à fornecedora a apresentação das guias de importação, ocasião em que a empresa dirigiu-lhe correspondência confirmando a aquisição das mercadorias no mercado nacional, o que, no entanto, segundo ela, não impedia o pagamento da correção cambial em virtude da pactuada no contrato (cf. correspondência, fls. 570-1).

O expediente foi distribuído nesta Procuradoria-Geral à Procuradoria de Domínio Público do Estado, onde o Procurador do Estado Dr. LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE emitiu o Parecer nº 7473 em que sustenta, em suma, a ocorrência de "execução dolosa do contrato" ao dar a empresa como adquirido no estrangeiro, para beneficiar-se da variação cambial, produto comprado no mercado interno, e sugere a rescisão unilateral, amigável ou judicial dos contratos. Quanto às tomadas de preço, onde não se abriu oportunidade à constatação de irregularidades, por não entregues as mercadorias, entende ficar a concretização das compras subordinada à conveniência administrativa e à não aplicação à empresa, em decorrência do ocorrido nos contratos 48/86 e 6/87, das penas de suspensão ou impedimento para contratar, o que as prejudicaria. Sugeriu-se, ademais, a instauração de sindicância administrativa para apurar as responsabilidades decorrentes da certificação como boas das entregas das mercadorias dadas como estrangeiras quando haviam sido adquiridas internamente. Votou vencido, na ocasião, o Procurador do Estado Dr. ADNOR GOULART, que entendia não ser de postular a resolução contratual, sob o fundamento de que essa atingiria "ex tunc" os efeitos do negócio e determinaria, como consequência, a par do direito à restituição do já pago, o dever de devolver o recebido pelo Estado (mercadoria); bastaria, segundo o voto vencido, invocando o princípio do enriquecimento sem causa, pleitear a repetição da variação cambial paga indevidamente.

O expediente, por despacho do Senhor Procurador-Geral do Estado, veio-nos distribuído no Conselho Superior.

É o relatório.

2. Não obstante os bens lançados fundamentos do Parecer 7473 e da declaração do voto vencido, afigura-se-nos deva a questão ser deslindada à luz de outros princípios, que, por sua vez, conduzem a outras conclusões.

3. Com efeito, cabe notar, antes de tudo, que as indigitadas licitações, tanto as concorrências públicas nºs 90/86 e 7/87, de que derivaram os contratos onde se verificaram as irregularidades, como as tomadas de preço nºs 3.729, 4.248 e 4.743, estabeleciam, como condição das propostas, a *irregularidade* do preço das mercadorias a serem ofertadas.

Assim estabeleceu-se, por exemplo, no Edital da Concorrência 90/86, Capítulo II, 2, b, "verbis":

"Os licitantes dirigirão suas propostas ao Departamento (...) e nelas farão constar: (...); b. Preço, líquido, unitário, irrealizável, CIF locais de entrega e/ou para importação direta pelo DECAM (FOB)" (fl. 325).

E, do mesmo modo, o Edital da Concorrência 7/87, Capítulo II, 2, b (fl. 418), e as "Condições Gerais de Licitação", item 1.3., das Tomadas de Preço nºs 3.729 (fl. 177v), 4.248 (fls. 191v) e 4.743 (fl. 232v).

4. Desta forma, sendo certo que "em tema de proposta nada se pode oferecer, considerar, aceitar ou exigir além ou aquém do edital ou do convite" (HELI LOPES MEIRELLES, "Licitação e Contrato Administrativo", Ed. Rev. Tribunais, 5ª ed., 1983, p. 110) e que "sendo o edital a matriz do contrato, este não pode divergir daquele sob pena de nulidade do ajuste" (ibid., p. 189), parece indiscutível que tanto as propostas como os contratos decorrentes das licitações em questão não poderiam conter cláusulas de reajuste.

5. De outra parte, as estipulações em moeda estrangeira ou com correção cambial, que, como lembra ARNOLD WALD, não se confunde com correção monetária ou com cláusula de reajuste, pois apenas "atende ao princípio do valor nominal da moeda convencionada" (Revista de Direito Mercantil 53/112), só são possíveis entre nós, sob pena de nulidade, nos casos, excepcionais, arrolados no art. 2º do Decreto-lei 857, de 11 de setembro de 1969.

Dispõe, com efeito, o referido Diploma que alterou e consolidou a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no País, artigo 1º:

"Art. 1º. São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro."

E, por sua vez, o artigo 2º arrola exaustivamente as exceções à aplicação do dispositivo transcrito, que, no entanto, frise-se, se dirige tanto às hipóteses em que a moeda estrangeira funciona como efetivo meio de pagamento, isto é, quando é com ela que, em espécie, se deva adimplir a obrigação, como às em que se constitui simples elemento para determinar o quantitativo da prestação pecuniária, que, fixado, se adimpla, em moeda nacional, isto é, a chamada "moeda de conta".

A propósito, elucidando a questão, e refutando opinião contrária de MAURO BRANDÃO LOPES, é clara a lição do Prof. ALBERTO XAVIER:

"(...) as funções monetárias são essencialmente duas: a de medida dos valores e a de instrumento geral de trocas. O poder liberatório é a característica da moeda no que respeita à segunda das aludidas funções, mas não abrange a primeira — e mais importante —, a de medida geral dos valores. Ora, a lei não poderia deixar de reconhecer (e proteger) este papel, se pretendesse — como pretendeu — imprimir a certa realidade a natureza da moeda. Donde se conclui que a estipulação de "moeda estrangeira de conta", embora não atinja o poder liberatório, ofende uma outra faceta do "curso legal", na medida em que põe em causa a função de padrão comum de valores. Com razão afirmou NUSSBAUM que "o uso preponderante da moeda estrangeira nos contratos pode significar um prejuízo para a moeda nacional, já que aumenta o perigo de menosprezo desta moeda e, como consequência, o perigo de sua plena depreciação". Pela nossa parte, não temos dúvida em afirmar que a estipulação de "moeda de conta" estrangeira se integra na previsão normativa do artigo 1.º do DL n.º 857, por se tratar de cláusulas que, "por alguma forma, restringem ou recusam, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro" ("Validade das Cláusulas em Moeda Estrangeira nos Contratos Internos e Internacionais", Revista Forense 265/32).

6. Ora, fixadas tais premissas, ou seja, (a) a **irreajustabilidade** dos preços a serem ofertados e (b) a impossibilidade de estipularem-se obrigações vinculadas à variação cambial fora dos casos arrolados no artigo 2.º do Decreto-Lei 857/69, em que não se inclui a compra e venda de bens no mercado interno, afigura-se indiscutível a nulidade dos contratos 48/86 e 6/87 nas partes — separáveis, relativas a obrigações acessórias (Código Civil, artigo 153) — em que estabeleceram correção cambial do preço, pois os seus objetos não se constituíam bens provenientes do mercado externo, hipótese excepcionada pelo inciso I do artigo 2.º do Decreto-Lei 857/69 quando alude a "contratos e títulos referentes a importação (...) de mercadorias". Na verdade, se já é altamente discutível a validade de estipulação em moeda estrangeira na revenda de mercadoria importada no mercado interno, que **importação não é**, parece absolutamente indubitosa a nulidade quando, como no caso, os bens sequer haviam de ser, e não foram, objeto de importação pela vendedora.

7. Certo, as mercadorias foram dadas nas propostas como devendo ser importadas. A afirmação, no entanto, ao que se colhe, foi manifestamente maliciosa e teve por escopo exclusivo submeter o preço à variação cambial, que, como se viu, tratando-se de bens adquiríveis no mercado interno, era proibida em lei.

Com efeito, não é crível, ou melhor, é absolutamente inverossímil, que a vendedora, experiente e com longa tradição no ramo, não soubesse serem as indigitadas mercadorias passíveis de aquisição internamente. E, é óbvio, se sabia, e estivesse de boa-fé, essa possibilidade deveria vir explícita nas suas propostas, nas quais, de resto, como se viu, eram inadmissíveis cláusulas de reajuste. E se não veio é porque — há de presumir-se — pretendia ela

ocultar a verdadeira origem dos bens e, dando-os como importados, auferir ilícitamente, contra a lei e o edital, a correção cambial. Esta presunção, aliás, tanto mais se reforça quando se considera que, após, adquiridos os bens no mercado interno e entregues ao Estado, continuou a vendedora ocultando-lhes a origem e só a revelou quando, instada pelo DECAM a apresentar as guias de importação, e, note-se, após já ter recebido (indevidamente) a correção cambial relativa a vários produtos, não teve outra alternativa senão fazê-lo, pois não possuía guias de importação, eis que importação não houvera. Note-se ainda: na nota fiscal n.º 605, relativa a Penicilina G. Benzatina, após confessadamente adquirida no mercado nacional, a vendedora chegou a codificar a mercadoria sob o código 04, ou seja, como "Mercadoria estrangeira não tributada" (cf. nota fiscal, fl. 87), o que, como se sabe, dependendo do dolo no lançamento, pode inclusive caracterizar o crime de falsidade ideológica do responsável ou responsáveis (Código Penal, artigo 299). Na verdade, estivesse a vendedora de boa-fé, tivesse querido, efetivamente, na ocasião das propostas, adquirir os bens no estrangeiro e só posteriormente optado por fazê-lo internamente, como alega, é evidente que, sendo relevantíssima a circunstância (relevância, frise bem, que a vendedora, experiente em negócios de tal natureza, não podia ignorar), deveria tê-la comunicado imediatamente ao DECAM e, principalmente, se abster de receber a correção cambial. Não o fez. E isto, à evidência, como as demais circunstâncias, indicia de modo veemente todo seu comportamento negocial e torna lícita a presunção de que, na verdade, de fato, **nunca** pretendeu importar os bens, mas, tão-só, com a inverdadeira declaração inserta nas propostas, lucrar com a variação da moeda estrangeira.

Desta forma, sendo certo que os atos de má-fé se provam por indícios e presunções, regra, aliás, que constava explicitamente do CPC de 1939 (artigo 252) e que, embora não repetida na sua literalidade, se manteve no CPC de 1973 (MOACIR AMARAL DOS SANTOS, "Comentários ao CPC", vol. IV, p. 28), mesmo porque a ocultação constitui intuito primeiro daquele que os pratica, parece inquestionável que, não obstante a afirmação da vendedora nas propostas, os bens ofertados não haviam de ser, como não foram, adquiridos no mercado externo, sendo, por isso mesmo, como se disse, nulos os contratos nas partes que vinculam o preço à variação cambial. Houve dolo, é certo, da vendedora, mas não dolo-causa de anulabilidade, que vicia o negócio por atingir a manifestação de vontade da parte, e, sim, dolo na tentativa de subtrair os contratos às regras cogentes sobre o curso legal da moeda mediante a declaração inexata acerca da origem dos bens. Tentativa, obviamente, frustra, pois tais regras incidem, nulificando o pacto, independente da vontade das partes.

8. Assim, nula e de nenhum efeito a estipulação da correção cambial, é indiscutível o direito do Estado a haver de volta os valores pagos à vendedora a este título, os quais, por sua vez, constituindo dívida líquida, certa e exigível — exigibilidade que exsurgiu no exato momento em que se concretizou o pagamento indevido —, e, mais, sendo decorrência da conduta ilícita e extremamente maliciosa da vendedora, devem ser plenamente corrigidos tendo por base a **integralidade** da variação das OTN's.

9. De outra parte, não nos parece procedente a postulação da vendedora de aplicação de correção monetária ao preço, ainda não pago, da Penicilina G. Benzatina.

Isto porque, como se viu, nos termos do edital, o referido preço haveria de ser *irreajustável* (Edital da Concorrência n.º 7/87, Capítulo II, 2, b, fl. 448) e, como já se referiu, o ato convocatório da licitação é a lei do contrato, que, sob pena de lesão à isonomia e nulidade, não pode conter cláusulas neles vedadas (cf. HELY LOPES MEIRELLES, supratranscrito, e, também, entre outros, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "Licitação", Ed. Rev. dos Trib., 1980, n.º 66, p. 31). Não há como, portanto, sem ofensa ao edital, e, pois, sem nulidade, deferir à vendedora a pretendida correção.

10. Não se afigura possível, de outro lado, com a vênua dos entendimentos contrários, inclusive do Parecer 7.473, a aplicação no caso, para corrigir o preço, do Decreto 32.683 de 13 de novembro de 1987, o qual, visando a restabeler o equilíbrio econômico nos contratos atingidos pelo insucesso do chamado Plano Cruzado, abriu à Administração a *faculdade* de conceder reajustes de até 90% da variação "pro-rata" da OTN.

É que o referido Diploma dirigiu-se àquelas situações em que os contratos ou foram colhidos pelas normas do Plano de Estabilização Econômica supressoras das cláusulas de reajuste ou foram avençados sem as mesmas na expectativa, afinal frustrada, da plena estabilidade econômica por ele anunciada. Mas, se visou atender às situações de injustiça decorrentes da recidiva do processo inflacionário, imprevisível em face do Plano Cruzado, o Decreto 32.683/87 não impôs o *dever de reajustar*, nem, sequer, estabeleceu o quanto do reajuste, limitando-se a *facultar-lhe* a concessão e a prefixar-lhe um *limite máximo*, o que, no entanto, haveria de depender, e depende, da prudente análise pela Administração das peculiaridades do caso concreto e, principalmente, do grau de injustiça nele vertificado. É o que se infere, com efeito, do artigo 1.º do Decreto 32.683/87 quando diz que "os reajustamentos (...) poderão ser concedidos (...) até o limite de 90%...". *Poder*, portanto não *dever*; *limite*, não percentual certo.

Ora, no caso, não só o edital fixou explicitamente a *irreajustabilidade* do preço e o contrato, datado de 15 de abril de 1987 (fl. 481), foi celebrado quando já se retomara o processo inflacionário (a variação da OTN de jan./87, Cz\$ 129,98, para fev./87, Cz\$ 151,84, foi de 16,81% e de fev./87, Cz\$ 151,84, para março/87, Cz\$ 181,61, de 19,60%) como, principalmente, o retardamento decorreu da necessidade de apurar-se o exato montante dos valores pagos indevidamente e de fixar-se, a partir dele, a orientação jurídica a ser observada. O desequilíbrio econômico no contrato, portanto, se é que houve, decorreu do duvidoso comportamento negocial da vendedora, que, por isso mesmo, não pode invocá-lo para auferir vantagens. Parece evidente que, constatadas as irregularidades, e delas decorrendo-lhe elevado crédito, o Estado não só podia como *devia* sustar o pagamento da dívida ainda não paga até que se definissem com clareza os termos da nova relação decorrente do pagamento indevido. Seria, na verdade, absolutamente temerário que, lesado, e credor da vendedora, fosse ainda alcançar-lhe valores para só após, talvez em demorada demanda judicial, repetir o indébito.

11. Nem se invoque enriquecimento ilícito do Estado, que não houve. É que, como se sabe, as dotações orçamentárias são *certas* e, se e enquanto não utilizadas, *não rendem frutos*. De modo que, vinculada a verba ao pagamento de uma despesa, o fato dessa não se realizar na data prevista nada, absolutamente nada, acrescenta ao patrimônio público. O pagamento da correção, sim, constituiria empobrecimento da entidade pública, empobrecimento ilícito, porque por ela não provocado.

12. Inviável, portanto, por todos os títulos, inclusive pela impossibilidade de aplicação do Decreto 32.683/87, a correção do preço relativo à aquisição da Penicilina G. Benzatina.

13. Mas não é só. Satisfeitos que estão os pressupostos, o crédito do Estado decorrente dos pagamentos indevidos deve ser *compensado*, após corrigido, com a dívida ainda não paga (essa evidentemente sem a correção cambial) referente àquela mercadoria.

Com efeito, dispõe o artigo 1009 do Código Civil:

"Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem."

E, tratando-se as dívidas - a do Estado contra a vendedora e a dessa contra aquele de dívidas líquidas (certas, quanto à sua existência, e determinadas, quanto ao seu objeto, Código Civil, artigo 1.533), exigíveis e de coisas fungíveis (dinheiro) (Código Civil, artigo 1.010) é manifesta sua compensabilidade. Sequer tem aplicação no caso o artigo 1.017 do Código Civil, posto, note-se, a favor da Fazenda Pública, que afasta a compensação no caso de "dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios", pois, como ensina PONTES DE MIRANDA, "as dívidas a que se refere o artigo 1.017 são as fiscais (crédito de direito público das unidades de direito público interno) (...). As dívidas e créditos de direito privado das unidades de direito público interno são submetidas aos artigos 1.009-1.016, 1.018-1.024." ("Tratado de Direito Privado", tomo XXIV, § 2.987, B, p. 393).

A compensação, no entanto, que é exercício de direito formativo extintivo, depende entre nós, segundo PONTES DE MIRANDA, de *alegação*, isto é, de que se leve o direito a ela ao conhecimento do credor-devedor. É a lição, com efeito, do festejado autor, que, para mais exata compreensão do tema, convém transcrita:

"Tem-se pretendido que a compensação se opera no direito brasileiro, de pleno direito, como em direito francês. Porém, se é certo que não lhe exigimos ao suporte fático a *declaração* de vontade à outra parte, tampouco adotamos a compensação de pleno direito. A *alegação* do direito reinícola é elemento do suporte fático. Resta saber em que ela consiste, como se exerce e qual a sua natureza. Primeiro, não há dúvida quanto a se tratar de elemento eficaz do crédito que se fez compensável, elemento que subsiste enquanto os dois créditos são compensáveis. Segundo, *alegar* é invocar razão: *alega-se*, remetendo-se, implicitamente, à lei ("allego", "allegare", que tem o mesmo étimo de "lex"). Faz-se em escrito, mas também por gestos ("gesta allegationis"). (...) No di-

reito brasileiro, o direito à compensação também é elemento eficaz do crédito compensável, dependente da existência desse e do crédito contrário, porém, para o seu exercício, não se requer negócio jurídico; basta a alegação de que se tem jus à compensação. (...) / A alegação do devedor-credor não é receptícia. O credor-devedor há de conhecer a alegação; não precisa recebê-la; não se trata de negócio jurídico, e sim de exercício não negocial de direito formativo extintivo. A alegação tem de ser feita a alguém, a quem caiba receber o pagamento, pelo que alega a compensação com a dívida que há. Portanto, comunicação de fato de exercício de direito." (op. cit., § 2.696, 7, p. 326 e 328).

14. Assim, apurado o valor exato do crédito do Estado pela aplicação aos valores pagos a título de correção cambial dos índices da variação da OTN, que, sendo oficiais, não tornam ilíquido o crédito, deve ser exercido o direito à sua compensação com a dívida ainda impaga mediante comunicação formal à vendedora. E, desde que reste, após a compensação, crédito ao Estado, a comunicação deve conter também notificação para que, imediatamente, e sob pena de ajuizamento da competente ação de cobrança, se pague o saldo. Ao revés, não alcançando o crédito do Estado o valor da dívida, isto é, restando saldo credor à vendedora, esse deve ser, também imediatamente, pago.

15. Resta examinar, por fim, as demais repercussões decorrentes da conduta da vendedora, tais como penalidades cabíveis, conseqüências em relação às tomadas de preço e providências suplementares que devam ser tomadas para apurar plenamente as responsabilidades.

16. Quanto à aplicação das penalidades, parece indiscutível o enquadramento da vendedora no inciso III do art. 74 do Decreto-Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986, onde se estabelece que "as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou profissionais que, em razão de contratos regidos por este Decreto-Lei: (...); III — demonstrarem não possuir idoneidade para contratar com a Administração, em virtude de atos ilícitos praticados".

As sanções, de outra parte, são as de "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos" (art. 73, III) e de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que se seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade" (art. 73, IV), mas, para aplicá-las, faz-se imprescindível abrir à vendedora prazo para defesa nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 73 do Decreto-Lei 2.300/86. Note-se, no entanto, uma particularidade importantíssima: a formalidade é necessária apenas para aplicação das sanções, não, é óbvio, para cobrar o indevidamente pago, que não é penalidade.

Em relação às tomadas de preço, não está obrigada a Administração a formalizar o contrato, tudo dependendo, portando, de juízo de conveniência administrativa, que, no entanto, se positivo, imporá à vendedora, adjudicatária, o ônus de concretizar a venda sob pena de, recusando-se injustamen-

te, sujeitar-se às penalidades aludidas no art. 73 do Decreto-Lei 2.300/86 (Decreto-Lei 2.300/86, art. 71).

Quanto às demais repercussões, impõe-se (a) instaurar sindicância administrativa para a plena apuração das responsabilidades, pois inclusive em algumas notas fiscais a vendedora não só omitiu a codificação dos bens (notas fiscais 24.577, fl. 34, 24.585, fl. 37) como chegou a codificá-los como "mercadoria nacional não tributada" (notas fiscais 23.434, fl. 35, e 23.435, fl. 36), o que torna inexplicável a falta de constatação desde logo da irregularidade, e (b) remeter cópia do expediente ao Ministério Público, pois os fatos (declaração inverdadeira nas propostas acerca da origem dos bens, codificação inexacta da mercadoria na nota 605, omissões nas outras, etc) podem configurar crime, principalmente o de falsidade ideológica (Código Penal, 299), incumbindo àquele órgão ajuizar acerca disso e, se for o caso, tomar as providências cabíveis.

Assim, em face de todo o exposto, e resumindo, ENTENDEMOS (a) serem nulas e de nenhum efeito *as partes* dos contratos 48/86 e 7/87 que vinculam à variação cambial o preço das mercadorias adquiridas pela vendedora no mercado interno, pelo que (b) devem ser restituídos os valores pagos a este título devidamente corrigidos na base da variação **integral dos índices** das OTN's e (c) compensado o crédito deles resultante com a dívida, **irreajustável**, ainda não paga, relativa à aquisição de Penicilina G. Benzatina, procedendo-se na forma do item 14, supra. Demais, e para os efeitos da aplicação das sanções dos incisos II e IV do art. 73 do Decreto-Lei 2.300/86, (d) a vendedora deve ser notificada, em notificação onde se descrevam os fatos que se lhe imputam, a apresentar defesa no prazo de 10 (dez) dias, aplicando-se-lhe, então, ou não, a penalidade entendida justa.

Demais, quanto às tomadas de preços nºs 3.729, 4.248 e 4.743, a concretização das compras nelas licitadas há de depender de juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

Por fim, como se disse, deve ser instaurada sindicância administrativa para plena apuração das responsabilidades funcionais, se é que existiram, na aceitação e recebimento, como estrangeira, de mercadoria adquirida no mercado interno, e remetida cópia integral do expediente, inclusive deste parecer e do Parecer 7473, ao Ministério Público para que, se for o caso, tome as providências cabíveis na órbita criminal.

É o parecer, smj.

PORTO ALEGRE, 13 de outubro de 1988.

APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS PROPORCIONAIS

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

PARECER N.º 8025

Aposentadoria voluntária com proventos proporcionais ao tempo de serviço. Interpretação do artigo 40, inciso III, letra c, da Constituição Federal.

O presente processo contém duas questões jurídicas a serem solucionadas, ambas concernentes à interpretação e aplicação do artigo 40, inciso III, letra c, da vigente Constituição Federal. Deseja-se saber, em suma, se os proventos da aposentadoria voluntária, aos trinta anos de serviço, para o homem, e aos vinte e cinco, para a mulher, serão sempre proporcionais a esses trinta ou vinte e cinco anos ou se deverão ser calculados exatamente de acordo com o tempo de serviço prestado. A outra questão se refere à possibilidade, ou não, de, para esse tipo de aposentadoria, admitir-se o cômputo de tempo de serviço qualificado de acordo com a Lei estadual n.º 4.585, de 14 de outubro de 1963 (Lei Suely).

2. Na lição de PAULA BAPTISTA (*Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, 3.ª ed. 1872, p. 30), cabe interpretação sempre que haja na lei ou alguma obscuridade a vencer, ou alguma incoerência e contradição a evitar ou alguma lacuna a preencher. No presente caso, tem-se que a Constituição Federal não foi suficientemente clara quando estabeleceu, no artigo 40, inciso III, letra c, que "*o servidor será aposentado voluntariamente aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo*". A parte inicial do preceito apresenta uma redação defeituosa, pela má colocação de palavras, e esse defeito é responsável pela obscuridade de seu sentido. Nesse caso, como ensina o mesmo PAULA BAPTISTA, o meio de interpretação mais adequado consiste na comparação dessa parte obscura com outra parte da mesma lei. Convém, diz ele, estudar a lei em todas as suas partes, no complexo de suas prescrições individuais, comparando a parte obscura com outras, cujas expressões empregadas em sentido determinado, ou cujo pensamento mais claro e desenvolvido possa fazer cessar toda a ambigüidade ou equívoco, pois que o mesmo espírito deveria ter presidido a redação de toda a lei (ob. cit. p. 33).

Em outras palavras, é o que também afirma CARLOS MAXIMILIANO, quando lembra que, em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, *contrastado* pelo estudo de outros, pois por umas normas se conhece o espírito de outras. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 4.ª ed. Rio, Freitas Bastos, 1943. n. 130 a 133, p. 161-62).

3. Pois bem, tratando do mesmo assunto, isto é, da aposentadoria voluntária com proventos proporcionais, existe, na Constituição da República, um outro preceito, aquele endereçado aos trabalhadores em geral e que está consignado no § 1.º do seu artigo 202, nos seguintes termos: "*É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e após vinte e cinco, à mulher*". Com a ajuda desse texto, chega-se facilmente à conclusão de que a aposentadoria proporcional do artigo 40, inciso III, letra c, também é *após* trinta ou vinte e cinco anos de serviço. Pensar de outra forma seria limitar ainda mais essa aposentadoria impondo-se, além da idade-limite, uma época certa para o exercício do direito à inativação. Aliás, não se pode esquecer que o direito à aposentadoria, uma vez adquirido, entra para o patrimônio jurídico do servidor independentemente de requerimento, podendo ser exercido a qualquer tempo.

Ora, descoberto e corrigido o defeito de redação do texto, não é difícil chegar à resposta para a primeira indagação. Se o tipo de aposentadoria de que se trata pode se dar dos trinta aos trinta e quatro anos, para o homem, e dos vinte e cinco aos vinte e nove anos, para a mulher, e se, neste caso, os proventos serão proporcionais "*a esse tempo*", a conclusão lógica é a de que eles, os proventos, serão proporcionais ao tempo de serviço efetivamente prestado. Além disso, essa é a interpretação que conduz ao resultado mais razoável, pois do contrário não haveria nem recompensa para o trabalho exercido além da idade-limite, até os trinta ou trinta e cinco anos, nem estímulo para a continuação da prestação de serviço após essa mesma idade. Como afirma MAXIMILIANO, desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduza a flagrante injustiça, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidade ou absurdos, como seria no presente caso de empregado o processo gramatical de interpretação, é de se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo e lógico, melhor do que aquele que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu, ou é de presumir ter querido instituir ou regular, e não o haver feito nos devidos termos, por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocábulos, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante (ob. cit., n.º 179, p. 205-6).

4. Quanto à outra questão, por já estar sendo estudada por esta Procuradoria-Geral no Processo n.º 18.025-14.00/SF-88, deixa-se aqui de examiná-la.

5. POR TODO O EXPOSTO, pois, concluo no sentido de que os proventos da aposentadoria voluntária prevista no artigo 40, inciso III, letra c, da Constituição Federal são proporcionais ao tempo de serviço prestado pelo servidor.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 31 de julho de 1989.

INTEGRAÇÃO DO SERVIDOR CEDIDO À FUNDAÇÃO CESSIONÁRIA

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 8.220

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Integração de servidor estadual cedido à Fundação no quadro dessa. Inviabilidade por importar nova relação de trabalho.

O Senhor Presidente da FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DE RECURSOS HUMANOS — FDRH solicitou providências ao Senhor Secretário de Estado dos Recursos Humanos e Modernização Administrativa no sentido de integração ao Quadro de Pessoal Permanente daquela Instituição da servidora contratada da SECRETARIA DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE, FELÍCIA OCHMAN MEDVEDOVSKI, no cargo de Auxiliar Administrativo, nível 8, relatando que a mesma se encontra à disposição daquela Entidade desde 09 de maio de 1985, onde recebe complementação salarial; que existe vaga no Quadro e que o Estatuto da Fundação determina a integração definitiva no seu Quadro de Pessoal, do servidor estadual, sujeito ao regime da CLT, que lhe for cedido.

Segundo se verifica dos dados funcionais da servidora em questão, o último ato de prorrogação da disposição data de 05 de setembro de 1988, com o prazo expirado em 31 de dezembro de 1988, sem prejuízo de seus salários e vantagens inerentes às respectivas funções. Através da Portaria n.º 1.309, de 04 de junho de 1986, foi-lhe atribuída *“parcela equivalente à diferença de vencimento básico do cargo público e o salário do cargo de Auxiliar Administrativo, nível 3, a contar de 02 de junho de 1986”*.

O Senhor Titular da Pasta da Saúde e do Meio Ambiente manifestou-se favoravelmente à relocação da servidora, desde que houvesse a anuência desta.

Este é o relatório.

Tenha-se presente, preliminarmente, que a relocação constitui figura própria do regime institucional, não tendo aplicação ao caso em tela no qual a interessada não detém cargo na Administração Estadual centralizada. Demais disso, a relocação pressupõe a movimentação de pessoal dentro de uma mes-

ma estrutura funcional, qual seja, dentro da mesma pessoa jurídica, o que não se verifica na espécie, em que é pleiteada a inauguração de novo pacto laboral com a Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos, pessoa jurídica de direito privado distinta do atual empregador, o Estado.

Com efeito, na lição de J. CRETELLA JÚNIOR, relocação constitui:

"Modalidade de lotação, mediante a qual se remove o funcionário, do cargo que ocupa, para cargo idêntico, em outra repartição ou serviço. Não se confundem os institutos da lotação e da relocação, porque nesta o agente público leva consigo a lotação do cargo que exercia, na repartição de origem, ao passo que na relocação, esse 'transporte' não ocorre" (Dicionário de Direito Administrativo, Forense, 3.^a ed., 1978, p. 449).

A integração ora pretendida aos quadros da FDRH implicaria obrigatoriamente na ruptura do vínculo em curso para inauguração de novo pacto laboral, então com a Entidade solicitante, porquanto não se cogita no expediente de mero reconhecimento de situação fática pré-existente descaracterizadora da cedência.

A propósito, poderei no Parecer n.º 6.229-PGE:

"Certo é que o empregador pode dispor do trabalho de seu empregado, inclusive colocando-o à disposição de outra organização, mantendo o ônus remuneratório, desde que não resulte em alteração contratual não pactuada com o servidor ou que, mesmo acordada, venha em seu prejuízo. Esse procedimento, teoricamente possível, de regra, no entanto, leva a distorções caracterizadoras de burla à legislação obreira e como tal é tratada pela justiça especializada."

Salientava, também, da inconveniência dessas movimentações de servidores entre órgãos da Administração Estadual, lembrando que a configuração da relação de emprego e seus desdobramentos prescinde de formalidades, prevalecendo a realidade do dia-a-dia da prestação de trabalho.

Conquanto, pois, esse mecanismo seja passível de distorções, o presente processo não contém elementos que autorizem concluir pelo simples reconhecimento de situação fática pré-existente, qual seja, a instalação do vínculo empregatício real com a fundação no decurso da cedência, o que permitiria sua inclusão no quadro de pessoal da FDRH independentemente de aprovação em competitivo e o cômputo do tempo pretendido para fins de enquadramento.

Como então a postulação implica em nova relação trabalhista, vejamos sua viabilidade.

O recrutamento de pessoal pelos órgãos da Administração Estadual Direta e Indireta, inclusive Fundações e Empresas instituídas ou controladas pelo Estado, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, estava condicionado à prévia aprovação em processo seletivo de caráter público, nos termos da Ordem de Serviço n.º 01/87-91.

A nova Carta Constitucional Federal condiciona a investidura em cargos ou emprego público à prévia aprovação em concurso público de provas

ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Essa Procuradoria-Geral já se manifestou acerca da abrangência do dispositivo constitucional através da Procuradora do Estado ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH, considerando que

"... os empregados das entidades privadas da Administração descentralizada, porque não ocupam cargos, funções ou empregos públicos, porque os cargos ou empregos que titulam não são criados por lei, nem os requisitos para o seu acesso são por ela estabelecidos e mais, porque suas funções de confiança não se enquadram na ressalva constante da parte final do inciso II do artigo 37 ('nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração') não estariam, por imposição de Carta Federal, sujeitos ao princípio da igual acessibilidade e ao sistema do concurso público, tanto para o ingresso como para posteriores alterações contratuais relativas à mudança de função." (Parecer n.º 8.065-PGE).

Como oportunamente lembrou a signatária do transcrito pronunciamento, conquanto o novo ordenamento constitucional não tenha imposto o processo seletivo público para o preenchimento de cargos nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas instituídas pelo Poder Público, não há inviabilidade prática de aplicar o princípio do competitivo público para essas entidades, **"antes pelo contrário, a sistemática se afinaria perfeitamente com os comandos da moralidade e da impessoalidade a que estão sujeitas (o que torna legítimas as Ordens de Serviço Governamentais neste sentido expedidas)"**. Comandos esses, aliás, que se conformam perfeitamente ao tratamento dispensado à matéria pelo constituinte estadual.

De forma que o aproveitamento pretendido, por importar nova contratação, por novo empregador não é possível.

Ademais, não se aplicava à espécie a autorização contida no artigo 2.º do Decreto 32.974, de 30 de setembro de 1988, de contratação, até 03 de outubro de 1988, pelas Fundações e Sociedades de Economia Mista vinculadas ao Estado, eis que essa regra tinha por destinatários apenas os detentores de cargos públicos cedidos a essas entidades submetidos às regras da Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973.

Outra questão que emerge do expediente, e foi oportunamente levantada pela superintendência da Administração de Pessoal da Pasta da Fazenda, diz quanto ao pagamento da diferença entre o básico da função que exerce no Estado e o salário da função de Auxiliar Administrativo "B" da FDRH, percebida pela servidora por força da Portaria n.º 1.309, de 04 de junho de 1986-DP.

Esta Casa já se manifestou pela inviabilidade desse pagamento através do Parecer n.º 7.593, da Procuradora do Estado ELAINE ALBUQUERQUE PETRY, considerando que **"a cedência de servidores celetistas da Administração Direta para sociedade estadual de economia mista, como é caso do BADESUL, criado pela Lei n.º 6.605, de 09 de outubro de 1973, não está prevista em nenhum regramento, e, conseqüentemente, ainda que ela se opere,**

tampouco há previsão de pagamentos adicionais ou complementares a qualquer título", eis que a "Lei n.º 6.654 teve por destinatários tão-só os funcionários públicos sob regime institucional, titulares de cargos públicos".

Lembrava, ademais, a signatária daquele pronunciamento que a admitir-se a concessão de complementação salarial, ainda que explicada em função de um ato de cedência, e conquanto corra à conta de entidade dotada de personalidade jurídica própria, distinta da do Estado, eventualmente poderia ter por configurada a hipótese contida no § 1.º do artigo 457 do Diploma Consolidado, com a possível consequência de sua integração ao parâmetro remuneratório do empregado cedido. Concluía, então, que quer se denomine complementação salarial, quer gratificação, os pagamentos suplementares feitos pela cessionária a empregado estadual não estando previstas em lei, tem sua manutenção inviabilizada, ressalvada a hipótese de cedência para o exercício do cargo de confiança em pessoa jurídica integrante da Administração Indireta. Hipótese essa que não se configura na espécie.

EM CONCLUSÃO, opino pela impossibilidade de integração da servidora estadual à Fundação para Desenvolvimento de Recursos Humanos, bem como pela supressão dos valores que percebe com base na Portaria n.º 1.309, por falta de suporte legal.

Este o parecer.

PORTO ALEGRE, 08 de fevereiro de 1990.

APLICAÇÃO DO ARTIGO 19 DO ADCT AO CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO

CLARITA GALBINSKI
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 8.334

Estabilidade: artigo 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988. Ordem de Serviço n.º 43/87-91 e 44/87-91.

Suspensão de contrato de trabalho.

O Senhor COMANDANTE GERAL DA BRIGADA MILITAR DO ESTADO encaminha consulta a esta Procuradoria-Geral do Estado sobre a extensão, aos servidores civis da Corporação, do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, que se encontravam com os contratos de trabalho suspensos, questionando se estariam ou não "*no exercício da função*".

Relatado.

O artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 determina:

"Art. 19 — Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1.º — O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2.º — O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3.º — O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei." (grifei)

Cabe inicialmente registrar que a disposição constitucional transitória tem por destinatários, entre outros, os servidores públicos civis dos Estados da administração direta, autárquica e das fundações públicas.

Requisitos para que os servidores de tais categorias sejam abrangidos pela norma são *a)* o exercício na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) *b)* terem, no mínimo, cinco anos continuados de exercício até a data marcada; *c)* não terem sido admitidos na forma regulada no artigo 37 da Constituição (investidura por concurso) e *d)* não serem ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem dos que a lei declare de livre exoneração.

A estabilidade, interessa lembrar, é a garantia constitucional de permanência no serviço público, por isso se diz que é atributo do servidor.

O artigo 19 do ADCT, em confronto com o artigo 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1967, tem pressupostos mais restritivos, já que o último assegurava:

“São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da Administração centralizada ou autárquica que, à data da promulgação desta Constituição contem, pelo menos, cinco anos de serviço público.”

Embora o § 2.º do artigo 177 da Constituição Federal de 1967 não explicitasse a exigência do exercício na data da promulgação, é certo que a interpretação, nas esferas administrativa e judicial, foi a de cumprir tal requisito, na data de sua promulgação (24 de janeiro) e na data da entrada em vigor (27 de março), em face do vocábulo “atuais”.

O aspecto mais liberal do texto de 1967 foi o relativo à admissão de “cinco anos de serviço público”. Neles foi consentida a contagem de tempo público estranho à relação funcional ativa na data da promulgação e entrar em vigor, inclusive serviço militar.

Já o texto de 1988 não faz referência a “cinco anos de serviço público” (ou seja, qualquer serviço público), mas declara que os servidores públicos para obterem estabilidade, devem estar em exercício na data da promulgação da Constituição, “há pelo menos cinco anos continuados”.

Se o intuito do Constituinte Federal de 1988 fosse o de conceder estabilidade ao servidor que contasse cinco anos de serviço público teria observado a redação do anterior Diploma Constitucional.

Parece, no entanto, que, presentemente, o objetivo visado foi de manter estável a relação funcional (com o Estado, autarquia ou fundação pública), daquele que tivesse, pelo menos, cinco anos continuados de vínculo ativo com a mesma pessoa jurídica (Estado, autarquia ou fundação pública) e se encontrasse em exercício na data da promulgação da Carta, excluídos os que tivessem unicamente posição de confiança ou em comissão.

Bem por isso, a Ordem de Serviço Governamental n.º 43/87-91 (DOE de 18.11.88), alterada pela n.º 44/87-91, (DOE de 28.11.88), em seu n.º 4, prevê:

“O benefício constitucional de que trata esta Ordem de Serviço alcança apenas os servidores públicos civis que, a cinco de outubro de 1988, somavam cinco anos, ou mais, de exercício con-

tinuado na mesma Entidade de Administração Pública Estadual.”
(grifei)

Há relação, no artigo 19 do ADCT, entre o aspecto do exercício e dos cinco anos continuados (que pressupõem exercício).

Assim, quem, ininterruptamente, foi empregado do Estado por, no mínimo, cinco anos, e se encontrava em exercício na data da promulgação da Constituição, é abrangido pela norma transitória; quem exerceu cargo, função ou emprego por cinco anos continuados, interrompeu o exercício mas retomou-o antes de 5 de outubro de 1988, também dela é destinatário.

Resta verificar, como pede o consulente, o que é havido por “exercício” para efeito do artigo 19 do ADCT, ou mais especificamente, se há “exercício” na hipótese de suspensão de contrato de trabalho.

ARNALDO SUSSEKIND ensina que, na suspensão total do contrato de trabalho, “empregado e empregador ficam desobrigados, transitoriamente, do cumprimento das obrigações pertinentes ao contrato; na suspensão parcial, o empregador deve remunerar o empregado sem que este lhe preste serviços”, daí também ser chamada interrupção da prestação de serviços.

Lembra, também, que tais hipóteses são previstas em lei, “com normas de caráter imperativo”, nada impedindo, porém “que as partes contratem outros casos de suspensão ou interrupção do contrato, além dos previstos em lei” (Instituições de Direito do Trabalho, Freitas Bastos, 7.ª Ed., V. I, p. 354).

MOZAR VICTOR RUSSOMANO preleciona:

“A suspensão provoca a inatividade momentânea de todas as cláusulas contratuais. Embora, no plano abstrato das figuras jurídicas, a relação de emprego permaneça íntegra, a ponto de recomeçar a ter força vinculativa logo que cesse a causa da suspensão, no plano concreto das realidades isso não se dá. Nem o empregado trabalha, nem o empregador lhe paga salários. o contrato não se revela de forma alguma. O contrato não está vigorando. Por esses motivos, o prazo de qualquer suspensão contratual não é incluído no tempo de serviço do trabalhador, quer para efeito de indenização, quer para efeito de estabilidade.

Na interrupção opera-se o contrário. No plano prático, o contrato se manifesta através da circunstância imperiosa e importante de que o empresário continua obrigado a pagar ao trabalhador a remuneração ajustada, ou parte dela. E por isso, vigorando o contrato, o prazo da interrupção íntegra, para todos os efeitos, o tempo de serviço efetivo do empregado. Se, como vimos, a interrupção visa a proteger o empregado, autorizando-o a faltar ao trabalho sem prejuízo do salário, não pode roubar-lhe a inclusão do tempo das faltas no seu tempo de serviço, sob pena de grave contradição. Na suspensão, não há medida protetora. A lei suspende o contrato em todos os seus efeitos. Não é lógico que continue vigorando para contagem do tempo de serviço do trabalhador, que é um dos efeitos do contrato.”

O ilustre Professor enumera casos de suspensão do contrato de trabalho: afastamento do trabalhador por exigência do serviço militar em tempos normais (artigo 472), por outros encargos públicos (artigo 472), suspensão imposta pelo empregador (artigo 474), gozo de benefício da instituição de previdência social (artigos 475 e 476).

Ainda o mesmo Autor versa sobre o aspecto da estabilidade, indagando se ela é provisória enquanto o contrato de trabalho encontra suspenso.

"Dir-se-á que, na prática, uma vez admitido o direito do trabalhador de retornar ao serviço, a suspensão contratual se confundirá com a estabilidade provisória.

Assim não é, porém. Basta acentuar que quando se opera, indevidamente, a rescisão do contrato em casos de estabilidade provisória, é assegurada ao trabalhador a reintegração, sem prejuízo dos salários atrasados (...).

A suspensão contratual, ao invés, nunca dá ao obreiro direito à reintegração. O trabalhador não conta tempo de serviço, nem ganha salário, de modo a não poder adquirir direito à estabilidade definitiva, durante o período de suspensão, única hipótese em que, ao findar a causa suspensiva, ele poderia exigir o retorno efetivo ao trabalho. Seu direito será, caso a readmissão seja recusada, normalmente, apenas, o recebimento das indenizações legais.

O objeto da estabilidade provisória ou definitiva é assegurar ao trabalhador a permanência no emprego. Nas várias hipóteses de suspensão contratual, garante-se ao obreiro, apenas, o retorno ao serviço, sob pena de o empresário ser obrigado a indenizá-lo." (Comentários à CLT, Forense, 1982, p. 496 — grifos originais).

A lição do insigne tratadista é eloqüente para o trato da questão colocada pelo consulente.

Se, na figura da suspensão contratual, o ajuste não está vigorando, sob forma alguma, não há cogitar em correspondente tempo de serviço e, em consequência, exercício contratual; o único direito do trabalhador com o contrato suspenso será o retorno ao serviço, como sobejamento esclarecido, com respaldo na legislação.

Afastada, assim, a possibilidade de que se tenha como exercício real ou ficto o decorrente do trabalho do servidor com o contrato suspenso, ele não se enquadrará no artigo 19 do ADCT, quando exige **exercício na data da promulgação da Constituição Federal de 1988**.

Todavia, é necessário que o administrador público esteja atento ao exame das situações concretas.

É que o Poder Público tem por praxe, fora dos casos de suspensão legal do contrato de trabalho, estipular consensualmente outros que podem dar margem e interpretações distintas.

Assim, exemplificativamente, ocorrem vários casos de interrupção do contrato de trabalho (usualmente denominada de "suspensão" nos atos administrativos de afastamento de servidor), remuneradamente, e com a assecuração da contagem do tempo de afastamento, para todos os efeitos legais.

Sobejam atos de tal natureza para a realização de cursos, desempenho de funções em outros órgãos da Administração (cessão remunerada).

Além disso, o servidor do Estado e autarquias que tem o regime de previdência de base estadual (IPERGS), quando afastado, segue percebendo remuneração diretamente dos cofres públicos; não se verifica aqui, portanto, hipótese de suspensão contratual "ex lege", como ocorre com os filiados ao sistema nacional de previdência.

Respondendo, portanto, em tese, à indagação do consulente, tem-se que a suspensão do contrato de trabalho não corresponde a "exercício" para os efeitos do artigo 19 do ADCT da Carta Federal de 1988; preconiza-se, todavia, o exame caso a caso das situações que vierem a ser apresentadas ao administrador.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 28 de maio de 1990.

A SATISFAÇÃO DOS CRÉDITOS DE CARÁTER ALIMENTAR ATRAVÉS DO PRECATÓRIO

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 8375

Créditos de caráter alimentar. Condenação judicial da Fazenda Pública a satisfazê-los. O precatório como a única forma para tanto prevista pela Constituição Federal. Inteligência do art. 100 daquela Carta Política. Solução do problema à luz de nosso sistema jurídico.

Oriundo da Superintendência da Administração Financeira da Secretaria da Fazenda do Estado, vem o processo n.º 04652-08.01-CC-89 8, no qual consta solicitação de ADILES INCERTI BITENCOURT, dirigida ao Senhor Governador do Estado, relatando os seguintes fatos; ajuizou a requerente, após sua aposentadoria, reclamatória trabalhista contra o Estado perante a Junta de Conciliação e Julgamento da Cidade de Erechim-RS, para haver daquele diferenças de salários e FGTS, por não ter o mesmo satisfeito, em tempo hábil, sua obrigação.

Ouvido o Procurador do Estado que atuou no feito, este confirmou o ajuizamento da reclamatória em causa, assim como seu julgamento em favor da reclamante, o que ensejou recurso do Estado e a subsequente confirmação pelo TRT da sentença de 1.º Grau.

Esclareceu, ainda, que, após a fase de execução do julgado, foi expedido o respectivo precatório, já devidamente atendido pelo Executivo Estadual.

Posteriormente, e para atender ao ENUNCIADO 193 da SÚMULA do TST, isto é, suplementar o valor remanescente do principal da condenação, entre a data da expedição do precatório e do efetivo pagamento, foi elaborado cálculo de atualização e expedido novo precatório.

E, embora não esteja claro no requerimento da postulante, é o pagamento do valor consignado neste segundo precatório que é por ela pleiteado ao Senhor Governador do Estado.

Doutro lado, pretende também a petionária que seu crédito seja satisfeito imediatamente (seu requerimento foi protocolizado em 24 de julho de 1989, tendo aqui aportado somente no dia 19 de fevereiro transato), por tratar-

se, em suas palavras, de parcelas de caráter alimentar e, de conseqüência, não sujeitas a pagamento via precatório. O pagamento imediato, diz ela, faz-se necessário, pena de transgressão das disposições constitucionais que regulam a matéria.

Chamada a se manifestar sobre o pedido, a Contadoria e Auditoria Geral do Estado, após salientar que o fulcro da questão reside em saber se as dívidas trabalhistas incluem-se entre os créditos de natureza alimentícia, não estando, de conseqüência, sujeitas ao disposto no artigo 100 da Carta Magna da República, sugere a remessa do expediente a esta Casa, objetivando a emissão de PARECER NORMATIVO no qual fique esclarecido o que deva se entender por "créditos de natureza alimentícia"

Acatada dita sugestão, chega o processo em nossas mãos. Relatado, passamos a opinar.

1. Três são as questões que, a meu juízo, deve ser enfrentadas na presente manifestação.

2. A primeira delas é a de saber se, face ao preceituado no artigo 100 da nova Constituição Federal, o pagamento dos créditos de natureza alimentícia a serem satisfeitos pela Fazenda Pública em decorrência de condenação judicial, devem sê-lo somente através de precatório ou é possível a utilização de outro instrumento. Em caso positivo, o precatório deve ou não obedecer a ordem cronológica de sua apresentação?

Cumpra, ainda, questionar se os créditos trabalhistas são de natureza alimentar ou não.

3. O deslinde das duas primeiras indagações remete-nos à análise daquele preceito constitucional, que enuncia:

"A exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim."

Face à forma como está redigida a disposição constitucional em realce, pode-se dizer que os créditos de natureza alimentar não estão mais sujeitos a precatório?

A resposta a tal interrogante emergirá da análise do sistema vigente no País, respeito à satisfação dos créditos originários da condenação da Fazenda Pública pelo Poder Judiciário.

Discorrendo sobre a matéria, VLADIMIR SOUZA CARVALHO ("Iniciação ao Estudo do Precatório", Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, outubro e dezembro, ano 19, número 76, pág. 325 e segs.), ao apontar a origem do instituto, e a ausência, por longo tempo, de legislação que o disciplinasse, assim se manifesta:

"A omissão do legislador, ou, pelo menos, o seu silêncio sepulcral, provocou o desinteresse da doutrina sobre o impasse surgido, que não foi devidamente enfrentado. Buscou-se, então, a solução na prática forense, na base da analogia. A ela coube a tarefa

de criar o precatório, OUE A LEGISLAÇÃO MAIS TARDE ELEVOU À CATEGORIA SAGRADA DE INSTITUTO CONSTITUCIONAL. (grifei). De um jeito ou de outro, o Estado teria de pagar o seu débito. O precatório era o instrumento idealizado para tal escopo, instituto jurídico que se plasmava pela essência direta da democracia do Direito".

Ao discursar, mais adiante, sobre o momento em que o precatório deve ser expedido e, citando a lição de ORLANDO DE SOUZA, esclarece o mesmo autor:

"...o Estado se sujeita apenas à liquidação. No entanto, liquidar é tornar líquido, é dar um quantum ao líquido contido na sentença. O Estado, em verdade, se sujeita à liquidação, porque é parte processual e não tem poderes excepcionais para evitá-la, e se sujeita também à execução da mesma sentença, SÓ ATRAVÉS DA LIQUIDATION DO PRECATÓRIO" (op. cit. pág 341).

Imperioso referir, ainda, que os débitos entes públicos, seja qual for a sua natureza, têm de ser objeto de previsão orçamentária, nos termos do artigo 165 e seguintes da Constituição Federal e disposições simétricas da Estadual (art. 149 e seguintes).

Por isso mesmo que o parágrafo 1º do já citado artigo 100 é categórico, ao determinar que,

"É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte".

Noutros termos, e em vista da sistemática constitucional vigente, nenhuma despesa pode ser satisfeita pelo Poder Público, sem anterior previsão orçamentária.

Bem a propósito, é de se transcrever as considerações constantes do bem lançado PARECER n.º CS-10, da lavra ao Consultor da República ALEXANDRE CAMANHO DE ASSIS (Diário Oficial da União, 22-5-1990, seção I, pág. 9752/9753), verbis:

"De início, cabe lembrar que o precatório - presente nas Constituições brasileiras desde 1934 - é instrumento tendente a solver débitos públicos com dinheiro, visto serem impenhoráveis os bens públicos; entretanto como na República não se faz gasto estranho a quanto tenha sido previsto na lei orçamentária, anualmente elaborada (artigo 165 - III e parágrafos 5.º a 8.º da Constituição de 1988), vê-se o credor, por força de uma imposição republicana, na contingência de esperar que o débito em seu favor seja previsto na lei orçamentária - onde a soma de créditos que judicialmente se reconheceu contra a Fazenda Pública resulte em um montante fixo, como manda a Constituição (artigo 165 § 8.º), a título de bem gerir o dinheiro público.

É portanto, à base do corolário da proibição de despesa imprevista - decorrente do princípio da prestação de contas - que

se justifica a necessidade inarredável do Juiz expedir, uma vez precedente a alegação de crédito contra o Erário Público, um Precatório, que encerra o exato valor do *quantum debeatur*, para que, na conformidade das regras de elaboração das leis orçamentárias, seja ele previsto como despesa fixa para o exercício seguinte. E, como justo critério de satisfação destes débitos, tinha optado o Constituinte até então, pela regra *prior in tempore, potior in jure* é dizer, assegura-se o pagamento pela rigorosa ordem de precedência na apresentação dos precatórios, com possibilidade de seqüestro da quantia para satisfazer crédito preterido.

É óbvio, da leitura do dispositivo e atento, principalmente, a quanto reclama os princípios constitucionais da elaboração dos orçamentos — que a ressalva é feita no que diz respeito à ordem cronológica, atendendo à relevância da prestação de natureza alimentícia. Mas, claro, esta excepcionalidade não vai ao ponto de se tangenciar o princípio republicano constante já do artigo 1.º da Constituição, e no campo prático, de impor a um ente público que faça uma despesa que, por não ter sido prevista, não teve verba para si destinada — elidindo-se, dessarte, a regra fácil, curial, de que o ente público só gasta o quanto a lei orçamentária lhe permite, à conta de previsão resultante de uma notícia hábil (precatório) e temporânea (1.º de julho de cada ano, artigo 100 - § 1.º) do exato valor a ser pago ao credor.

Semelhante raciocínio — abstraído, infelizmente, em certos julzos monocráticos — é incontornável. Determinar ao ente público que pague imediatamente tal ou qual dívida, em vista de uma interpretação transversa do texto constitucional, permitiria subtrair do controle da lei o gasto público, ao tempo em que forçaria os entes de direito público a inventarem uma receita própria para tal eventualidade, já que sua despesa foi anteriormente fixada à vista de informações exatas”.

Sem razão, portanto, a requerente, quando, no petitório dirigido ao Senhor Governador do Estado, após alegar que seu crédito é de caráter alimentício e que, por isso mesmo, não está sujeito a pagamento via precatório, postula a satisfação imediata ao mesmo, independentemente da expedição daquele.

4. Quanto à segunda questão proposta, que seja, se os créditos de caráter alimentar necessitam ou não obedecer a ordem cronológica de apresentação, a resposta só pode ser em sentido afirmativo, quanto mais não seja, para resguardar o princípio da isonomia.

A dizer, seria incoerência do legislador constituinte consagrar, num dispositivo, o princípio da igualdade de todos perante a lei, e noutro, contrariá-lo, permitindo pagamentos sem obediência à ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Demais disso, pode-se constatar que o parágrafo 2.º do já citado artigo 100, está em perfeita sintonia com o acima afirmado, ao preceituar:

“As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor E EXCLUSIVAMENTE PARA O CASO DE PRETERIMENTO DE SEU DIREITO DE PRECEDÊNCIA, (grifei), o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

Como visto, a par de estabelecer o comando constitucional em relevo, providência de caráter genérico, sem impor qualquer espécie de restrição à natureza do crédito a ser satisfeito, resguarda também dita norma o princípio da isonomia, ao reafirmar a obrigatoriedade da formação de ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Face às considerações até aqui expendidas - e em que pese a péssima e trincada redação de sobredito artigo 100 - conclui-se que pretendeu aquele legislador criar duas espécies de precatórios, quer seja, os de caráter alimentar e os que não tem essa natureza, estabelecendo ordem própria para cada um deles.

5. Doutro lado, se não foi para liberar os créditos alimentares do precatório nem para elidi-los do estabelecimento de uma ordem cronológica, qual a razão determinadora da criação das duas espécies mencionadas pelo artigo 100?

No meu modo de entender e, *salva reverentia*, tal teve a finalidade de priorizar o pagamento dos créditos alimentícios em relação aos demais, em vista da necessidade de salvaguarda de valor jurídico extremamente relevante — e que se sobrepõe a outros também objeto de tutela - quer seja, o direito à sobrevivência dos respectivos credores.

Sintonizando com tal assertiva, assevera o Autor do Parecer antes mencionado:

“Sem alterar a sistemática imposta pelo princípio republicano — o da necessária fixação de despesa com débitos da Fazenda Pública na lei orçamentária — a Constituição de 5 de outubro de 1988, abriu exceção ao critério, até então absoluto, da ordem de precedência na apresentação de precatórios, priorizando o pagamento dos créditos de natureza alimentícia devidos pelas entidades de direito público”.

Após transcrever o artigo 100 de nossa Lei Maior, arremata o mesmo autor:

“De forma que à luz do artigo 100 da Constituição atual, a inovação no domínio dos débitos públicos não está na dispensa de precatórios, mas na possibilidade de inobservar a ordem cronológica da apresentação daqueles, porque se impõe sejam priorizados os créditos de natureza alimentícia”.

6. Poderia se objetar, doutro lado, que não teria sido este o espírito do legislador constitucional, ao redigir o prefalado artigo 100, da forma como o fez.

Tal objeção teria a seguinte resposta: manuseei as proposições dos constituintes em torno da matéria e pude observar que as emendas apresentadas não faziam qualquer referência aos créditos de natureza alimentícia.

A disposição constitucional de que se cogita teve sua redação final ditada por acordo de lideranças, donde criou-se, ao menos para mim, a impossibilidade de conhecer qual a **mens legislatoris** do comando normativo em causa.

7. Dos ensinamentos doutrinários trazidos a lume, mais as considerações expendidas, pode-se extrair, dentre outras as seguintes conclusões:

a) frente ao ordenamento jurídico brasileiro, o precatório, dada a sua relevância, foi elevado à categoria de instituto de direito constitucional;

b) o regime inaugurado pela nova Constituição não aboliu o precatório como forma para a satisfação de débitos decorrentes de condenação judicial da Fazenda Pública;

c) apresenta-se o mesmo como o único instrumento a ser utilizado pela Fazenda Pública para a satisfação dos débitos decorrentes de sua condenação judicial;

d) a inovação trazida pelo novo texto constitucional concerne ao estabelecimento de duas espécies de precatórios (os de natureza alimentar e os que não tem tal caráter), cada um com sua ordem própria, priorizando-se os primeiros em relação aos demais, quanto ao momento para a satisfação dos créditos neles consignados.

8. Finalmente, pretende o consultante saber se os créditos trabalhistas caracterizam-se ou não como de natureza alimentar.

Sobre o assunto o Grupo de Trabalho (do qual fez parte o signatário), constituído com o objetivo de elaborar o Decreto a que alude o artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Diploma Político da República, no Relatório que apresentou como conclusão de sua tarefa, expendeu as seguintes considerações:

“b) inoportuna e descabida qualquer tentativa de se estabelecer, em nível de norma estadual, uma conceituação do que deva ser entendido por “**crédito de natureza alimentar**”, especialmente por envolver matéria das mais polêmicas no Direito Civil pátrio. Aconselha-se que a natureza de cada crédito seja definida no âmbito do respectivo processo judicial, antes da emissão do correspondente precatório.”

E foi levando em conta as razões acima colacionadas que o Executivo Estadual, ao editar o Decreto n.º 33.155/89, omitiu qualquer referência a respeito do assunto.

À guisa de esclarecimento, não é demais lembrar que, tratando-se de inovação introduzida pelo Pacto Político de 1988, a matéria está suscitando grande controvérsia entre os estudiosos.

Entendo que, no momento, encontramos-nos a respeito, numa fase de transição.

Com efeito, em relação às ações propostas antes da promulgação do Texto em causa, não houve, por óbvio, oportunidade para suscitar-se peran-

te o Poder Judiciário a questão pertinente à natureza dos créditos objeto da condenação.

Caso neste período seja requerida a declaração do crédito como de caráter alimentar e, se assim for o mesmo definido pelo magistrado, caberá ao Órgão Fazendário, antes de liberar a verba correspondente, suscitar a questão junto à Procuradoria-Geral do Estado, para que esta possa, se for o caso, contraditar a excogitada declaração.

Quanto ao futuro, certamente vai ser requerida — e, se for o caso, contestada — no momento processualmente adequado, declaração judicial nesse sentido, de tal sorte que, ao ser expedido o competente Precatório, já estará definida pelo magistrado do feito a natureza do crédito a ser satisfeito pela Fazenda Pública.

Sintonizando com as considerações feitas, se a requerente pretende que seu crédito seja de caráter alimentar, deve postular ao Juízo competente declaração nesse sentido.

9. Cumpre, por derradeiro e a título de informação, referir que, recentemente, foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Deputado NELSON JOBIM, Projeto de Lei que tomou o n.º 4.084/89, o qual pretende disciplinar a disposição constitucional objeto de análise nesse pronunciamento.

Dito Projeto, após arrolar nos incisos I a VI de seu artigo primeiro quais créditos devem ser considerados de caráter alimentar, estabelece no dispositivo seguinte (artigo 2.º) o prazo de quinze dias a partir da citação do órgão público devedor, para sua satisfação.

Impõe, ainda, o mesmo comando, para o referido pagamento, a necessidade da observação de ordem cronológica do recebimento do mandado.

Numa rápida apreciação do aludido texto entendo que, caso venha o mesmo a se transformar em lei, esta portara os seguintes defeitos:

a) utilizando um critério casuísta para definir os créditos alimentícios, não esgotou a matéria, deixando, de conseqüência, ao Poder Judiciário, a tarefa de definir outras hipóteses ali não previstas;

b) padecerá do vício de inconstitucionalidade, ao abandonar o instrumento constitucional previsto pelo Estatuto Político colocado à disposição da Fazenda Pública para a satisfação dos débitos decorrentes de sua condenação judicial.

Demais disso, faz **tabula rasa** de todas as disposições daquele texto concernentes ao orçamento dos entes públicos, já que determina a satisfação de créditos (art. 2.º) que não foram objeto de previsão orçamentária.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 22 de junho de 1990.

NORMAS GERAIS SOBRE LICITAÇÃO

SÍLVIA LA PORTA
Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 8909

LICITAÇÃO. NORMAS GERAIS.

Decreto Federal n.º 30, de 07 de fevereiro de 1991, que regulamenta disposições do Decreto-Lei n.º 2.300 de 1986: inaplicabilidade ao Estado por não se constituírem seus preceitos em regras gerais. Ilegalidade do artigo 3.º, caput e dos incisos III, IV, V e VI do Decreto Estadual n.º 29556, de 20 de março de 1980, por conter disposição contrária à norma geral relativa à objetividade de julgamento das propostas dos licitantes.

1. O Senhor Diretor-Presidente da Cia. de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul — PROCERGS — dirige-se ao Senhor Secretário da Fazenda solicitando consulta a esta Procuradoria-Geral do Estado, nos seguintes termos:

“Tendo em vista que o Decreto Federal n.º 30, de 07.02.91, não se constitui em norma geral e, por consequência, não sendo obrigatória a sua observância no âmbito dos Estados e Municípios, qual deverá ser o critério a ser adotado pelo Estado do Rio Grande do Sul?”

Estes, os termos da consulta. E do relatório.

2. A edição pela União de normas gerais em matéria de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de Governo, é comando constitucional a teor do artigo 22, inciso XXVII da Carta de 1988.

Tal faculdade implica no reconhecimento de que os Estados-membros podem também legislar sobre esta matéria, importando, assim, sobretudo, identificar, no bojo do Decreto-Lei n.º 2.300, as normas que são gerais e as que não o são.

Este esforço doutrinário foi levado a efeito recentemente pela Dra. ALICE GONZALEZ BORGES, em obra intitulada “Normas Gerais no Estatuto de

Licitações e Contratos Administrativos'', Ed. Rev. dos Tribunais, 1991.

3. Colhendo lição da melhor doutrina nacional e estrangeira, chega a autora à conceituação de que norma geral é direito sobre direito, ou comandos genéricos e diretrizes para legislar, ou, ainda, na expressão do prof. DIOGO DE MOREIRA NETO, uma ''moldura subprincipiológica'' (em monografia intitulada Competência Concorrente Limitada. O problema da conceituação das Normas Gerais. Sergipe, 1988).

Do Ministro MOREIRA ALVES acolhe o ensinamento, proferido em voto, de que as normas gerais são preordenadas a disciplinar matéria em que o interesse público exige seja unanimemente tratado em todo o País, mantendo coesos os entes federados. (Rep. 1.150-RS, in RDA 162. Decisão do STF de 16.05.85).

Em Kelsen lê-se que são normas centrais, válidas para todo o território nacional, formando uma ordem jurídica central (Teoria General del Derecho Y del Estado, México, 1950).

E em RUY CIRNE LIMA, tem-se a lição de que as normas gerais não podem conter regras materiais de Direito Administrativo (Princípios de Direito Administrativo, POA, 1950).

4. Dentro desta grande moldura, tem-se que a medida mais correta e segura para detectar se uma norma é ou não geral está no próprio texto constitucional a ela correlato. Deste cotejo, caso a caso, pode-se levar a cabo a difícil tarefa de identificar, no texto do Decreto-Lei n.º 2.300, As normas gerais, esforço este que deve ser feito, eis que, por força do artigo 85 do Decreto-Lei n.º 2.300, dá-se sua aplicação aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Passemos, então, à análise da norma regulamentadora federal, objeto da consulta.

5. O Decreto n.º 30 é fruto da competência privativa do Chefe do Executivo Federal para expedir decretos regulamentadores ''para a fiel execução da lei'', a teor do artigo 84, inciso IV da Constituição da República.

Rigorosamente, portanto, seus preceitos não se constituem em normas gerais, estas emitidas pela União, privativamente, ao legislar, como o diz o caput do artigo 22 da Carta da República.

6. O regulamento é um ato de caráter normativo, de efeitos genéricos e, neste particular, é semelhante à lei material. ''Ele se preordena à regulação de um número imprevisível de situações'', e ''no seu aspecto material, na particularidade do caráter genérico e abstrato de suas disposições, a lei e o regulamento se assemelham'', nas palavras de CELSO RIBEIRO BASTOS, em Curso de Direito Constitucional, 3.ª ed. Ed. Saraiva, p. 175.

É dentro desta compreensão, de similaridade material, que poder-se-ia admitir que o decreto regulamentar de norma geral passasse a ter o mesmo caráter da norma regulamentada.

Já na posição perfilada por PONTES DE MIRANDA, ''o regulamento é proposta de interpretação ou conjunto de normas de direito formal administrativo'', ou ''o regulamento não é mais do que auxiliar das leis'', sendo seu poder não mais, intrinsecamente, ''do que o do intérprete doutrinário'', con-

forme registrado em seus Comentários à Constituição de 1967, Tomo III, p. 312 e seguintes.

Poder-se-ia admitir que uma norma regulamentadora, quando viesse a dar operacionalidade ao conceito geral, abstrato e universal da norma geral, venha a integrá-lo, para fins de inteligência (ou de ''interpretação'', como prefere PONTES), mas tal não a tornaria norma geral, segundo as concepções esposadas acima.

7. Dá-se que, mesmo dentro deste raciocínio, os artigos do Decreto n.º 30, de n.ºs 2.º, 3.º, 9.º, 10 e 11 indubitavelmente não se referem a preceitos gerais do Decreto-Lei n.º 2.300 e, sim, a regras de clara natureza administrativa, de organização interna dos órgãos e entidades licitantes, muito distante de regramento geral.

8. Os artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º explicitam os tipos licitatórios previstos no artigo 37 e incisos, do Estatuto das Licitações.

Reza o caput do artigo 37:

''O julgamento das propostas será **objetivo**, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e os fatores exclusivamente nele referidos.''

Esta regra consubstancia uma *norma geral* para efetivação do princípio constitucional da objetividade e isonomia no tratamento dos licitantes, a teor do artigo 37, inciso XXI da Carta Federal, bem como contém uma sintonia com outra norma geral do mesmo Decreto-Lei 2.300, qual seja, a do artigo 3.º que diz:

''A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do **julgamento objetivo** e dos que lhe são correlatos.''

Se o preceito do ''caput'' do artigo 37 **deve** ser considerado norma geral, o mesmo não pode ser dito com a mesma segurança relativamente aos seus incisos, onde estão elencados os tipos de licitação. Poder-se-ia mesmo admitir que os Estados e Municípios acrescentassem novos tipos licitatórios, cuja existência não macularia o caráter **objetivo** dos julgamentos. Vê-se que, mantido o princípio da norma geral, seu desdobramento não implica em caráter de generalidade, a não ser até o preciso ponto em que o princípio não seja violado. Trata-se, na verdade, de ter o norte, sempre, nos princípios consagrados constitucionalmente, e, para isto, ter-se-á em mente a leitura detida do artigo 37, ''caput'' e inciso XXI do texto da Lei Maior.

9. Assim, também os artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º do Decreto n.º 30 não são referidos a normas gerais, bem como os artigos 8.º e 12. O artigo 12 confere competência ao Secretário da Administração Federal para fixar os valores de que tratam os artigos 16, 21, 22, 52 e 64 do Decreto-Lei n.º 2.300, matéria inaplicável aos Estados.

O artigo 8.º diz que ''as cláusulas que estabeleçam reajustamento de preços só poderão ser incluídas nos contratos se houverem sido previstas nos

respectivos editais. Ora, esta previsão consta duplamente no Decreto-Lei 2.300, a saber, o artigo 32, inciso IV e artigo 45, inciso III, razão para tê-la como totalmente ociosa no texto do decreto regulamentar federal. O Estado fica obrigado, isto sim, a obedecer a norma geral contida nestes artigos pré-citados do Estatuto, porque são regras que corporificam princípios pertinentes aos contratos administrativos, bem como de gestão patrimonial pública. (Constituição Federal, artigo 167, I e II).

Assim, relativamente às disposições do Decreto n.º 30, vigoram as normas estaduais já existentes, eis que não foram afastadas com a publicação do texto regulamentar.

10. Tratando, agora, especificamente, de uma das normas estaduais em vigor, a saber, o Decreto n.º 29.556, de 20 de março de 1980, que dispõe sobre licitação e contratos relativos a obras e serviços de engenharia, em particular o disposto no artigo 3.º, "caput" e inciso III, IV, V e VI, que instituem a figura do desvio padrão, entendemos que não pode prevalecer face à norma geral do artigo 37, "caput" do Decreto-Lei n.º 2.300.

11. Pela perspectiva presentemente desenvolvida, a partir do entendimento de que os Estados-membros estão obrigados à observância das normas gerais editadas pela União e que o critério de **juízo objetivo** das propostas é norma geral, não se pode admitir a validade de disposição estadual que conflite com este preceito geral: impõe-se sua revogação.

12. O Decreto Estadual n.º 29.556, de 20 de março de 1980, no "caput" artigo 3.º, estabelece que a classificação das propostas dos licitantes habilitados será efetuada em função da média básica. Ora, o critério de média básica, ainda que previamente estabelecido em abstrato no ato convocatório da licitação, somente se concretiza depois da abertura das propostas, até mesmo porque é calculada a partir dessas, e, com isso, fere frontalmente a regra de que "o juízo objetivo das propostas será objetivo".

De fato, os cálculos, tanto da média básica (Mb), em função da qual se faz a classificação das propostas dos licitantes habilitados, quando do resultante desvio padrão (), conforme o artigo 3.º do Decreto n.º 29.556, se faz através de fórmulas próprias, onde um elemento, denominado P_i , é igual ao valor das propostas cujos totais estiverem entre 0,9 e 1,2 vezes o preço orçado (Po), ou ainda entre 0,85 e 1,35 vezes, especificamente quanto aos serviços de recuperação e conservação de edificações, mais o próprio preço orçado (Po). Vale dizer, no procedimento licitatório em questão, o único elemento conhecido antes da abertura das propostas é o preço orçado (Po), que exprime o valor global da obra ou serviço elaborado pelo órgão licitante, desde logo alcançado aos interessados, quando já não houver sido divulgado no edital.

13. Assim sendo, tanto a média básica quanto o desvio padrão, os efetivos critérios de juízo objetivo das propostas, somente serão conhecidos depois da abertura das mesmas, pois que são exatamente os valores dessas propostas que, integrando o cálculo do P_i , possibilitam o estabelecimento do intervalo de classificação dos licitantes e a escolha do melhor classificado, por apresentar o menor valor dentro do sobredito intervalo entre a média básica mais ou menos o desvio padrão.

Ora, parece claro que afronta o princípio básico do julgamento objetivo, cristalizado em norma geral, o procedimento licitatório em que o critério último de classificação das propostas, e depois de eleição da vencedora, se construa a partir das próprias propostas, e, por isso, tão somente depois de sua abertura. Inequivocamente está franqueada, ou melhor, facilitada, a possibilidade de falseamento do certame, por previa avença entre os licitantes.

14. Por certo sabe-se, sob pena de ingenuidade indesculpável do administrador, que é praticamente inafastável a possibilidade de manipulação das licitações, por conluio entre os concorrentes, sobretudo quando se trata de obras e serviços em que as empresas interessadas constituam pequeno grupo, em setor de maior especialização. Não por outra razão tem a imprensa noticiado o virtual "loteamento" de obras públicas federais e estaduais entre as grandes empreiteiras, nacionais ou locais, pela divulgação dos resultados de concorrências, antes do julgamento das propostas e, depois, confirmados.

15. Na hipótese do Decreto ora em exame, no entanto, a situação parece-nos muito mais grave, porquanto a possibilidade de manipulação pelo prévio acerto entre licitantes foi sobremodo facilitada, ao se incluir na fórmula de cálculo dos critérios de julgamento as próprias propostas dos concorrentes. O procedimento agrava em muito a inafastável possibilidade de fraude nos certames concorrenciais, ao ponto de ser incompatível com a norma geral sobre a matéria, na medida em que não se pode ter por confiável, para efeito de julgamento objetivo, a sistemática de classificação dos licitantes em função da média básica, no intervalo definido para mais e para menos pelo desvio padrão, tal como estabelecido no Decreto Estadual n.º 29.556, de 20 de março de 1980.

Aliás, o Parecer n.º 7754, desta Casa, da lavra da Procuradora do Estado ora signatária, já havia verberado o mencionado Decreto Estadual, e inclusive proposta a sua revogação imediata, sob fundamento de sua lesividade ao interesse público. Ali se demonstra à saciedade que, na maior parte dos casos, o procedimento de cálculo tendia a aproximar a média básica — e, por consequência, o limite superior do intervalo definido pelo acréscimo do desvio padrão — ao limite superior do intervalo calculado com base no preço orçado (Po), em distorção manifestamente onerosa para o erário público. Embora não perquirido, e por isso mesmo não houvesse restado provado, não é irrazoável pressupor que a distorção verificada, tal era a sua constância, bem poderia ser debitada à prática corrente de prévios acertos entre alguns dos licitantes habituais.

16. Assim sendo, quer parecer que restam ilesas, do Decreto Estadual n.º 29.556, além dos artigos 1.º, 2.º, 4.º e 5.º, as regras constantes do artigo 3.º, "caput" o que não diga respeito ao critério da média básica, e seus incisos I, II e VII. Os incisos restantes do mesmo artigo 3.º são incompatíveis com o princípio básico do julgamento objetivo nas licitações, firmado por norma geral do Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986. Melhor seria, por tudo isso, que de imediato se revogasse o Decreto n.º 29.556, substituindo-o por melhor norma, ou simplesmente recebendo o critério trazido pelo artigo 7.º do Decreto Federal n.º 30, de 07 de fevereiro de 1991, se houver por bem o administrador estadual de não ficar jungido aos limites mínimo e

máximo de preços ainda constantes dos incisos I e II do artigo 3º do Decreto Estadual n.º 29.556, ressalvados na sua higidez pela compatibilidade com as normas gerais sobre a matéria.

17. Em síntese, não se aplica ao Estado o Decreto Federal n.º 30, de 07 de fevereiro de 1991.

Quanto ao Decreto Estadual n.º 29.556, de 20 de março de 1980, tornaram-se **inaplicáveis**, tanto o critério de classificação das propostas dos licitantes habilitados em função da média básica, quanto o procedimento estabelecido nos incisos III e VI do seu artigo 3º, por afronta ao princípio básico do julgamento objetivo nas licitações.

É nosso parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 06 de setembro de 1991.

A LEI DA CONTAGEM RECÍPROCA E A NOVA CONSTITUIÇÃO

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

PARECER N.º 9.323

Lei RS n.º 7.057, de 30 de dezembro de 1976
(contagem recíproca do tempo de serviço).
Compatibilidade com a Constituição Federal
de 1988: artigo 202, § 2º.
Pareceres n.ºs 7.850/89-PGE e 8.305/90-PGE.

O Senhor SECRETÁRIO DE ESTADO DA AGRICULTURA E ABASTECIMENTO formula consulta a esta Procuradoria-Geral do Estado sobre a manutenção da orientação firmada pela Procuradoria-Geral do Estado, nos Pareceres n.ºs 7.850/89-PGE e n.º 8.305/90-PGE, em face do artigo 202, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, que trata da contagem recíproca de tempo de serviço público e privado.

É feita referência ao Parecer n.º 76/91 do Colendo Tribunal de Contas do Estado, o qual em síntese, conclui que a) o artigo 202, parágrafo 2º, da Constituição Federal é auto-aplicável; b) que o direito à contagem recíproca não comporta restrições e c) que o artigo 2º, item II, da Lei RS n.º 7.057/76 perdeu a vigência com a promulgação da Constituição da República em 05 de outubro de 1988.

É o relatório.

1. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o seu artigo 202, parágrafo 2º, trouxe a seguinte regra:

“Art. 202 —

.....
Parágrafo 2º — Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critério estabelecidos em lei”.

Em um primeiro momento, passaram os intérpretes a cogitar sobre a continuidade da vigência da legislação, fosse de que esfera fosse, que tratasse do tema da contagem recíproca.

Em especial, foi cogitada a possibilidade da aplicação da Lei (federal) n.º 6.226, de 14 de junho de 1975 e sua alteração, que dispõe sobre a contagem recíproca de tempo de serviço público federal e de atividade privada, para efeito de aposentadoria.

No entanto, já os primeiros comentaristas do texto nacional faziam anotar a manutenção, em vigor, da Lei (federal) n.º 6.226.

Disse HELY LOPES MEIRELLES que "o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade (art. 40, parágrafo 3.º), computando-se, ainda, o tempo de atividade privada, nos termos e para os fins indicados na Lei n.º 6.226, de 14.07.75, alterada pela Lei n.º 6.864, de 1.º.12.80, até que seja modificada" (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 1989, p. 386 — grifei).

O ilustre administrativista pátrio, há pouco falecido, deixou claramente registrado, no excerto transcrito, duas posições: primeiro, a legislação da contagem recíproca (no caso, a federal) permanece em vigor; segundo, os seus "termos", aqui compreendidos como pressupostos, condições, enfim, todo o contexto remanesce intocados frente ao sistema da Carta Federal, até que advenha nova regulamentação legal da matéria.

Quanto a JOSÉ AFONSO DA SILVA, na obra "Curso de Direito Constitucional Positivo", RT, p. 581, explica que "apenas para a aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os sistemas de previdência social envolvidos se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei (art. 202, § 2.º)".

E é preciso, outrossim, que se tenha presente que o artigo 1.º da Lei Federal referida autoriza a contagem recíproca do tempo de serviço em atividade vinculada ao regime da Lei (federal) n.º 3.807, de 28 de agosto de 1960, e legislação subsequente, desde que o funcionário público civil de órgãos da Administração Federal Direta e das Autarquias Federais tenha completado cinco anos de efetivo exercício.

Isso significa que a contagem recíproca admitida pela Lei n.º 6.226 não é ilimitada; pelo contrário, ela é limitada pela condição acima reportada (cinco anos de efetivo exercício do funcionário).

Note-se que a doutrina administrativa, ao se inclinar pela vigência da Lei n.º 6.226, após a promulgação da Constituição de 1988, não fez nenhuma ressalva quanto à legalidade ou ilegalidade da manutenção da condição temporal.

Pois bem.

2. No caso da lei de contagem recíproca estadual — a Lei n.º 7.057, de 30 de dezembro de 1976, quando editada, teve contestadores quanto ao limite de tempo de serviço prestado às entidades públicas, isto é, a condicionante de seu artigo 2.º, item II, que exara:

"Art. 2.º — O tempo a que se refere o artigo anterior será computado, de acordo com as normas federais pertinentes, observado também o seguinte:

.....

II — não será levado em consideração o tempo de atividade que exceder ao tempo de efetivo serviço público;

.....
A matéria foi levada a juízo, no Mandado de Segurança n.º 500411673, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

"FUNCIONALISMO. APOSENTADORIA. LEIS DE RECIPROCIDADE DE TEMPO DE SERVIÇO.

Por não integrante a contagem recíproca de tempo de serviço público e de atividade privada de nenhum princípio constitucional que o Estado estivesse obrigado a respeitar, cuidando a matéria administrativa sobre servidor e regime jurídico remanescente em competência residual, podia o Estado legislar plenamente, adotando o novo benefício criado, mas amoldando-o às suas conveniências e recursos de ordem financeira. Ademais, a Lei Federal de n.º 6.864/80 nada mais objetivou do que ser um modelo para legislações estaduais e municipais, desde que estes a adotassem mediante legislação própria, com o que facilitaria a extensão também aos trabalhadores de empresas privadas que tivessem tempo de serviço público. Dispondo para o futuro, não podia a lei federal obrigar o Estado, em competência legiferante, independente e residual, a adaptar-se às normas de sua anterior lei. Vigência plena do inc. II do art. 2.º da Lei n.º 7.057/76 do Estado, não revogado pela Lei Federal n.º 6.864/80. Writ denegado."

A tese veio a ser confirmada na Apelação Cível n.º 589027233, com decisão no seguinte sentido:

"APOSENTADORIA IPERGS.

Empregado contratado pela CLT.

Aplicação da Lei n.º 7.057/76. Contagem recíproca de tempo de serviço prestado a entidades privadas (contribuição ao INPS, 25 anos) e ao IPE (7 anos). Limite de tempo de serviço, segundo aquele prestado ao ente público. Competência estadual para legislar e definir os limites da contagem recíproca. Precedente: mandado de segurança n.º 500411673, unânime, do órgão Especial. Improveram." (RJTJRGs v. 116/334) Grifei.

Firme estava, pois, a orientação administrativa do Estado, afinada com as manifestações da jurisprudência dos pretórios.

3. A questão, como dito, somente voltou à tona com a promulgação da Constituição da República de 1988, por força do transcrito § 2.º do artigo 202.

Na esfera administrativa, a espécie foi examinada no Parecer n.º 7.850/89-PGE da eminente Procuradora do Estado ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH e ratificado no Parecer n.º 8.305/90-PGE, da ilustre Procuradora do Estado ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS.

Na oportunidade, foi assegurado que, quando o artigo 202, parágrafo 2.º, parte final, inscreve a expressão "segundo critérios estabelecidos em lei" ..., enquanto não criados pelo legislador novos critérios para a efetiva implantação da compensação financeira, o direito do funcionário público pre-

visto na lei estadual não pode deixar de ser concedido, desde que satisfeitos, é claro, os requisitos legais" (xerox incluso).

A Lei RS n.º 7.057, portanto, sob tal ótica, vigora tal como está, e assim permanecerá, até que sobrevenha alteração legislativa que implante critérios de compensação mútua da utilização da contagem recíproca.

Entrementes é lançado pronunciamento do Colendo Tribunal de Contas do Estado, Parecer n.º 76/91, onde o Auditor LUIZ ALBERTO RODRIGUES entendeu ser auto-aplicável o parágrafo 2.º do artigo 202 da Constituição Federal, que asseguraria "direito subjetivo individual".

Esse entendimento foi acolhido pelo C. Tribunal Pleno, sessão de 19.09.91, que o adotou como orientação permanente.

A vingar tal tese, a Administração Pública, apenas pela incidência do parágrafo 2.º do artigo 202 da Constituição Federal de 1988, independentemente de quaisquer condicionantes, estaria constrangida a aceitar, "ad argumentandum", a integralidade do tempo de serviço privado (eventualmente trinta anos para mulher e trinta e cinco para homem), na concessão de aposentadoria voluntária, bastando unicamente a existência de relação funcional por ocasião do pedido de aposentadoria.

No que se relaciona com o aspecto da "compensação financeira" pelo dispêndio dos proventos — esse ficaria a critério do legislador federal — se e quando se dispusesse a tanto.

Isto tudo ainda abstraída a circunstância de que o Estado arca com proventos integrais na inatividade, ao passo que a previdência federal tem metodologia própria para o cálculo do mesmo benefício, mas cujo resultado final é de longe diferente.

Observe-se, ademais, ainda no texto da Constituição Federal, que a seguridade social tem, entre outros objetivos, o da equidade na forma de participação do custeio (artigo 194, item V); outrossim, nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser concedido ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio total (artigo 195, parágrafo 5.º).

Se for dada ao parágrafo 2.º do artigo 202 da Constituição Federal interpretação pela qual a contagem recíproca assegura, desde logo, "direito subjetivo individual", o Estado, na concessão de aposentadoria com mero aceno de tal possibilidade, não terá modo de repassar equitativamente o custeio do benefício, nem terá fonte de custeio vinculada a tal dispêndio com a seguridade social, restando descumpridos, portanto, os dois preceitos referidos no parágrafo anterior.

Destarte, quando o parágrafo 2.º do artigo 202 da Constituição Federal de 1988, na parte final, contém a sentença "segundo critérios estabelecidos em lei", não significa, unicamente, que, no futuro, os sistemas se compen-sarão em forma a ser desenhada, mas que toda a modalidade de contagem recíproca de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, como principiologia, inclusive o aspecto da compensação financeira dos encargos, serão redefinidos por critérios legais.

Até a redefinição legislativa, permanecem vigorantes, em seus termos, condições e fins, as leis de contagem recíproca, quer federais, quer a Lei Estadual n.º 7.057, com a condição do item II do seu artigo 2.º.

Recentemente, apreciando o Mandado de Segurança n.º 590067930, o 1.º Grupo de Câmara Cíveis de Porto Alegre, à unanimidade, nas palavras do seu eminente Relator Desembargador IVO GABRIEL DA CUNHA, assim manifestou:

"Desta maneira, enquanto que a contagem do tempo de serviço público (federal, estadual e municipal) é integral para efeito de aposentadoria, a contagem recíproca daquele tempo com o de serviço privado é de ser feita nos termos em que definida a compensação por lei ordinária. Naturalmente, pretendendo o impetrante a inativação a cargo do erário estadual, dita lei ordinária é a lei estadual.

No Rio Grande do Sul, a norma promana da Lei n.º 7.057, já citada, de 1976, que admite a contagem recíproca do tempo tanto por tanto, isto é, para cada ano de serviço público um ano de serviço privado. Isso significa que, no máximo, em se tratando de inativação aos 30 anos de serviço, seriam computados 15 anos de atividade não pública.

.....
Não há, a meu ver, ilegalidade ou inconstitucionalidade alguma no regramento estadual.

É a Lei n.º 7.057 compatível com o texto do artigo 202, parágrafo 2.º, da Carta Magna, não o contraditando em ponto algum.

.....
Não há alteração em virtude do advento da Carta de 1988 que, no que interessa, não modificou o sistema da contagem recíproca já anteriormente admitido. Antes, inexistia norma constitucional expressa de segurança do direito à contagem recíproca. Agora há, mas nos termos da Lei.

Preenchido pelo Estado o requisito, pois dispõe da norma legislativa que não contraria dispositivo da Constituição nova, vai o diploma estadual recepcionado pelo direito constitucional novo, como é de doutrina tradicional." (grifei).

Registre-se, ademais, que, em abril de 1992, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, na ação direta de inconstitucionalidade apresentada pelo Governo do Estado de Goiás, deferiu medida liminar para obstar a aplicação do artigo 97, parágrafo 3.º, da Constituição do Estado, na parte em que autorizava a contagem integral, para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, do tempo de "atividade privada".

A votação foi unânime na Suprema Corte.

EM CONCLUSÃO, RATIFICO os Pareceres nºs 7.850/89-PGE e 8.805/90-PGE, por seus fundamentos, como orientação administrativa do Estado, no trato da questão da contagem recíproca que, nesse passo, é coincidente com decisão do Poder Judiciário Estadual, e com manifestação do Supremo Tribunal Federal, em medida liminar.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 1.º de julho de 1992.

A AMPLA DEFESA NA SINDICÂNCIA

MAURICIO A. MORAES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 8.931

SINDICÂNCIA.

Procedimento que serve de base para punições (sindicância autônoma) deve observar o disposto na Constituição Federal (art. 5.º, LV). Ampla defesa e contraditório.

Por ato do Senhor SECRETÁRIO DA JUSTIÇA, e com base em sindicância, seis (6) servidores da SUSEPE — Superintendência dos Serviços Penitenciários — foram punidos com pena de suspensão (11 dias).

Dois dos punidos tempestivamente recorreram da punição, em pedido de reconsideração, no qual solicitavam que, mantida a decisão, fosse a inconformidade encaminhada ao Senhor Governador do Estado. Nas razões de recurso, um dos recorrentes, além de propugnar pela sua inocência quanto às acusações que ocasionaram a sua punição, observa que na sindicância não foi cumprido o disposto no artigo 5.º, LV da Constituição Federal.

PROCESSO N.º 10.698-12.04-SUSEPE

Mantidas as punições e encaminhados os dois pedidos — que se encontram em processos apensados — à Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos, foi exarada informação sugerindo a anulação das duas punições, por descumprimento do dispositivo constitucional mencionado no recurso.

Tendo em vista a complexidade da matéria, a eminente Coordenadora da Unidade de Assessoramento Jurídico daquele órgão sugeriu a manifestação da Procuradoria-Geral do Estado, sugestão que foi acolhida.

É o relatório.

Os dois recursos são tempestivos, e cabíveis como recurso hierárquico ao Governador do Estado.

Também entendo que houve descumprimento a dispositivo constitucional.

Realmente, estabelece a carta federal no inciso LV do seu artigo 5.º

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Conseqüentemente, antes de ser punido com base em processo administrativo, o servidor tem direito de contraditar as acusações que lhe são asacadas, bem como de se defender da maneira mais ampla possível, inclusive através do advogado, apresentando razões e as provas que lhe parecerem convenientes à defesa.

Não se diga que a garantia constitucional só existe no processo administrativo propriamente dito, não abrangendo outros procedimentos. Qualquer procedimento administrativo destinado a servir de suporte à punição de servidor — por menor que seja a pena — tem que obedecer ao já referido dispositivo constitucional. Exemplificando: se a sindicância — tipo de procedimento administrativo — for necessária para a aplicação de alguma pena, como prevêem vários estatutos funcionais, independentemente do processo administrativo-disciplinar, incide o artigo 5.º, LV, da Constituição. Entretanto, se a sindicância for mero procedimento preparatório do processo administrativo, não é necessária a observância daquele dispositivo.

No Parecer n.º 8.794/91, o eminente Procurador do Estado LUIZ CARLOS SOUZA LEAL examinou de maneira perfeita e exaustiva a questão, demonstrando, com o apoio, entre outros, em HELY LOPES MEIRELLES e CELSO RIBEIRO BASTOS, que as garantias do Contraditório e da Ampla Defesa “*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*”. Na mesma linha, também DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (Curso de Direito Administrativo, 7.º ed., Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 264).

Nas hipóteses examinadas, houve evidente descumprimento do mandamento constitucional, eis que os servidores só puderam manifestar-se após serem punidos, quando apresentaram os seus recursos.

Processo administrativo — no caso, sindicância autônoma, como ensina o Parecer n.º 8.794 — onde não foi exercido na sua plenitude o direito de defesa, é nulo, na lição de HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 14.º ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 585), citando vasta jurisprudência judicial.

ANTE O EXPOSTO, entendo, como a Subchefia da Casa Civil, que deve ser declarada a nulidade das sindicâncias, e sem efeito as punições aplicadas.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 18 de setembro de 1991.

INDENIZAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS AO ESTADO COM AUTORIZAÇÃO DE SERVIDOR

TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 9042

Solicitação de reajuste de preço referente ao trimestre set./nov. 1990 por empresa prestadora de serviços com base no Convênio SUDS-SSMA.

Quase-contrato no Direito administrativo. Princípio do enriquecimento sem causa. Responsabilidade do servidor público.

A LAVANDERIA DRY CLEANING LTDA. firmou contrato de serviço de lavagem de roupas prestado nos postos de Atendimento Médico de Porto Alegre e da Grande Porto Alegre. O ajuste tomou o n.º 27/88 (não consta no expediente o termo respectivo), cujo prazo encerrou-se em 14-9-90, conforme Termo Aditivo (fls. 100 a 102) assinado em 10-8-89 entre o Estado, através da SSMA, na qualidade de sucessor do INAMPS, e a citada empresa.

Em 27-3-90 o Diretor Administrativo Adjunto da SSMA, Serviço de Convênios e Contratos, revogou unilateralmente a rescisão unilateral constante do Termo Aditivo assinado em 05-02-90, em conseqüência do que continuou vigorando o contrato celebrado em 15-10-88 entre as partes citadas (fls. 98 e 99).

Findo o prazo contratual, por insuficiência de recursos para que se realizasse procedimento licitatório, em tempo hábil, logo após o término do prazo, a empresa foi autorizada, verbalmente, a continuar prestando os serviços, sendo que até o momento não foi expedido qualquer documento autorizando a prestação dos serviços e a cobrança. Tal informação foi prestada pelo Diretor Administrativo da SSMA (fls. 103 e 105).

A empresa contratada anexou notas fiscais e faturas para cobrança, datadas de janeiro de 1991, com valores especificados.

Em 03-04-91 o Diretor Administrativo encaminha ao Diretor Financeiro da SSMA solicitação quanto à possibilidade de assegurar recursos para dar cobertura às despesas em pauta (fl. 103). Em resposta disse ele haver disponibilidade financeira, mas que não efetuará o pagamento, a não ser quando fossem atendidos todos os preceitos legais (fl. 104).

Retornando o expediente ao Diretor Administrativo da SSMA, justifica ele a dispensa de licitação, com embasamento no Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 22, inciso IV, por haver insuficiência de recursos para realização do procedimento licitatório e impossibilidade de suspender os serviços (fl. 105).

Em 02-8-91 a Assessoria Jurídica encaminha informação sobre o assunto.

Em 24-9-91 o expediente é distribuído na PGE (fl. 108).

É anexada cópia de reportagem publicada no jornal Zero Hora, em 25-9-91, onde se expõe:

a) O proprietário da Lavanderia retém quase dois mil quilos de roupa na lavanderia por falta de pagamento da dívida;

b) após contato com a SSMA essa informou que o novo Governo disse não pagar dívidas do antigo governo;

c) o processo se encontra na PGE para Parecer, já que a Lavanderia trabalhava sem um contrato, justificando a SSMA que sem contrato não há como prestar contas ao TCE;

d) o proprietário da Lavanderia diz que agora vão prestar contas é na Justiça (fl. 110).

É o relatório.

A ilustrada Assessora Jurídica da SSMA, Dra. MARIA ECILDA FREITAS LEMOS, se manifesta com propriedade em modo assim resumido:

I — A inexistência de recursos financeiros não poderia ensejar a autorização da prestação dos serviços agora cobrados e muito menos oportunizar autorização verbal.

II — O Estado não pode se locupletar com os serviços prestados, o que não elide a investigação da responsabilidade pelo ocorrido.

III — É oportuna a prévia manifestação da PGE sobre o impasse, com urgência, no intuito de prevenir o aumento da dívida do Estado (fls. 106 e 107).

Os manuais de Direito Administrativo no Brasil em geral não fazem qualquer referência à figura do quase-contrato. José Cretella Júnior escreveu artigo a respeito, mas partindo da análise dos civilistas. Na determinação das fontes das obrigações no direito clássico se costuma atribuir a GAIO a referência a obrigação "quasi ex contractu" (frag. 5, Digesto-44-7). Seria uma subcategoria das obrigações com diversas causas, cuja classificação se encontra nas Institutas de JUSTINIANO III, 27, IV, 1.

Observa ORLANDO GOMES não haver "em nosso Direito preceito geral a respeito do enriquecimento sem causa, como nos Códigos alemão, austríaco, suíço, japonês, soviético e mexicano" ('in' 'Obrigações', Forense, Rio, 3.ª ed., 1972, p. 289).

Escreve esse autor: "A superioridade do Código alemão, ao firmar um princípio geral, reside precisamente em ter compreendido que todas as 'condictiones' do Direito romano podem resumir-se à 'condictio sine causa'" (ob. cit., loc. cit.).

Na realidade, enquanto princípio, o do enriquecimento sem causa sobrepára ao Direito Civil e ao administrativo do Brasil 'nas situações a que a lei empresta eficácia constitutiva de específico dever de prestar'. Enfatiza o

ilustre jurista: "São necessários os seguintes elementos: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexó de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a falta de causa ou causa injusta" (ob. cit., loc. cit.).

Os princípios, como ensina AGUSTIN GORDILLO, estão acima das normas jurídicas. A dificuldade está em filtrá-los no ordenamento jurídico através da interpretação.

Assim, se o Estado admite a prestação de serviços sem o contrato necessário, não se pode furtar ao pagamento respectivo, sob pena de enriquecer à custa de particulares. Mas deve ficar claro que o agente administrativo autorizou, ainda que tacitamente, a prestação do serviço ou a realização da obra. Ao dever de pagar se une o poder-dever de apurar responsabilidade do servidor faltoso.

Comentando o art. 22, IV, do Estatuto das Licitações, HELY LOPES MEIRELLES aponta exemplos de casos de emergência: "Rompimento do conduto de água que abastece a cidade; a queda de uma ponte essencial para o transporte coletivo; a ocorrência de um surto epidêmico; a quebra de máquinas ou equipamentos que paralise ou retarde o serviço público" ('in' 'Licitação e Contrato Administrativo', RT, SP, 9.ª ed., 1988, p. 97). Muito longe dessas hipóteses está a de uma pretensa falta de verba para licitar. Além disso a emergência diz respeito a admissão temporária de serviços, sendo essencial o traço da transitoriedade. Vencida a causa excepcional, impõe-se ao administrador o dever de licitar.³

O Poder Judiciário é mais rígido do que pensa o ingênuo proprietário que se manifesta no Jornal Zero Hora. Na apelação cível n.º 591017215, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, afirma o Relator, Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS:

"Efetivamente a autora, firma acostumada a contratar com o Estado, tinha que saber, como disse o magistrado, haver licitação, de haver contrato. Não pode querer fazer serviço e, depois, simplesmente cobrar. Então seria fácil; qualquer um sairia praticando o serviço em favor do Estado, depois cobraria, forçando um contrato com o Estado. E não consta que o Estado tenha exigido o pedido."

No mesmo julgamento assevera o Des. IVO GABRIEL DA CUNHA: "Em tese seria até considerável uma ação indenizatória, mas jamais a de declaração, porque não há o que declarar, não há relação jurídica".

Os reajustes pretendidos pela empresa Dry Cleaning Lavanderias Ltda., segundo ela alega, têm base em Nota Técnica n.º 19/89. Essa não se encontra no processo, cabendo ao administrador aferir de sua pertinência.

Em conclusão afirma-se o dever de indenizar a empresa pelos serviços prestados com autorização verbal do servidor público, obedecendo o pagamento às regras e critérios constantes do contrato original e termos aditivos.

Enfatiza-se o dever-poder de o Estado apurar responsabilidade funcional e civil dos agentes que agiram em desacordo com o Estatuto das Licitações (Decreto-Lei n.º 2.300/86). Diga-se, ainda, não haver indício de má-fé

da empresa prestadora dos serviços, uma vez que o dever indenizatório se submete ao princípio da boa-fé.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 17 de dezembro de 1991.

ATUALIZAÇÃO DO VALOR DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS DEVIDAS PELA ADMINISTRAÇÃO A SEUS SERVIDORES

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 9.319

Atualização do valor das obrigações pecuniárias do Estado, das Autarquias e das Fundações Públicas para com seus servidores, ativos ou inativos, e seus pensionistas não cumpridas até o último dia do mês de aquisição do direito. Exegese dos artigos 36 e 35 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Vem ao exame desta Procuradoria-Geral do Estado consulta da Secretaria da Fazenda acerca da aplicabilidade do artigo 36 da Constituição do Estado.

É, sucintamente, o relatório.

2. Dispõe a Carta Estadual:

“Art. 36 — As obrigações pecuniárias dos órgãos da administração direta e indireta para com os seus servidores ativos e inativos ou pensionistas não cumpridas até o último dia do mês da aquisição do direito deverão ser liquidadas com valores atualizados pelos índices aplicados para a revisão geral da remuneração dos servidores públicos do Estado”.

Institui a norma o direito à atualização das dívidas do Estado para com seus servidores ativos ou inativos, e pensionistas, contraídos em razão da relação funcional da qual decorrem, imediata, ou mediata, como ocorre relativamente às pensões.

No âmbito de sua competência, criou a Carta Estadual uma regra nova, de cunho jurídico-administrativo, destinada a reger as relações jurídicas de tal natureza. E criou um direito novo, por tê-lo enunciado expressamente, propiciando seu surgimento no patrimônio jurídico de seus destinatários a partir da promulgação da Carta, e de acordo com critérios que lhe são absolutamente peculiares.

São destinatários do direito todos os servidores públicos civis do Estado, inclusive das autarquias e das fundações públicas, eis que o dispositivo se encontra inserido na seção referente aos servidores públicos civis, cujo artigo 30 faz compreender como sendo aqueles que se sujeitam a regime estatutário. Ademais destes, por força de sua expressa determinação são também beneficiários da regra os pensionistas.

Conseqüentemente, as obrigações pecuniárias a que se refere o dispositivo são aquelas que derivam da relação jurídica havida entre a Administração Pública, de um lado, e o servidor, enquanto servidor e, por tal qualidade, credor ou o pensionista, porque e enquanto pensionista, de outro.

De outra parte, — como toda regra jurídica — contém o comando do artigo 36 da Constituição do Estado uma hipótese de incidência, ou como preferia PONTES DE MIRANDA, um suporte fático abstrato, que, no caso, é complexo, por implicar a conjunção de vários elementos, dentre os quais, especialmente: o não cumprimento da obrigação pecuniária no tempo em que se fez devida e a desatualização de seu valor, provocada pela inadimplência e pela alteração do mesmo.

Todavia, não institui, como efetivamente não poderia fazê-lo, uma regra de correção monetária, por não deter o Estado competência legislativa e sequer constituinte para tanto.

O comando, muito embora editado por inspiração da perda do valor aquisitivo da moeda, não autoriza a aplicação de índices não fixados legalmente pelo Estado, eis que assim estar-se-ia estabelecendo vinculação constitucionalmente vedada. Destina-se, isto sim, a disciplinar a atualização dentro da sistemática prevista pela Carta Federal de revisão periódica, através de índices de aplicação geral, da remuneração dos servidores públicos.

Destarte, à míngua de provimento legal com tal caráter de generalidade, há que considerar-se para que se bem cumpra com o desiderato do texto constitucional sob exame, o índice de reajuste enunciado para cada vantagem ou benesse, que, para o universo de servidores ou pensionistas a que se destina, dota-se efetivamente de natureza de índice geral de revisão. Note-se, portanto, que a atualização implicará a aplicação de um único índice, ou de tantos índices, quantos já hajam incidido para o reajustamento da vantagem ou da base sobre a qual deve ser calculada.

Assim, as demais regras ordinárias que definem a obrigação pecuniária, em especial sua base de cálculo, devem ser levadas em conta em cotejo com a situação funcional em que se encontrava o servidor no momento em que passou a fazer jus à mesma. Portanto, na atualização da benesse não paga até o último dia do mês de sua aquisição, há que se expurgar de sua base de cálculo, ou simplesmente de seu cálculo, — sempre que este não dependa de prévia incidência sobre um valor básico, variável ou não, — as alterações funcionais ocorridas entre o mês de aquisição do direito e aquele em que venha a ser cumprido.

Portanto, cumpre-nos indagar o que se entende por mês de aquisição do direito, tendo-se em conta estes dois critérios:

1) a natureza retributiva, — ou seja, de contraprestação por serviço prestado — ou indenizatória do pagamento, se e quando for o caso; e

2) sua previsão legal.

Efetivamente tais obrigações pecuniárias têm sua existência dependente de lei e suas alterações também dependem de previsão legal, em sentido amplo.

Os pagamentos são devidos contanto que previstos em lei e na forma por ela determinada, tendo, pois, seu nascedouro a partir da data da vigência daquela, e contanto que cumpridos os pressupostos a que se sujeitam.

É pressuposto a que se sujeitam as obrigações pecuniárias de cunho retributivo o cumprimento prévio da prestação em virtude da qual serão devidas. Portanto, o mês de aquisição do direito às vantagens mensais a serem pagas, v.g., à vista de comprovação da efetividade, é que se segue ao do trabalho prestado.

Uma vez preenchida a efetividade do mês, o que só poderá se dar após findo o último dia do mês do trabalho prestado, o servidor adquirirá o direito à percepção da remuneração mensal. Só, depois, no mês seguinte ao que se segue ao do trabalho prestado, haverá "obrigações pecuniárias" (como refere o questionado artigo 36) do Estado para com os seus servidores. E se satisfeitas tais obrigações até o último dia do mês da aquisição do direito, ou seja até o último dia do mês subsequente ao do trabalho prestado, nada haverá a atualizar.

Cumpre-nos salientar que a regra do artigo 35 da Constituição Estadual não enuncia o direito à contraprestação pecuniária, porque o suporte fático deste não se compõe simplesmente da qualificação de seu sujeito como servidor público e da contemporaneidade de tal qualificação no transcurso do último dia útil de cada mês. A evidência, não é desta hipótese de incidência que se cogita. Ao contrário, visa o comando autorizar a Administração Pública a efetuar os pagamentos ali referidos até aquele termo, eximindo-a da ilegalidade em que incorreria com o pagamento antecipado para o qual não houvesse previsão legal. Todavia somente o efetivo exercício, ou a situação que a este se equipare, legitimará o pagamento. Tanto assim que, percebendo antecipadamente, estará o servidor sujeito ao estorno das quantias que tenham sido indevidamente pagas, de conformidade com a comprovação de sua efetividade.

O artigo 35 confere, pois, aos servidores ali referidos o direito à percepção antecipada de sua remuneração mensal, e, ao Estado, por via de consequência, a autorização para pagá-la. Entretanto, dito dispositivo não define os pressupostos de aquisição do direito à remuneração mensal.

Daí o texto referir a expressão "será realizado" e não "será devido" como se vê de seu "caput":

"Art. 35 — O pagamento da remuneração mensal dos servidores públicos do Estado e das autarquias será realizado até o último dia útil do mês do trabalho prestado" (grifamos).

Exatamente por haver o Legislativo, no exercício de poder constituinte derivado adentrado competência própria do Executivo, já que a iniciativa do processo legislativo quanto à matéria administrativa ali versada pertence, com exclusividade, ao Governador, é que este ingressou com ação direta de inconstitucionalidade.

de, levando, ao Supremo Tribunal Federal, a dúvida quanto a constitucionalidade do artigo 35 da Corte Estadual.

A este propósito, na inicial da referida ADIN foi dito: "Ante a ausência de uma data nacional para o pagamento de remuneração dos servidores públicos do País, como acontece com os demais trabalhadores (tarefa que só a Lei Fundamental poderia dispor), há de se entender que somente após vencido o mês do trabalho prestado e, portanto, preenchida a efetividade do servidor, pode este perceber os seus vencimentos. A partir daí, aquele que detem a atribuição constitucional de administrar, estabelecerá o calendário próprio para a satisfação da obrigação pecuniária devida, levando em conta as disponibilidades de caixa e o cronograma de arrecadação.

Não se pode deixar de reconhecer que num processo econômico de espiral inflacionária elevada em que se encontra, de regra, o País, o pagamento não deve tardar. Dentro, porém, de uma margem de razoabilidade, será o Chefe do Executivo que, numa competência essencialmente administrativa definirá a casuística da questão. Isto se dará, inclusive, sem a necessidade de processo legislativo.

Se fosse, porém, entendido conveniente e oportuno conferir uma garantia legal aos servidores da satisfação de sua remuneração em dia certo e mais, se houvesse a intenção de favorecê-los com o pagamento antecipado (o que só poderia se dar, face aos princípios da legalidade, mediante lei vez que se trata de concessão de vantagem), o único que poderia dar partida ao processo legislativo nesta matéria seria o Chefe do Executivo, já que se estaria dispondo sobre servidores públicos e seu regime jurídico (artigo 61, II "c" da Constituição Federal)."

Fixadas tais premissas, passamos a responder as duas primeiras questões propostas pela Secretaria da Fazenda, do seguinte teor:

"1) A revisão geral da remuneração seria o percentual de aumento do funcionalismo aplicado no mês do pagamento ou o percentual de inflação correspondente ao período de aquisição do direito até a data do pagamento? Qual o índice que deverá ser utilizado para mensurar a inflação (IPC/IBGE, FIFE, IGP/DI/FVG, etc.)?"

2) No caso de o índice aplicado para a revisão geral da remuneração superar o índice inflacionário do período que medeia a aquisição do direito e a data do pagamento, e vice-versa, qual deve prevalecer?

Até que a legislação estadual enuncie um único índice de revisão geral da remuneração do funcionalismo público estadual tem-se como índice a que alude o artigo 36 da Carta Estadual aquele enunciado para cada categoria funcional, devendo-se proceder à atualização do valor da vantagem não paga em tempo oportuno pela aplicação deste ou de tantos quantos já tenham sido enunciados em lei para o respectivo reajustamento. Em princípio, portanto, ter-se-á como atualizado o valor da benesse pela sua paga em valor idêntico ao vigente no mês em que se deva realizar o pagamento.

E tal será o critério até que novo provimento legal venha a enunciar o índice de que cuida o sempre citado artigo 36, sem que se proceda a qualquer cotejo com os índices pelos quais se mensura a inflação. **A atualização será devida se a lei estadual houver revisto a vantagem, independentemente**

de ser tal revisão coincidente ou não com a inflação, e mesmo se inexistente esta. Em contrapartida, nada haverá a atualizar se até o mês em que venha a obrigação a ser cumprida pelo Estado, nenhum índice de revisão sobre a mesma haja incidido, por falta de previsão legal.

3) Qual o momento da aquisição do direito pelo servidor à atualização de obrigação pecuniária, nos seguintes exemplos?

a — Reajuste de remuneração cuja lei foi publicada em junho/90, com efeitos retroativos a abril/90, levando-se em conta que por questões operacionais o pagamento fosse viabilizado somente no mês seguinte, julho/90;

b — Publicação de atos administrativos com eficácia retroativa, como por exemplo, promoções de servidores estaduais, alterações de níveis, etc., que por vezes tem retroação a meses e anos anteriores. Esclareço que esse processo é contínuo, ou seja, há vantagens já adquiridas sem a publicação em Diário Oficial, com o conseqüente atraso no pagamento em relação à data dessa publicação e da de retroação das vantagens.

c — Publicação de atos administrativos referentes a vantagens que dependem de requerimento do servidor, como na conversão de Licença Prêmio, que poderá gerar vantagens temporais retroativas, como triênios e adicional temporal. O termo inicial para pagamento das vantagens decorrentes dessa conversão constará em ato administrativo posterior, permanecendo dúvida quanto à incidência ou não de atualização do valor a ser pago, vez que dependerá nesse caso, de iniciativa do servidor, que tem a faculdade de converter em tempo de serviço Licença Prêmio concedida;

d — Vantagem, como por exemplo, substituição de Função Gratificada, que incidirá em um mês e finalizará em outro para gerar a percepção e será paga no 3.º mês subsequente, exemplificando:

— MF de maio — 01 dia de Substituição FG

— MF de junho — 30 dias de Substituição FG

— pagamento em 31.07 da vantagem informada em MF de junho (...)"

Quanto ao momento da aquisição do direito à atualização da obrigação pecuniária, nos termos arguidos pela Pasta Consulente:

a — relativamente ao reajuste de remuneração com efeitos retroativos, de acordo com a lei que o instituiu, **temos que esta gera o direito ao reajuste a partir de sua vigência.** Note-se: direito ao reajuste. A atribuição de efeitos retroativos não tem o condão de alterar a base de cálculo sobre a qual o índice de revisão deva incidir. O mês de aquisição do direito ao pagamento do vencimento reajustado é o mesmo de aquisição dos reajustes pretéritos e será aquele que a lei definir como sendo o da remuneração que deverá ser revisada, a partir de sua edição, sem consideração de quaisquer efeitos retroativos. Se o pagamento for realizado no mês seguinte ao trabalho prestado, não há que cogitar-se de atualização, relativamente ao último vencimento majorado, porque não houve a presumível desatualização, mas poderá ser este utilizado como referência para atualização daqueles majorados com efeito retroativo se devessem tais "atrasados" serem pagos e não o forem no mesmo mês em que o fosse aquele último. No caso, entretanto, de prever a lei reajuste ou reajustes futuros além do contemporâneo à sua edição e àqueles

de efeitos retroativos, o não implemento do pagamento no mês a partir do qual o direito será devido e o dos pretéritos nos prazos previstos em lei, deverão ser os mesmos atualizados.

b — relativamente a publicações levadas a efeito tardiamente com relação a direitos que se adquiriram a partir de um dado tempo ou a partir do implemento de determinados requisitos, não há como considerá-las senão como a autorização formal para que produzam eficácia os atos administrativos pelos quais tais direitos são apenas declarados. A publicidade, em tais casos, é tão-somente requisito de eficácia e não de existência do direito. Assim, as publicações tardias relativas a atos desta natureza destinam-se a ter eficácia retroativa, que chamariamos de própria, ou plena, pelo que não eximem a Administração Pública da atualização de valor a que poderá estar adstrita frente ao disposto no artigo 36 da Constituição do Estado.

c — com relação aos atos administrativos que enunciam em favor do servidor direito que só lhe pode ser reconhecido na dependência de sua manifestação de vontade, ou seja, de requerimento seu, há que considerar-se que a obrigação pecuniária dele decorrente surge a partir do protocolo do pedido do interessado, contando que o mesmo seja considerado procedente. O direito à atualização, de sua feita, só se configura passados trinta dias da data do protocolo daquele pedido. E também aqui a publicidade não levada a efeito em tempo oportuno e contemporâneo poderá determinar a atualização da vantagem, ou vantagens, que, em razão do atraso na publicidade, deixarem de ser pagas ao servidor.

d — de outra bñanda, sempre que a lei disser que vantagens tais como a remuneração de substituição somente serão devidas contanto que o servidor exerça a substituição por um período mínimo, ter-se-á por mês de aquisição do direito a tal benesse os 30 dias seguintes ao dia em que se implementarem os dias previstos em lei, em valores proporcionais correspondentes aos dias exercidos dentro de um e outro mês.

e — quanto às demais questões levantadas no expediente que respeitam a fatores procedimentais que estariam a impedir ou a dificultar o cumprimento do pagamento até o último dia do mês de aquisição do direito, tais como o envio tardio do chamados Mapas de Freqüência, temos que, devem ser alterados de sorte a possibilitar-se o pagamento na época devida. O Mapa de Freqüência, por exemplo, indica que, além do título formal de que seja detentor o servidor para fazer jus a dada vantagem (como por exemplo determinado ato administrativo pelo qual seja designado para exercer substituição), concorreu ele, de fato, em tal exercício, e em demonstrando aquele referido "mapa" falta do servidor, a mesma deverá ser descontada no mês subsequente, mediante estorno da quantia indevidamente paga, pelo que pode ter sua elaboração antecipada encerrando-se o levantamento até uma determinada data de um mês, para complementá-lo no seguinte.

f — questiona, ainda, a Secretaria da Fazenda quanto à necessidade de "atualização de pagamento de diárias de viagem, cujos valores não acompanham exatamente o reajuste dos vencimentos, pois são as diárias atualizadas através de Decreto do Poder Executivo em função da evolução de preços de hotéis e alimentação, dado seu caráter indenizatório".

Tratando-se de obrigação pecuniária, aplica-se-lhe a regra do artigo 36 da Carta Estadual, atualizando-se o valor pela aplicação dos índices a que se refere a resposta dada às duas primeiras indagações.

g — Finalmente, com relação a postulação que deu origem ao presente expediente, de atualização do valor da gratificação de substituição e que ora respondemos em tese, uma vez que a mesma já foi atendida, temos que, tendo-se implementado o período de substituição em dado mês, nos trinta dias seguintes deveria ter sido paga a respectiva vantagem. E quando dita vantagem tenha sido paga mais tarde, sem qualquer atualização há que se ter presente que a obrigação pecuniária foi em parte cumprida, impondo-se; a atualização na forma preconizada no início deste, de sorte a conhecer-se o seu "quantum" total atual para deste deduzir aquela quantia já paga, igualmente atualizada, porém somente com os índices que a partir do seu pagamento passaram a incidir sobre a vantagem e não se computando sobre este aqueles índices que deverão ser levados em conta na atualização do saldo impago, que serão todos quantos sobre a mesma hajam incidido desde o momento em que se fez devida. Critério este a ser aplicado a toda e qualquer vantagem que tenha sido paga a destempo e para a atualização que por ventura devesse sofrer.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de março de 1992.

VALIDADE E EFICÁCIA DO "CONVÊNIO-SUS"

MARIO BERNARDO SESTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 9334

O "Convênio-SUS" é nulo, por ilicitude de forma, na medida em que agride disposições das Leis Federais n.ºs 8142/90 (art. 2.º, IV) e 8080/90 (art. 33), combinadas com os enunciados dos artigos 82 e 145, do Código Civil Brasileiro.

O caráter de "contrato administrativo" não exime o "Convênio-SUS" da obediência às regras basilares condicionantes da validade de qualquer contrato, especialmente pela inocorrência de qualquer razão de estado ensejadora da exceptividade.

O caráter de "contrato de adesão" ou "sujeito a cláusulas gerais", atribuível ao "Convênio-SUS", não nos exime da obediência às prescrições expressas de lei incidentes no gênero e na espécie.

Conquanto nulo, o "Convênio-SUS" é eficaz em decorrência das distorções peculiares ao federalismo brasileiro, interferentes nas relações entre União e Estados.

A inexigibilidade de conduta diversa; a opção de menor custo social; a inconveniência para o interesse público estadual de estabelecer, no quadro do federalismo brasileiro, uma relação administrativo-conflictual com a União, cujo acerto judicial não atenderia à premissa do mesmo interesse, pelo que respondem as autoridades locais, tudo somado à inocorrência de qualquer indício de favorecimento ilícito atribuível àquelas mesmas autoridades, tornam-nas inimputáveis por qualquer irregularidade à conta do "Convênio-SUS";

bem como de sua gestão, naquilo que lhes refoque aos controle por "fato da União".

1. A Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente solicita orientação ante a "exigência do Ministério da Saúde, para o repasse de recursos, que seja renovado o convênio do Sistema Único de Saúde".

A matéria pertinente à legalidade formal e operacional da sistemática convencional adotada pelo Ministério da Saúde, para repasse das verbas pertinentes ao SUS-Sistema Único de Saúde, foi objeto de minucioso exame pelo Grupo de Trabalho, constituído, pelo Governador do Estado, através da Portaria n.º 48/91, publicada no Diário Oficial do Estado, de 9 de agosto do mesmo ano.

O exaustivo Relatório daquele Grupo de Trabalho revela, com absoluta propriedade e inequívoca clareza, que o formulário convencional adotado pelo Ministério da Saúde, que inclui o convênio propriamente dito, termos aditivos e atos normativos, de natureza regulamentar, tais como as "normas operacionais básicas" e "resoluções", todos editados em nível federal, discrepa da legislação pertinente, especialmente das disposições das Leis Federais n.ºs 4320/64, 8080/90 e 8142/90.

Mais ainda: o mesmo Relatório revela, a par das irregularidades formais acima indicadas, que a execução do sobredito convênio por parte do Ministério da Saúde, descumpra o próprio formulário convencional, gerando situações de extrema gravidade em setores sensíveis tais como controle orçamentário e prestação de contas, a par de situações nitidamente prejudiciais ao Erário estadual.

Finalmente, como se o já relatado não bastasse, alude a consulente a que "caso não se concretize a renovação do aludido Convênio, a União deixará de repassar verbas destinadas a outros Convênios, (...) causando enormes prejuízos à Saúde Pública no Estado.

É o Relatório.

2. Preliminarmente, a sistemática convencional que o Ministério da Saúde impõe aos Estados discrepa frontalmente das normas específicas expressas na legislação regradora da matéria.

A Lei Federal n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que "... regula as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde", nele contida, ao inciso IV, do artigo 2.º, da mesma lei, que os recursos destinados à cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal" (art. 2.º, IV)... "serão repassados de forma regular e automática para os Ministérios, Estados e Distrito Federal de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei Federal n.º 8080, de 19 de setembro de 1990" (art. 3.º, grifou-se).

A seu turno, a Lei Federal n.º 8.080/90 regulamentando os dispositivos constitucionais pertinentes (CF/88, arts. 196 a 200), determina no seu artigo 33, que os recursos financeiros do SUS "serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação".

No artigo 35, essa lei estabelece os critérios a serem obedecidos na fixação das quotas de recursos a serem repassados a cada pessoa administra-

tiva necessária e, no caso desses critérios resultarem inaplicáveis por falta de regulamentação, o sobredito artigo 3.º, da Lei Federal n.º 8.142, no seu parágrafo primeiro, manda adotar provisoriamente o critério expresso no parágrafo primeiro do referido artigo 35, da Lei Federal n.º 8.080/90.

Por outro lado, o artigo 4.º, da Lei Federal n.º 8.141/90, depois de estabelecer condições para que Estados, Distrito Federal e Municípios recebam recursos do SUS, dispõe que o não atendimento dessas duas condições implica na avocação pela União, no caso duas primeiras classes de pessoas administrativas necessárias, e pelos Estados, no caso da última, administração dos ditos recursos.

Em nenhum dos dispositivos citados, em o outro qualquer, seja da Lei Federal n.º 8080 seja da Lei Federal n.º 8141/90, seja de outra qualquer pertinente à matéria, se faz menção à necessidade de convênios. Ao contrário, a leitura do artigo 50, da Lei Federal n.º 8080/90, revela cabalmente que a sistemática convencional pertine à antiga sistemática de gestão recursos públicos na área da saúde, incompatível com a implantação do SUS.

Ora, a transferência de recursos SUS, sendo regular e automática, não pode estar sujeita a outras condições e circunstâncias que não as próprias da contabilidade pública, descabida a exigência de convênio.

Aliás, a leitura sistemática da Lei Federal n.º 8.080/90 demonstra, à saciedade que as hipótese de utilização de convênios são enumeradas expressamente (art. 7.º; art. 15, XV; art. 18, X; art. 24, parágrafo único; art. 43; art. 45, caput e parágrafo 2.º) e nenhuma dá suporte à imposição que o Ministério da Saúde faz aos Estados.

Note-se, que, ao dizer que as transferências, de que se trata devem fazer-se "regular e automaticamente", a lei não está ensejando ao Ministério da Saúde, em nome da União e através de seus órgãos estruturais e subordinados a faixa discricional que o autorizaria a impor a modalidade convencional. A lei, sendo clara, e dando, como no caso dá, comando preciso, tolhe qualquer espaço discricional: deve ser obedecida na sua literalidade, sob pena de configurar-se ilegalidade.

Ilegalidade, de outra parte, que mais evidente fica, quando se registra que o Ministério da Saúde utiliza o convênio, que por si só já configura uma ilegalidade, para administrar os recursos do SUS **contrariamente a disposições específicas de lei!**

3. Do que antes se disse resulta claro que a legislação aplicável à espécie, isto é, às transferências "intergovernamentais" de recursos do SUS estão exaustiva e minudentemente regradadas, descabendo, nesse processo, a interposição da sistemática convencional que, não só não encontra amparo numa possível margem discricional em favor da União e dos organismos federais, pois tal margem não foi deixada pela lei, como ainda agride expressamente a sistemática legal vigente, na qual fica explícito que os convênios devem desaparecer da sistemática de que ora se trata.

Sendo porém, o convênio, como diz DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, uma espécie da categoria dos "atos administrativos complexos", poder-se-ia alegar, em prol da higidez da sistemática convencional imposta pela União,

a presunção de validade (presunção de veracidade dos pressupostos de fato e da legalidade dos motivos).

Numa análise mais aprofundada desse ato administrativo, que supere sua sobreposição publicística e avance em direção ao núcleo comum que lhe é também próprio, enquanto ato jurídico, nessa matéria regido pelas normas basilares do Código Civil, desde logo deparamos com as disposições enunciadas nos artigos 82 e 145 do CCB, das quais deflui limpidamente a nulidade do convênio, na hipótese considerada, por **ilicitude de forma**.

Poder-se-ia pretender o enquadramento do convênio, sobre que se fala, como espécie do gênero dos chamados **contratos por adesão ou sujeitos a cláusulas gerais**, com vistas a minimizar a atitude impositiva das autoridades federais e, com isto, tentar resguardar a validade do mesmo.

À primeira vista, até se poderia pensar nesse enquadramento, eis que aquela modalidade contratual é até comum no universo publicístico, mesmo na hipótese de pessoa administrativa, como é o caso, ser a **parte aderente** e, não, a **parte proponente**.

O estudo dessa categoria de contratos pressupõe o envolvimento da noção de **sistema**, pois é em nome da sistematização de interesses e serviços que se sustenta a redução do papel da vontade da parte aderente. A inserção da noção de sistema nos contratos por adesão, se por um lado justifica a redução do papel da vontade da parte aderente, não elide o **acordo de vontades**, enquanto condição inarredável do universo contratual; tão somente autoriza a acatar, como contratos, negócios em que uma das partes, em nome da sistematização antes aludida, dispõe as chamadas **cláusulas gerais**, às quais a parte aderente aceita, querendo. Se há efetivamente uma redução substancial do espaço negocial que precede o acordo de vontades nos contratos comuns, nem por isso se pode reputar contrato por adesão **válido** aquele em que uma das partes seja **coagida a aderir**. Em outras palavras, a caracterização dos "convênios" do SUS, como modalidade do gênero "contrato por adesão", não lhes convalida vícios formais e de conteúdo, desuníveis da aplicação das regras jurídicas básicas, aplicáveis a todo e qualquer contrato, como a antes invocada do artigo 145, do CCB.

Assim, mesmo fosse rotulável como contrato por adesão pela sua pertinência à sistemática do SUS, o "convênio", de que ora se trata, não deixa de agredir a **forma prescrita em lei, que é o repasse direto e automático** dos recursos a que a que se refere, sendo, assim, **nulo**.

Não resta com efeito, a menor possibilidade de dúvida a respeito de que, dizendo a lei que as transferências intergovernamentais de recursos do SUS são "**regulares e automáticas**", mediante depósito em contas bancárias especiais, não deixada qualquer margem discricionária a ensejar a presunção de higidez a outra modalidade que não seja automática, a lei está a vedar o emprego da intermediação formal do convênio e, nesse caso, **sua utilização é ilegal: ilícita**. Convênio com tal objeto ou sobre tais transferências é nulo por ilicitude de forma (CCB, art. 145, III).

4. Constatada a **nulidade** do convênio do SUS, não caberia ao Governo do Estado, ou, mais especificamente ao Secretário da Saúde e do Meio Ambiente, o dever de denunciá-lo, ou de negar-se a firmá-lo, ou, tendo-o assina-

do antes da sobredita constatação, negar-se a cumpri-lo; arguir-lhe judicialmente o defeito?

A questão longe está de propiciar solução tão simples.

Sabemos que a ordem jurídica, qualquer ordem jurídica, é um sistema com eficiência normativa ou vinculativa necessariamente relativa. O sonho da eficiência normativa absoluta que empolgou o iluminismo codificador já esbateu-se em mais de uma e insuperável insubordinação do mundo fático. A insuficiência da própria textualidade com que se expressam as normas, sempre pobre diante de inesgotável riqueza de virtualidades impensadas do agir humano lícito e ilícito; a construção jurisprudencial da "convalidação do nulo" são apenas alguns exemplos da relatividade da eficácia vinculativa da ordem jurídica enquanto direito positivo.

Aliás, a melhor doutrina não tem outra solução senão reconhecer episodicamente a **eficácia** de atos nulos e até inexistentes.

Dentro desse contexto analítico, cumpre apontar para um fato absolutamente notório, que nos é tão familiar a ponto de não atentarmos para a amplitude das conseqüências que projeta, não só ao nível que lhe é próprio, ou seja, ao nível dos fatos no próprio universo jurídico.

Referimo-nos ao federalismo brasileiro que é meramente formular, desprovido de substância. Foi um artifício de que inteligentemente se valeram os mentores do golpe de 1889 para aliciar em prol da causa republicana os justos anseios de autonomia local e regional, sempre submetidos à tradição centralizadora que herdamos do acervo institucional lusitano e à qual cabe, indubitavelmente, creditar, até o final do Século XIX, a preservação da integridade territorial do País. A partir, porém, do Século XX, especialmente quando a malha de comunicações unificou de fato a sociedade brasileira, o centralismo republicano só tem feito revelar a falsidade de sua proposta, a ponto de ensejar distorções que já agora se constituem em ameaça não tão remota à mesma integridade territorial.

Verdade é que, à conta da ingenuidade do falso gênio (ou da falsa ingenuidade de gênio) republicano, a legalidade manárquica foi substituída pelo formulário constitucional norteamericano, introduzindo-se no publicismo brasileiro o presidencialismo e o federalismo, aquele logo matizado e potencializado pela "ditadura científica" inspirada no positivismo comtiano e este completamente "desguarnecido dos antecedentes históricos que lhe asseguraram conteúdo na pátria de origem.

A cláusula federativa da **remanescência**, recolhida da X Emenda à Constituição dos Estados Unidos, hoje expressa no parágrafo primeiro, do artigo 25, da Constituição Federal, é meramente discursiva ou "semântica" como diria KARL LOWENSTEIN: só tem validade **formal**. Na realidade, a **contensão principiológica e a contensão dispositiva**, que delimitam o espaço jurídico da remanescência, isto é, da autonomia estadual, somadas à tradição centralista do nosso constitucionalismo, suprimem praticamente todo **conteúdo** daquela autonomia, que vê transformada em pouco mais do que **administração da própria administração**.

Conquanto, à primeira vista, possa até parecer rizível a identificação de diretrizes colonialistas em nosso constitucionalismo, dita hilaridade logo

cede passo, quando se percebe que nem todo o esforço do constituinte de 1988, para resgatar a autonomia local e revalorizá-la como instrumento democrático, nos moldes do que ocorre generalizadamente em nível de direito comparado, conseguiu sobrepujar a tendência doutrinária e jurisprudencial consolidada, de conceder prelácia ao **paradigma federal**, ao **modelo federal** e outras deduções discursivas, inconfessadamente vocacionadas a homogeneizar, a nulificar o pouco que, de fato, concede à singularidade estadual e municipal.

Isso, porém, ainda é contrafacção menor.

A união, sucessora do Império, herdou literalmente a tradição colonialista e revela vocação insopitável à desconsideração dos limites de sua própria competência, invadindo a dos Estados e Municípios. Com base nessa ideologia imperialista do federalismo brasileiro, a União, travestindo a **soberania** em **supremacia** e fazendo uso do monopólio, que se arroga, de legislar em praticamente todas as matérias de alguma repercussão, tudo somado ao desenvolvimento patológico da legislação parassistemática, desenvolve em **praxe administrativa**, que se expressa à **margem da lei**, no **desvão da lei** e até **contra a lei**, ao mesmo tempo em que se faz **eficaz** com base na referida supremacia.

5. A noção de **supremacia territorial** foi desenvolvida no âmbito do Direito Internacional Público. Ao tratar dos direitos territoriais, sob o enfoque da ordem jurídica internacional VERDROSS, citando BALLADORE PALLIERI, distingue a "**soberania territorial**" que, segundo este último, teria sido elaborada a partir do conceito romano de propriedade, da "**supremacia territorial**" que é fato, correspondente à posse do direito privado. Corrente é ambas serem exercidas em cada Estado com relação ao próprio território, circunstância essa capaz de confundir as duas relações. A própria ordem internacional oferece, porém, exemplos aptos a evidenciar a distinção entre ambas as relações. É amplamente conhecida a situação da dita "**Zona do Canal**" no Panamá a qual, enquanto parte integrante do território panamenho, está sujeita à soberania territorial daquele país, ao mesmo tempo em que, com base num tratado internacional, o Tratado Norteamericano-Panamenho, de 18 de novembro de 1903, **está sujeita à supremacia territorial dos Estados Unidos**. É ainda VERDROSS que aponta situações em que a dicotomia entre soberania e supremacia territoriais, referidas a um mesmo território, podem ser qualificadas como legítimas ou ilegítimas. (VERDROSS, ALFRED/Derecho Internacional Público/Madrid/Aguilar/1955, p. 182 e segs.)

Na ordem interna, nada mais natural que o exercício da supremacia territorial do Estado titular da soberania, em outros termos, titular da "**competência da competência**". (FISCHBACH OSKAR GEORG/Teoria General del Estado/Edit. Labor/Barcelona/1934, p. 179), sobre o respectivo território. Até porque a "**supremacia**" é um fato, decorrente da soberania enquanto direito.

Sabe-se, porém, que a relação entre fato e direito mesmo quando idealizadamente correspondentes enquanto técnica de formulação da regra jurídica, nem sempre transcorre tranquilamente. Particularizando no que possa interessar ao cotejo entre soberania e supremacia territorial, situações há, e a estrutura federativa meramente nominal, como a nossa ensejam essas si-

tuações, em que a supremacia da União, **enquanto fato**, constringe e restringe as autonomias locais que a Constituição **formalmente** assegura.

Tal constringimento da autonomia local não coincide necessariamente, como no caso, pelo menos em parte ocorre, com uma agressão perfeitamente configurável das normas constitucionais assecuratórias da autonomia ferida: é que o **fato da supremacia** oportuniza uma **praxis prepotente e centralista**, baseada na **razão-chave do cofre**.

A existência de **diferentes níveis** de edição normativa e de aplicação das normas na **estrutura federativa** enseja, desde logo, a **questão hierárquica**, decorrente do fato de a União, e somente ela, ser detentora da soberania. Dessa Hierarquia decorrem, principalmente, no federalismo brasileiro, situações de fato carregadas de profundas implicações jurídicas.

Imagine-se uma situação de divergência entre autoridades administrativas federais e estaduais precisamente sobre o enquadramento de determinada hipótese na competência de uma ou de outra esfera. Mesmo que não corresponda ao melhor entendimento da constituição ou da lei, é natural, por decorrência da hierarquia federativa, prevaleça o "**entendimento federal**". As autoridades estaduais não dispõem de nenhum instrumento jurídico eficaz para fazer prevalecer seu entendimento, mesmo quando em seu prol militem, de longe, os melhores e mais técnicos argumentos.

Dir-se-á que cabe recurso ao Poder Judiciário. A questão não comporta, porém, equacionamento tão linear. Mesmo que a situação imaginada ofereça alguma **inferência objetiva**, ensejadora de recurso à prestação jurisdicional, a respectiva decisão terminativa demanda tempo incompatível com o fluxo factual da administração. O que mais importa, porém, é que, na maior parte das situações similares a de que ora se trata, inexistente qualquer inferência objetiva, tornando a matéria injurisdicional. A superioridade hierárquica da União faz-se prevalente enquanto **supremacia**, como verdadeiro "**fato do príncipe**", na medida em que as autoridades federais podem impor seu entendimento na base do **condicionamento a outras decisões** que não são formalmente vinculáveis àquela em torno da qual houve divergência.

Aqui se enquadra precisamente o caso narrado na consulta: a vinculação entre a assinatura do convênio do SUS e outros repasses de verbas para a área de saúde pública estadual não tem nenhuma inferência objetiva, tornando-se praticamente impossível a dedução, pelo devido processo legal, de qualquer comando judicial em sentido diverso ao da decisão federal ou das autoridades federais, até porque a matéria pertine ao âmbito da discricção administrativa da União, refugindo à jurisdicionabilidade.

6. A questão, para ser convenientemente posicionada pressupõe se registre que, em qualquer contexto estrutural federativo, as normas constitucionais e legais pertinentes à partição de competência entre a União e Estados, incluídas evidentemente as que circunscrevem o espaço jurídico da autonomia estadual, não esgotam o complexo factual correspondente às relações que se estabelecem entre umas e outras pessoas administrativas necessárias.

Assim como o direito, enquanto acervo de normas positivas ou escritas, sem pressupor necessária coincidência entre ambas as categorias, pela

insuficiência ou limitação do próprio discurso de que se serve para instrumentalizar-se, não se revela apto a reger toda a vasta e cambiante gama das virtualidades das relações sociais, assim também as normas constitucionais e administrativas não esgotam o regramento da partição de competências interfederativas. Aliás, nesse último caso, a parcela que resulta não regrada é muito mais ampla do que a referida às demais relações sociais, porquanto, além de compartilharem da precariedade da abrangência normativa das normas escritas, as de que se trata são muito rarefeitas quando comparadas às demais.

Esse vasto universo relacional interfederativo não regrado, tem ensejado, no constitucionalismo brasileiro, um processo de integração informado pela tendência centralista de nossa tradição publicística, guardiã de nossa integridade territorial.

Fato incontestado, é que nosso federalismo nunca passou de mera formalidade até porque não teve a dar-lhe substância os precedentes de larga autonomia de que gozavam as colônias britânicas, independentes desde 1776, que adotaram o pacto federal em 1787, depois de dez anos de vida como estados soberanos. Assim, em razão da defesa da integridade nacional, nosso federalismo foi logo e sempre, mesmo quando a expansão da malha de comunicações já relegava ao reino das quimeras aquela falsa "razão de estado", nulificado por vasta doutrina e jurisprudência prestigiadoras do "modelo federal", do "paradigma federal", do "precedente federal", todos meros eufemismos que mal disfarçam a completa ausência de conteúdo na autonomia estadual. É sem dúvida verdade, que os textos constitucionais brasileiros, excetuado o vigente, pouco se esforçaram para suplantir essa inércia centralista; alguns até racionalizaram-na até o paroxismo, como o de 1937 e o de 1969, este portador do fantástico artigo 200.

Assim é que, nesses cem anos de república, o centralismo lusitano, herdado pelo Império, só faz agravar-se. De um lado, o desenvolvimento e complexização das relações interfederativas tornou-se um fato muito mais denso do que podia sê-lo em fins do Século XIX. De outra parte, o desenvolvimento da malha de comunicações contrariamente ao desejável favoreceu o aumento da centralização como decorrência natural.

Para enfrentar situações desse gênero, o constitucionalismo alemão deu origem, o princípio da BUNDESTREUE, que poderia ser traduzido por "lealdade federativa", a qual, como registra H. A SCHWARZLIEBERMANN VON WAHLENDORF, pressupõe um "comportamento favorável à Federação" ... *mâis comme une fidélité due de part et d'autre, de la part de la fédération et de la part des États-membres, au principe-fédéral, c'est-à-dire à l'idée selon laquelle la structure fédérale implique la complémentarité des deux niveaux qui s'appuient et s'appuient mutuellement, ainsi que l'acceptation, au niveau des attitudes concrètes à prendre, des conséquences qui découlent de ce principe fondamental.* ("Une Notion Capitale du Droit Constitutionnel Allemand: Buen destrue (Fidélité Fédérale), in *Revue du Droit Publique*, 3-1979, p. 770).

Fazendo uso da terminologia jusprivatística, dir-se-ia que o princípio da BUNDESTREUE nada mais é do que a "affectio societatis", peculiar à qualquer tipo de associação jurídica. O sobredito autor, depois de relacionar a fi-

delidade, e mesmo a amizade, com o direito, citando JULIEN FREUND — "*Il y a de l'amitié dans le droit*" — ressalta que o princípio antes mencionado, conquanto não explícito, não se resume tão só a um postulado moral, sendo apto à dedução de postulações jurisdicionáveis, chegando a mencionar decisão nesse sentido da Corte Constitucional de Karlsruhe (id., ibid. p. 771/772).

No constitucionalismo brasileiro, que não conhece nada similar ao princípio da BUNDESTREUE, a tradição centralista lusitana, somada ao consuetudinário igualmente deliberado caráter meramente semântico de nosso federalismo, autorizou a União a desenvolver, a partir da detenção da soberania, um tipo de relacionamento com o Estados que se pode caracterizar, pura e simplesmente, como norteado pelo "princípio da supremacia", que é uma distorção da hierarquia federativa.

7. A inquestionável nulidade do Convênio SUS enseja, no entanto, uma situação deveras curiosa, em decorrência da incidência da hierarquia federativa, mormente com as conotações que ela apresenta no nosso federalismo.

Sabe-se que o cumprimento das leis faz-se praticamente sempre por acatamento. A hipótese do constrangimento judicial é exceptiva sob pena de a ordem jurídica resultar condenada ao fracasso como instrumento da regulação da vida social, sem falar na absoluta insuficiência de juízes e tribunais para impor a obediência à lei se tal dependesse da prestação jurisdicional na maioria das vezes.

Coerentemente, no que respeita à administração pública, ou melhor, à administração em sentido estrito ou técnico, aos órgãos executivos, que dela exercem a maior porção, compete, no âmbito administrativo é claro, a aplicação da lei. Essa circunstância, numa estrutura federal, pode ensejar situações de aplicação diversa de uma mesma lei, referida à mesma espécie. Concretamente: o **Convênio SUS, conquanto nulo**, não é assim considerado pela União.

No federalismo brasileiro essa situação assume contornos específicos, pois a União, mercê da aludida **supremacia** impõe ao Estado, sob pena de **sanções indiretas**, o seu entendimento, a sua praxe administrativa, ainda que escancaradamente agressiva da legislação pertinente.

Nesse contexto é que se deve ler a assertiva, à primeira vista espantosa, do consulente, de que a União **obriga** à assinatura do convênio do SUS, ainda que ilegal, sob pena de sustar a remessa de outras verbas que são vitais para a saúde pública do Estado.

Essa afirmação revela o que antes denominamos de **supremacia** da União no contexto federativo brasileiro. A **supremacia** é um fato que, como se viu, longe está de ser estranho ao publicismo. Também não são desconhecidas as projeções jurídicas desse fato: aqui se insere a observação que fizemos de início, de que da alegada deformação do federalismo brasileiro resultam conseqüências que pervadem o universo jurídico.

* Se a **supremacia** da União decorre do quase monopólio dos recursos públicos e da respectiva administração, que condições teria o Estado ou teriam as autoridades locais de se opor à ilicitude formal do convênio? Ficariam sujeitas ao bloqueio de outras verbas igualmente vitais para a saúde pública a seu encargo?

Diz-se-á que sempre cabe levar a questão ao crivo da decisão judicial? Considerado, porém, o tempo necessário à dedução de uma decisão judicial terminativa, a que limites ficaria reduzida a praticidade de resolver a questão da nulidade do dito convênio em termos ortodoxos?

Essas circunstâncias é que corroboram a supremacia de fato da União e determinam que, embora eivado de nulidade formal, o convênio do SUS **produza efeitos como se válido fosse**.

Poder-se-ia pensar tratar-se de uma hipótese daquilo que na doutrina e jurisprudência tem sido cognominado como **convalidação do nulo**.

Aqui não se trata, porém, de surpreender uma conjuntura fáctica apta a sanar o ato originariamente eivado de vício. As circunstâncias fácticas não conduzem à convalidação do ato, isto é, do convênio como um todo. Apenas explicam sua **eficácia** (e a eficácia, por si só, não convalida o nulo) e, o **que mais releva, a inimputabilidade** das autoridades locais com relação a qualquer tipo de ilícito associável à espécie.

Embora haja **circunstanciamento fáctico dominante** ele apenas opera para os efeitos da esfera administrativa menor e sem respectivos agentes, eis que a perversão da hierarquia federativa e o trato razoável do interesse público local não lhes dão oportunidade **eficaz** de conduta diversa.

A bem da higidez do discurso jurídico melhor seria identificar a espécie como ensejadora da **desconsideração parcial do nulo**. Desconsideração **parcial** porque referida, no caso, tão só às autoridades menores, constrangidas pela Supremacia Federal. Tal constrangimento não pode ser invocado pelas autoridades federais em seu prol ou de seus atos, dos quais se estão a tratar. E "**desconsideração**" pois de **convalidação**, como se está dizendo, não se trata. Trata-se de reconhecer que para os Estados e seus agentes, sobre quem recai o **constrangimento federal, o fato da União**, outra atitude **razoável** não resta senão proceder **como se** os atos relativos ao Convênio SUS válidos fossem.

Observe-se que essa mesma supremacia da União que conduz o intérprete, inspirado na imperecível lei "da boa razão", a desconsiderar a nulidade do texto convenial, convalida igualmente a **praxe** em sentido estrito, anti-tética não só da lei mas da lei e do próprio convênio, com base na qual as autoridades federais executou aquele instrumento.

A conclusão é que, em sendo o Convênio-SUS nulo, na medida em que reveste modalidade de gestão dos recursos públicos destinados a programas de saúde, contrária à prevista em lei, mas, simultaneamente eficaz em razão da supremacia da União, cujo Ministério da Saúde impõe ao Estado aquele convênio, as razões aptas a explicar essa eficácia do nulo elidem simultaneamente qualquer imputação de ilicitude às autoridades estaduais, em favor das quais militam a inexigibilidade de outra conduta, combinada com a opção de menor custo social, em razão dos efeitos altamente danosos, para a saúde pública no Estado, da instauração de uma política conflitiva com a União, sem perspectiva de acerto judicial a curto prazo, tudo confortado pela evidência de inoportunidade, na hipótese, qualquer favorecimento direto ou indireto

técnicamente configurável e decorrente dos fatos analisados, em prol das mesmas autoridades locais afetas ao setor.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 18 de agosto de 1992.

MANUTENÇÃO DE CRÉDITO FISCAL DO ICMS NA EXPORTAÇÃO DE INDUSTRIALIZADOS

MAURICIO BATISTA BERNI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 9.425

Inconstitucionalidade do art. 3.º e parágrafo único da lei complementar n.º 65, de 15 de abril de 1991.

A anulação de créditos nas operações anteriores à industrialização de produtos destinados à exportação é excepcional, dependente de interesse nacional relevante.

Interpretação do art. 155, § 2.º, II, "b", e XII, "a" e "f" da Constituição Federal.

1. O SENHOR SECRETÁRIO DA FAZENDA solicita as manifestações desta Procuradoria-Geral do Estado, motivado por expediente recebido da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, versando sobre a conveniência da propositura de ação direta de inconstitucionalidade da lei complementar n.º 65, de 15-04-91, especificamente em relação ao artigo 3.º e parágrafo único da mesma.

Trata-se, assim, de examinar a constitucionalidade ou não do art. 3.º e seu parágrafo da Lei Complementar n.º 65, de 15 de abril de 1991, com a seguinte redação:

"Art.3.º — Não se exigirá a anulação do crédito relativo às entradas de mercadorias para utilização como matéria-prima, material secundário e material de embalagem, bem como o relativo ao fornecimento de energia e aos serviços prestados por terceiros na fabricação e transporte de produtos **industrializados** destinados ao exterior

O Governador do Estado de Minas Gerais propôs ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei Complementar n.º 65/91. Trata-se da ADIn 600, da qual é relator o Ministro Marco Aurélio, e na qual foi concedida liminar para sustar a eficácia do artigo 3.º e de seu parágrafo único e incisos.

Parágrafo único — Para os efeitos deste artigo, equipara-se à saída para o exterior a remessa, pelo respectivo fabricante, com o fim específico de exportação de produtos industrializados com destino a:

- I — empresa comercial exportadora, inclusive 'tradings', ou outro estabelecimento do fabricante.
- II — Armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro.
- III — Outro estabelecimento, nos casos em que a lei estadual indicar."

A Lei Complementar n.º 65, define os produtos semi-elaborados que podem ser tributados pelos Estados e Distrito Federal, quando de sua exportação para o exterior, e fundamenta-se na alínea "a", do inciso x, do artigo 155 da Constituição Federal.

Apesar da Ementa da Lei Complementar referir apenas a alínea "a" do inciso X do artigo aludido, dispõe ainda sobre casos de manutenção de crédito, conforme previsão constitucional inscrita na alínea "f" do inciso XII, do mesmo artigo:

"Prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e mercadorias."

Este seria o fundamento constitucional.

2. Inerente ao princípio Federativo está a autonomia dos Estados, de acordo com os postulados Constitucionais vigentes.

Dentre tais princípios constitucionais vigentes, merecem menção especial, para o presente caso, o que vem disposto nos arts. 146 e 155 do texto constitucional (este nos interessa mais especificamente).

Roque Antonio Carraza, comentando sobre o art. 146, CF, preleciona que:

"Analisando açodadamente o artigo supra que, a bem da verdade, está longe de possuir aquele estilo lapidar e conciso que deve caracterizar as leis em geral — alguns estudiosos já proclamaram que a União, por meio de lei complementar pode alterar o rígido esquema de repartição de competências tributárias das pessoas públicas e, mais do que isto, pode condicionar a validade de suas leis. Data máxima venia, ousamos discordar." (Revista de Direito Tributários, n.º 45, Julho-Setembro de 1988, pág. 65 — "A Competência Tributária dos Estados-Membros diante da Nova Constituição Federal).

Confirma o mesmo autor o entendimento de que tais postulados dever ser entendidos atendendo as harmonias constitucionais referentes à matéria de competência, em perfeita consonância com a autonomia jurídica das pessoas políticas (União), Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal), que "envolve princípios jurídicos incontornáveis".

De longa mas necessária transcrição, o que diz o mesmo autor mais adiante, ainda comentando o art. 146 CF:

"Logo, a lei complementar que estabelece normas gerais em matéria de legislação tributária só será válida quando se entrosar

com as linhas mestras do Texto Supremo. Esta verdade evidente não pode ser encontrada."

"Assim, as 'normas gerais em matéria de legislação tributária' só podem explicitar o que está implícito na constituição. Não podem inovar, mas, apenas declarar. Para além destas augustas fronteiras, o legislador complementar estará arrogando-se atribuições que não lhe pertencem e, deste modo, desagregando princípios constitucionais que deve acatar, máxime os que concedem autonomia jurídica às pessoas políticas, no que concerne à decretação e arrecadação e os tributos e suas competências."

3. Diz, ainda, que o "exposto no item precedente vale, mutatis mutandis, também para a lei complementar prevista no art. 155, § 2.º, XII, da C.F." (ob. cit. p. 66).

E mais adiante arremata:

"V — A lei complementar, ao 'excluir a incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso x, "a" — poderá acutilar a autonomia dos Estados-Membros, que se reforça na medida em que instituem e arrecadam os tributos de suas competências. Apenas quando a exclusão for motivada por relevante interesse nacional (perquirível), em última análise, pelo Poder Judiciário) é que poderá prosperar.

VI — A mesma argumentação vale para a lei complementar que 'prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias'

VII — Por fim, ao 'regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios Fiscais serão concedidos e revogados', a lei complementar deve limitar-se a estabelecer os mecanismos jurídicos (as formas) que hão de facilitar a celebração dos convênios interestaduais." (ob. cit. p. 68).

A longa citação se fez necessária, diante da felicidade do citado autor ao abordar o tema em foco, e analisando especificamente a matéria do inciso XII, "a" do art. 155.

É forçoso compreender, assim que autonomia dos Estados é princípio constitucional basilar, respaldado pela ampla consagração do federalismo. O Conseqüente, as normas constitucionais que autorizem a União legislar complementarmente em matéria tributária devem obedecer aos princípios constitucionais, que resguardam a autonomia.

A norma inscrita no art. 155, § 2.º, XII, "a", deve ser interpretada levando em consideração por tal princípio.

Dessa forma, a previsão legal dos "casos de manutenção" de créditos do ICMS deve atender a motivos de "relevante interesse nacional". A Lei Complementar assim, deve regular "casos de manutenção de crédito levando em consideração o relevante interesse nacional."

O art. 3.º da lei complementar n.º 65, não previa "casos" de manutenção de crédito, senão que simplesmente disse, em outras palavras, que o crédito está mantido em TODAS AS OPERAÇÕES (não se exigirá a anulação do crédito relativo...).

Wolgran Junqueira Ferreira também escreve: "quem remete mercadorias para outros Estados ou as exporta, fica com crédito ao imposto sobre a circulação de mercadoria. Caberá à lei complementar prever os casos de manutenção desses créditos" (Comentários à Constituição de 1988, Sulex Livros Ltda., Campinas, 1989, p. 898).

Ora, o Legislador Complementar, ao invés de prever os "casos de manutenção do crédito", simplesmente, e ferindo a autonomia dos Estados, estabeleceu regra geral que mantém TODOS OS "CRÉDITOS RELATIVOS ÀS ENTRADAS DE MERCADORIAS, MATERIAL SECUNDÁRIO E MATERIAL DE EMBALAGEM, BEM COMO O RELATIVO AO FORNECIMENTO DE ENERGIA E AOS SERVIÇOS PRESTADOS POR TERCEIROS NA FABRICAÇÃO E TRANSPORTE DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS DESTINADOS AO EXTERIOR"

4. De tal sorte, a regra do inciso XII, letra "f" deve ser interpretada restritivamente. O próprio legislador constitucional, no mesmo art. 155 estabeleceu:

"§ 2.º — O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

II — a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Logo, da regra geral que é a **anulação dos créditos anteriores**, a lei complementar, numa completa inversão, estabeleceu como regra geral a **não anulação dos créditos anteriores**, sendo por tal motivo, inconstitucional, isto porque, smj., as regras à isenção e não-incidência aplicam-se aos demais casos de benefícios fiscais.

5. Conclusão

Resumidamente podemos dizer: o art. 3.º e por conseqüência seu parágrafo, da lei complementar n.º 65, de 15 de abril de 1991 são inconstitucionais porque ferem o princípio federativo, eis que vão além do que permite a Constituição Federal, que protege a autonomia estadual (via princípio federativo), de vez que a Constituição Federal, consagrando tal princípio estabelece, para o caso, a regra geral da não anulação dos créditos anteriores (art. 155, § 2.º, "b"), sendo que a anulação desses créditos deve ser excepcional e em atenção a casos de relevante interesse nacional, isto por que entendemos que tal regra relativa à isenção e não-incidência aplicam-se aos casos de manutenção de crédito previsto no inciso XII, f, do mesmo artigo.

De outro lado, como também examinado, o que vem disposto na letra "f" referida, também deve obedecer a interpretação restritiva.

É o nosso parecer, smj.

PORTO ALEGRE, janeiro de 1992.

MUNICIPALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS TELEFÔNICOS

MARIA ALICE COSTA HOFMEISTER
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 9.365

Municipalização dos Serviços de Telefonia.
Transferência onerosa de equipamentos.

O Excelentíssimo Senhor Governador do Estado solicita a esta Procuradoria a realização de estudo com vistas à municipalização dos serviços de telefonia, mediante transferência onerosa de equipamentos.

É o relatório.

O artigo 21, inciso XI da Constituição Federal determina a competência da União para explorar diretamente ou mediante concessão a empresas, sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1967 (artigo 8.º, XV, "a"), compete à União a exploração do serviço de telefonia.

Mediante concessão, a União, na qualidade de Poder Concedente, outorgou à **TELEBRÁS** — Telecomunicações Brasileiras S.A., sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério das Comunicações, o direito à implantação e à exploração subsequente dos serviços públicos federais de telecomunicações.

Assim, a **TELEBRÁS**, na qualidade de entidade "holding" do sistema, é a concessionária geral para todos os serviços públicos de telefonia, em todo território nacional. A **TELEBRÁS**, em cada Estado-membro da Federação, tem as suas filiais ou sucursais, tais como a **TELESP (SP)**, **TELERJ (RJ)**, **TELEMIG (MG)**, etc. (**JOSÉ CRETILLA JUNIOR**, "Comentários à Constituição Brasileira, de 1988", Vol. III, Rio: Forense Universitária, 1990, p. 1370-1371).

Diversa é a situação no Rio Grande do Sul, onde coexistem a **CTMR (Pelotas)**, empresa do sistema **TELEBRÁS**, e a **CRT**.

Através da Lei Estadual n.º 4.073, de 30.12.60, ficou o Poder Executivo autorizado a constituir sociedade anônima de economia mista, sob a denominação de Companhia Rio-Grandense de Telecomunicações (sigla **CRT**), tendo por objeto, no território do Estado, a exploração de serviços de telecomunicações, como de qualquer outra atividade afim. O art. 2.º determinou a outorga à **CRT**, automaticamente, uma vez constituída, a concessão para a instalação, exploração e operação dos serviços de telecomunicações e afins.

O Decreto Federal n.º 72.090, de 16 de abril de 1973, outorgou à CRT concessão para executar serviços de telefonia pública urbana e interurbana em todo o Estado pelo prazo de 30 anos, a contar da data da publicação do Decreto (ocorrida no DO da União em 17 de abril do mesmo ano).

O contrato de concessão foi firmado pela União e a CRT em 28 de maio de 1973.

Tem-se, portanto, que a concessão outorgada pelo prazo de 30 anos acha-se em vigor. A possibilidade de sua extinção deverá ser examinada à luz do ajuste celebrado.

O contrato antes mencionado prevê em seu capítulo XII (Da Revisão), cláusula XXXIV, as hipóteses de rescisão pelo Ministério das Comunicações, nada dispondo acerca da situação ora considerada, ou seja, quando a iniciativa terminativa do vínculo parte do concessionário.

Recorrendo-se à doutrina, cumpre mencionar HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 16.ª edição, 1991, p. 344-346) o qual indica as seguintes formas de extinção da concessão: reversão (pelo término do prazo contratual); encampação ou resgate do serviço (retomada coativa pelo concedente, por conveniência ou interesse administrativo); rescisão (desfazimento do contrato, por acordo, ato unilateral da Administração ou decisão judicial); anulação (invalidação do contrato por ilegalidade na concessão ou na formalização do ajuste).

CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ("Retomada de Serviço Público Dado em Concessão", in RT 603, p. 9-22) reduz as causas de extinção do vínculo a duas situações: razões de legitimidade e razões de conveniência. As primeiras, preleciona o autor, tem lugar quando houve vício na concessão ou quando uma das partes viola seus compromissos. As razões de conveniência ligam-se à apreciação sobre as vantagens e desvantagens à persistência do vínculo.

Em vista do exposto, a concessão vigente só comportaria o desfazimento por acordo amigável (rescisão contratual).

Esta modalidade extintiva é explicitada por CELSON BANDEIRA DE MELLO (Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, p. 50): "Quando por mútuo acordo concedente e concessionário resolvem antecipar a extinção da relação jurídica", advertindo o autor que, neste caso, "a composição patrimonial entre as partes se faz amigavelmente".

Deve-se ainda ressaltar, pois essencial à compreensão da matéria, que a concessão consiste na "delegação contratual ou legal da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo" (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., 333).

São características deste contrato: bilateralidade, comutatividade, onerosidade e a realização "intuitu personae". (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 235).

A qualidade de "intuitu personae" exige que a execução do contrato se processe pelo próprio contratado.

HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 235) entende que, inobstante tratar-se a concessão de ajuste "intuitu personae", é possível a subcontra-

tação parcial, desde que, permanecendo o concessionário original responsável pela execução de seu objeto, a natureza deste o permita e essa possibilidade tenha sido prevista no edital ou no contrato, quando dispensada a concorrência.

O contrato celebrado entre a União e a CRT nada prevê a respeito.

Resta a examinar a subconcessão, definida por JOSÉ CRETELLA JUNIOR (Administração Indireta Brasileira, Rio: Forense, 1987, 2.ª ed., p. 495-496) como a "transferência que o concessionário, com anuência do poder público concedente, faz para outra empresa de direito privado de parte da incumbência do serviço concedido e dos respectivos poderes necessários para cumpri-los, nas condições estipuladas entre o concessionário e o subconcessionário."

Também neste caso, o contrato antes referido silencia.

Com relação à transferência onerosa de equipamentos, convém, preliminarmente, com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ("Natureza Jurídica dos Bens das Empresas Estatais", in Revista PGE/SP, dez./1988, p. 173-186), distinguir empresas estatais que executam atividade econômica de natureza privada, com fundamento no art. 173 da Constituição Federal, e as que executam serviço público com base no art. 175. Os bens destas últimas são de duas categorias: a) os que não estando afetados diretamente ao serviço público submetem-se ao direito privado, como ressalva quanto à licitação. b) os que estão afetados diretamente à execução de serviço público, sujeitando-se ao regime jurídico próprio dos bens públicos de uso especial.

O contrato celebrado entre a União e a CRT prevê em sua cláusula XIII, que "A Concessionária manterá todos os bens, equipamentos e instalações empregados no serviço de modo que a qualidade do sistema seja mantida dentro dos padrões que forem estabelecidos pelo Ministério das Comunicações".

Está-se, portanto, diante de bens públicos de uso especial, a teor do disposto no art. 66, II, do Código Civil.

A solicitação a que ora se responde acha-se formulada em termos genéricos. Consulta-se acerca de uma "municipalização" de serviços de telefonia e "transferência onerosa de equipamentos", não se especificando a modalidade a ser assumida pela aludida transferência.

Assim sendo e considerando as limitações decorrentes do caráter da consulta, acima assinalado, entende-se pertinente remeter às disposições do Decreto-Lei n.º 2.300/86, particularmente art. 22, inciso X, o qual dispõe acerca da dispensa de licitação, "quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas à licitação".

Deve-se, ainda, referir os artigos 15, inciso IX e 38, alínea "g", ambos dos estatutos da CRT.

ISTO POSTO, entendo:

a) A concessão, enquanto vigente, pelo prazo de 30 anos, entre a União Federal e a CRT comporta desfazimento amigável;

b) Nada dispondo o contrato a respeito de subcontratação e subconcessão, entende-se serem as mesmas vedadas. Qualquer alteração nesse sentido dependeria de autorização do Poder Concedente (União Federal);

c) Tratando-se os equipamentos de bens públicos de uso especial, a alienação deverá atender ao disposto na Lei e Estatutos da CRT.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 27 de agosto de 1992.

O COMISSIONAMENTO NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

MARISA SOARES GRASSI
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 9.440

1. As funções comissionadas das sociedades de economia mista podem ser criadas juntamente com o Plano de Cargos e Salários da entidade, aprovado de acordo com as regras estatutárias pertinentes e demais prescrições, não se exgindo lei em sentido formal.

2. A investidura em cargos de confiança por pessoa estranha aos quadros da entidade, não está condicionada à aprovação em concurso público, na forma do artigo 20 da C.E., desde que, criados em número, atribuições, remuneração e regime de trabalho previamente determinados, tenham sido formal e materialmente aprovados pelas normas legais em vigor (estatuto da entidade e O.S.).

O Diretor-Presidente da Companhia de Habitação do Estado do Rio Grande do Sul — COHAB, indaga da legalidade da criação do Plano de Cargos de Confiança da entidade, sobretudo em face da Notificação n.º 35-27/91, cópia em anexo, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado que aponta a nulidade de contratações de pessoal para funções comissionadas, em n.º de 112, no exercício de 1991, das quais apenas 43 criadas e aprovadas pelo Conselho de Administração em data anterior à vigência da atual Constituição. Segundo a manifestação, o Plano de Cargos de Confiança em vigor, após exame e parecer da Comissão de Recursos Humanos da Secretaria do Trabalho e Ação Social e Comunitária, em 18.06.91, conforme Processo n.º 914-21.00/91.2, aprovado pelo Conselho de Administração em 03.07.91, teria contrariado artigos da Constituição Estadual, na medida em que as funções comissionadas não foram criadas por lei, com atribuições, remuneração e números certos e, por outra, considerando-se que os empregados da COHAB são regidos pela CLT, inexistiria a possibilidade de admissão para car-

gos em comissão e para assessorias, de livre nomeação e exoneração, resultando, por consequência, obrigatória, para qualquer admissão, a aprovação em concurso público.

Assim, resumidamente, as indagações são:

1. As funções comissionadas de sociedade de economia mista podem ser criadas em Plano de Cargos e Salários da entidade, aprovado de acordo com as regras estatutárias pertinentes ou só mediante lei em sentido formal?

2. O ingresso em cargo de confiança na mesma entidade está condicionado ao concurso público, na forma da Constituição Estadual?

A Constituição Federal de 1988 trouxe como novidade o Capítulo VII, específico sobre normas a respeito da Administração Pública, conceito contido no artigo 37 que deve ser lido com alguma amplitude de vez que o constituinte quis alcançar, além do Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, também a Administração Indireta. Teve como mérito, igualmente, constitucionalizar princípios que já eram observados pelo Direito Administrativo aos quais aquela está sujeita, entre eles o da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Por outro lado, a Administração Indireta, pela empresas públicas e sociedades de economia mista, constitui braço do Estado, na medida em que essas entidades não passam de sujeitos auxiliares seus (cfe. Bandeira de Mello, Celso Antonio. "Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público". RDP 97/29). Portanto, instrumentos de ação do Estado não se confundem com as demais pessoas jurídicas de direito privado, em face de controles externo e interno a que estão sujeitas.

Se assim, já ocorria sob a vigência da anterior Constituição, com a nova disciplina constitucional mais se ampliaram as formas de controle, tendo em vista os fins para os quais foram criadas, os recursos econômicos providos de verbas públicas, os interesses que atendem, fazendo com que mais se distancie do regime jurídico a que estão submetidas as entidades de direito privado em geral.

Percucientes as observações do administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello, no artigo citado, quando ressalta:

"3. Com efeito, os sujeitos que nascem do sopro estatal, seja quando instaurados com personalidade de direito público, seja quando criados com personalidade de direito privado, têm como traço essencial, como marca que os distingue de quaisquer outros, como signo que lhes preside a existência e comanda a inteligência de suas naturezas, o fato de serem criaturas instrumentais do Estado são seres que gravitam na órbita pública. Estão, tanto como o próprio estado, atrelados à realização de interesses do todo social e os recursos que os embasam são, no todo em sua parte majoritária, originários de fonte pública. Tais criaturas existem para que o Estado, por seu intermédio, conduza de modo satisfatório assuntos que dizem respeito a toda coletividade." (autor e obra citada, página 30).

O próprio texto constitucional trata em diversos dispositivos de fazer a distinção quanto às demais pessoas jurídicas de direito privado, sujeitando-

as à ação popular (art. 5.º, LXXIII, CF), à fiscalização contábil, financeira, etc., do Congresso Nacional (art. 70, CF), ao controle externo do Tribunal de Contas (art. 71, CF), bem como condicionando a concessão de vantagens ou aumentos de remuneração, criação de cargos, à prévia dotação orçamentária para atender às projeções de despesas de pessoal e os acréscimos dela decorrentes (art. 169, I, CF).

Não obstante isso, há que se compatibilizar as normas aplicáveis às empresas públicas e às sociedades de economia mista às que são pertinentes às demais pessoas jurídicas de direito privado e que são consequência de seu funcionamento estrutural, como aquelas contidas na Lei das S/A, atendendo justamente ao disposto no pará. 1.º do artigo 173 da Constituição Federal pelo qual "a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".

Nessa perspectiva e compatibilizando as normas constitucionais aplicáveis à espécie, o atendimento ao princípio da legalidade, segundo o qual na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, no ensinamento de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 11.º edição, pág. 60, Editora Revista dos Tribunais) sofre alguma transformação para, no dizer de Celso Antônio, referindo-se à lição de Vedel, "ser entendido como conformidade ao direito", adquirindo então um sentido mais extenso" (Bandeira de Mello, Celso Antonio. Elementos de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pág. 14).

No caso da consulta, tratando-se de sociedade de economia mista, é indispensável a observância das normas estatutárias da entidade, das prescrições da Lei das Sociedades Anônimas e, no que diz respeito ao ingresso no Quadro de Pessoal de funções permanentes aos princípios da moralidade e impessoalidade que se traduzem também na exigência de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos. Por essa ótica, o Plano de Cargos e Salários deve preexistir às admissões, exigindo-se a sua aprovação pelo órgão competente, nos termos da lei da sociedade (estatutos) e também, a autorização para sua implantação pelo sócio majoritário, o Estado, conforme determinação da Ordem de Serviço n.º 23/91-95 (D.O.E. de 15.01.92), antes contida no Decreto-Estadual n.º 31.980, de 26 de agosto de 1985, e que dispõe:

"Art. 2.º - As resoluções ou atos editados pelas entidades a que se refere o artigo anterior, relativos à fixação, reajuste ou aumento a serem concedidos aos seus servidores, a qualquer título, bem como os planos de cargos e salários, deverão ter seus instrumentos previamente homologados pelo Governador do Estado."

Por outro lado, o preenchimento de funções comissionadas na Administração Indireta dispensa a aprovação em concurso público se estiverem previamente previstos no Plano de Cargos e Salários, em vigor, como já assinalado, criados em número, atribuições, remuneração e regime de trabalho certos.

Importante ressaltar que a aprovação deverá ser antecedida de estudos de ordem técnica e jurídica propriamente dita, não sendo, portanto, suficiente a aprovação formal do Plano. Assim, o aumento ou mesmo a fixação do número de funções comissionadas deverão representar as reais necessidades da entidade, não podendo, por exemplo, o seu quantum ser fixado desproporcionalmente ao de empregos permanentes. Portanto, eventuais admissões que não atendam a essas prescrições efetivamente constituem uma burla aos princípios constitucionais que impõem a aprovação prévia em concurso público para o ingresso no serviço público, compreendido esse em sentido amplo, abrangendo a sociedade de economia mista.

No expediente não está esclarecido se o aumento do número de funções comissionadas obteve a aprovação de todos os setores competentes para analisar da sua conveniência, compatibilidade e legalidade, devendo ser reexaminado, se for o caso."

Em razão do exposto, respondendo as indagações centrais do expediente, concluo:

1 — As funções comissionadas das sociedades de economia mista podem ser criadas juntamente com o Plano de Cargos e Salários da Entidade, aprovado de acordo com as regras estatutárias pertinentes e demais prescrições, não se exigindo lei em sentido formal.

2 — A investidura em cargos de confiança por pessoa estranha aos quadros da entidade, não está condicionada à aprovação em concurso público, na forma do artigo 20 da Constituição Estadual, desde que criados em número, atribuições, remuneração e regime de trabalho previamente determinados, tenham sido formal e materialmente aprovados pelas normas legais em vigor.

PORTO ALEGRE, 19 de maio de 1992.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

COMPETÊNCIA DAS GUARDAS MUNICIPAIS

LUIZ CARLOS SOUZA LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 8907

GUARDAS MUNICIPAIS. COMPETÊNCIA. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E DA ATIVIDADE GERAL DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA DO MUNICÍPIO. SUA PRESENÇA, PERMANÊNCIA OU CIRCULAÇÃO NOS CHAMADOS CALÇADÕES;

As Guardas Municipais têm sua competência limitada à proteção de bens e serviços do Município (CF, art. 144, § 8.º; CE, art. 128, item I).

Não exercem, portanto, o poder de polícia do Município nem a atividade geral de Polícia Administrativa, em substituição ao órgão próprio de fiscalização municipal: não estão impedidas, no entanto, de prestarem a este a mesma colaboração que seria lícito esperar de qualquer outro agente administrativo ou Município, do mesmo modo que não estão impedidas de, na proteção dos bens confiados à sua guarda, coibirem os atos efetiva ou potencialmente danosos e configuradores de meras infrações administrativa a posturas municipais.

Embora não tenham competência para a realização de policiamento ostensivo das vias urbanas com finalidade de manutenção da segurança e da ordem pública, porque isso é prerrogativa constitucional das Polícias Militares (CF, art. 144, § 5.º, CE, art. 129, "caput"), nos chamados calçadões, todavia, têm justificada sua presença, permanência ou circulação, no estrito cumprimento de sua

missão constitucional e na medida em que neles existam equipamentos urbanos de inegável valor histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico ou ambiental a reclamarem proteção do Poder Público.

I

1. Através deste expediente (Proc. Adm. n.º 03261-08.01/CC.2), a Chefia da Casa Civil do Governo do Estado solicita parecer desta Procuradoria-Geral sobre os LIMITES CONSTITUCIONAIS de atuação das GUARDAS MUNICIPAIS, com vistas à sua adequada precisão e definição.

2. A solicitação teve origem no Ofício n.º 377/91, datado de 3 de julho fluente, da Prefeitura Municipal de PELOTAS, através do qual o seu Prefeito dá ciência ao Governo do Estado da ocorrência de incidentes, no CALÇADÃO da zona central da cidade, entre integrantes da GUARDA MUNICIPAL e da BRIGADA MILITAR DO ESTADO, oportunidade em que estes teriam tentado efetuar a detenção daqueles, sob a acusação de estarem EXTRAPOOLANDO DE SUAS ATRIBUIÇÕES. O Senhor Prefeito Municipal de PELOTAS, depois de declinar as razões pelas quais entende perfeitamente legítima a presença da GUARDA MUNICIPAL naquele logradouro público, encerra sua missiva com pedido de providências ao Governo Estadual, no sentido de que seja evitada, no futuro, a repetição de incidentes como o relatado.

3. A fim de melhor instruir o processo, foram juntados recortes do jornal pelotense DIÁRIO DA MANHÃ, datado do dia 12 do corrente mês, nos quais se vê, através de manchete de primeira página e de matéria constante de sua página 5, que o incidente repercutiu vivamente na comunidade local, tendo dado origem ao envio de telex ao Senhor Governador do Estado por parte do empresariado pelotense, o qual, havendo solicitado providências a fim de que fosse garantida a permanência da Guarda Municipal nas ruas da cidade, inclusive tomou posição contra o entendimento da Promotoria de Defesa Comunitária, para a quem a circulação de GUARDAS MUNICIPAIS armados e fardados pelas vias públicas consistiria em POLICIAMENTO OSTENSIVO, de COMPETÊNCIA PRIVATIVA da Brigada Militar do Estado. Foi feita juntada, também, para evitar desnecessárias transcrições no corpo do parecer, da legislação local pertinente, a saber, a Lei Municipal n.º 3.284, que criou a Guarda Municipal de Pelotas, e o seu REGULAMENTO.

4. A devida consideração dos fatos acontecidos, que demonstra ter sido discutida até mesmo a possibilidade de apoio e colaboração da GUARDA MUNICIPAL ao Departamento de Fiscalização da Prefeitura de PELOTAS, indica como aconselhável que o presente parecer seja desenvolvido através de três linhas estruturais básicas, buscando-se definir, a par da competência genérica das GUARDAS MUNICIPAIS, a possibilidade concreta e específica de (a) sua CIRCULAÇÃO pelas vias públicas em atividade de policiamento e (b) sua atuação, em apoio ou substituição ao serviço próprio de FISCALIZAÇÃO do Município.

II

5. A COMPETÊNCIA DA GUARDA MUNICIPAL está definida constitucionalmente (Constituição da República, art. 144, § 8.º; Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, art. 128, item I) e limita-se à *proteção dos BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS*.

6. Trata-se, assim, de uma atividade basicamente PREVENTIVA, como dizem os textos constitucionais, de natureza ADMINISTRATIVA (ainda que exercida por agentes armados e fardados) e alcance limitado aos BENS MUNICIPAIS (porque outra coisa não o são as INSTALAÇÕES do Município) e aos SERVIÇOS que neles devam funcionar ou ser desempenhados. "Não é, portanto, polícia de segurança pública", como apropriadamente observa JOSÉ AFONSO DA SILVA ("O Município na Constituição de 1988", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 1), mesmo porque a MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA é prerrogativa exclusiva das POLÍCIAS MILITARES ESTADUAIS, como assegurado expressamente pela Constituição da República (CF, art. 144, § 5.º), prerrogativa essa exercida no Rio Grande do Sul pela BRIGADA MILITAR (CF, art. 129, "caput").

7. O Município de PELOTAS, como não poderia deixar de ser, ao transformar o seu serviço de VIGILÂNCIA em GUARDA MUNICIPAL, o fez em absoluta consonância com os textos constitucionais superiores (o federal e o estadual), estabelecendo, no art. 1.º da Lei n.º 3.284, de 9 de fevereiro de 1990, aquilo que já ficou acima assentado, ou seja, que a competência de SUA GUARDA MUNICIPAL limita-se à "proteção dos bens, serviços e instalações do município". A REGULAMENTAÇÃO respectiva, ao desdobrar pelos seis (6) itens do seu art. 1.º essa COMPETÊNCIA NUCLEAR E FUNDAMENTAL, dela não se afastou, nem mesmo em seu inciso V, sobre o qual se tornará logo a seguir, de modo específico.

8. Podemos, portanto, a esta altura do nosso parecer, estabelecer uma primeira afirmação: a de que a COMPETÊNCIA das GUARDAS MUNICIPAIS, inclusive a do Município de PELOTAS, é aquela que foi estabelecida pela Constituição da República, limitando-se, na sua redação redundante e imperfeita, "à proteção dos BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS" ou, se preferirmos dizê-lo de forma simplificada e enxuta, "à proteção dos BENS E SERVIÇOS DO MUNICÍPIO".

9. Essa competência genérica, no entanto, autorizaria a GUARDA MUNICIPAL a exercer a atividade de POLÍCIA ADMINISTRATIVA, em substituição ou apoio aos serviços próprios de FISCALIZAÇÃO? Tentemos a resposta.

III

10. Façamos, antes, algumas distinções que nos facilitarão o raciocínio.

11. Em primeiro lugar, diferenciemos ATIVIDADE DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA de PODER DE POLÍCIA. Seguindo, no particular, a síntese feliz estabelecida por JUAN FRANCISCO LINARES ("Derecho Administrativo", Buenos Aires: Editorial Astrea, 1986, p. 425), pode-se dizer que "La doctrina distingue entre 'policía' (actividad, función) y 'poder de policía' (potestad). La policía sería el comportamiento consistente en ejercer el poder de policía".

Utilizaremos, portanto, a expressão PODER DE POLÍCIA para designar a potestade que se reconhece à Administração Pública de limitar direitos individuais e liberdades públicas em benefício do interesse da coletividade, empregando as expressões ATIVIDADE DE POLÍCIA ou POLÍCIA ADMINISTRATIVA, indiferentemente, para designar a atividade desenvolvida pelos órgãos da Administração Pública no sentido de efetivar as limitações impostas pelo PODER DE POLÍCIA, FISCALIZANDO o seu cumprimento e aplicando as SANÇÕES cabíveis, quando for o caso.

12. Em segundo lugar, recordemos, acompanhando a lição de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("Dicionário de Direito Administrativo", 3. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 489/90), dentre tantos, que a expressão SERVIÇO PÚBLICO pode ser tomada em dois (2) sentidos fundamentais, a saber: no SENTIDO FORMAL ou ORGÂNICO e no SENTIDO MATERIAL ou FUNCIONAL (também dito SUBSTANCIAL ou FISIOLÓGICO). No SENTIDO FORMAL, designa o órgão da Administração Pública incumbido do desempenho de determinada atividade; no SENTIDO MATERIAL, designa a própria atividade administrativa desempenhada.

13. Em terceiro lugar, convém igualmente estabelecer o sentido correto da expressão POSTURAS MUNICIPAIS. As administrações locais têm por costume estabelecer um conjunto de regras legais a que denominam de CÓDIGO DE POSTURAS e que exclui as regras sobre obras e edificações urbanas (agrupadas nos chamados CÓDIGOS DE OBRAS ou de EDIFICAÇÕES URBANAS), sobre planejamento e desenvolvimento urbanístico (reunidas nos denominados PLANOS DIRETORES) e sobre matéria tributária (enfeixadas nos respectivos CÓDIGOS TRIBUTÁRIOS). Na prática, portanto, se tem atribuído à expressão POSTURAS MUNICIPAIS um sentido RESIDUAL, abrangente de todas aquelas normas legais que o Município não reuniu antes em outras codificações parciais, com denominação própria e sobre matéria específica. Tecnicamente, porém, POSTURAS MUNICIPAIS significam coisa mais ampla: **todas as disposições de caráter normativo geral e abstrato editadas pelos Municípios** (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, Ob. cit., p. 409, verbete POSTURA).

14. Será útil, outrossim, lembrar a regra de hermenêutica a que se refere o clássico CARLOS MAXIMILIANO ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 308/9), apoiado na autoridade de WILLOUGHBY ("On the Constitution", 1910, v. I, p. 15): **"Sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina"**.

15. Por derradeiro, fique acertado que nenhuma NORMA JURÍDICA INFRACONSTITUCIONAL pode sobreviver à nova Constituição que com ela seja incompatível: caso isso venha a acontecer, ocorre como que a REVOGAÇÃO da norma, a qual, a partir da edição do novo texto constitucional, queda destituída de VALIDADE E EFICÁCIA (ver, dentre outros, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Curso de Direito Civil", 20. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1, p. 29 e CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 366/8).

16. Fechado este parêntese que nos pareceu absolutamente indispensável, voltemos à questão formulada: pode a GUARDA MUNICIPAL exercer a ATIVIDADE DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA?

IV

17. A própria questão formulada, do modo por que o foi, afasta desde logo uma dúvida que poderia assaltar a quem tivesse menos familiaridade com o Direito Administrativo: está claro que as GUARDAS MUNICIPAIS não exercem, sob hipótese alguma, o PODER DE POLÍCIA, porque por tal se entende a potestade atribuída ao Município de estabelecer, como já vimos acima, limitações a direitos individuais ou liberdades públicas dos administrados.

18. Mas sequer o exercício da ATIVIDADE DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA está constitucionalmente autorizado às GUARDAS MUNICIPAIS: o que a Constituição lhes permite é, tão-somente, a PROTEÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DO MUNICÍPIO.

19. Desse modo, para nós, ao menos, está claro que a GUARDA MUNICIPAL não pode se substituir à FISCALIZAÇÃO do Município, realizando atividades que desta são PRIVATIVAS, como, por exemplo, as autuações aos infratores de POSTURAS MUNICIPAIS e a APREENSÃO DE MERCADORIAS, para só citar uma das tantas SANÇÕES DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA passíveis de aplicação por quem de direito.

20. No caso específico de PELOTAS, poder-se-ia chegar à conclusão diversa, com base no disposto pelo item V do art. 1.º do REGULAMENTO de sua GUARDA MUNICIPAL, que, ao que tudo indica, foi buscar inspiração ou suporte no art. 2.º, n.º 29, do REGULAMENTO GERAL DA VIGILÂNCIA PARTICULAR E MUNICIPAL, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 32.162, de 21 de janeiro de 1986, para estabelecer como sua competência **"colaborar com a fiscalização da Prefeitura na aplicação da legislação relativa ao exercício do poder de polícia administrativa do Município."**

21. A resposta é NEGATIVA, por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque é juridicamente óbvio que não pode um simples REGULAMENTO ir além daquilo que estipulou a LEI REGULAMENTADA, ao reproduzir regra de competência estabelecida pela Constituição Federal e repetida pela Constituição do Estado: se o fizesse, seria triplamente INVÁLIDO E INEFICAZ, por contrariar a LEI, descumprir a Constituição do Estado e ofender à Lei Maior. Em segundo lugar, e embora bastasse a razão anterior para encerrar de modo definitivo a questão, não custa aclarar que o mesmo disposto no REGULAMENTO GERAL DA VIGILÂNCIA PARTICULAR E MUNICIPAL, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 32.162/86, não serviria para fundamentar entendimento diverso sobre o tema.

22. Com efeito, assim dispõe o art. 2.º, número 29, do referido REGULAMENTO GERAL:

"29 — Vigilância municipal: consiste em atividade exercida no interior de próprios municipais (prédios, locais de estacionamento fechado, parques, praças, jardins ou monumentos), por vigilante municipal, para impedir ou inibir as ações criminosas contra o patrimônio ou posturas municipais."

23. Vê-se logo que estamos diante de um texto de pouco apuro redacional, onde, por isso mesmo, as palavras, mais do que em outros casos, não podem ser tomadas literalmente. Observe-se, por exemplo, que a atividade de VIGILÂNCIA está definida como uma atividade a ser exercida no INTERIOR dos próprios municipais, entre os quais se arrolam expressamente os MONUMENTOS. Ora, imaginemos agora o caso de uma ESTÁTUA EQUÉSTRE ou de uma FONTE LUMINOSA: tomado o texto ao pé da letra, o pobre do GUARDA MUNICIPAL teria que ser certamente enviado no INTERIOR do cavalo ou metido DENTRO da fonte, com água pelas canelas e sem direito a guarda-chuva. Está claro, entretanto, que INTERIOR não significa necessariamente INTERIOR, assim como a menção a POSTURAS, no texto, não pretende habilitar o GUARDA MUNICIPAL a fiscalizar obras e edificações ou a aplicar multas tributárias, fatos perfeitamente aceitáveis, em outro contexto, se considerássemos apenas o sentido rigorosamente técnico do vocábulo POSTURAS, como ficou acima assentado.

24. O que o REGULAMENTO GERAL DA VIGILÂNCIA pretendeu foi, simplesmente, definir a ATIVIDADE DE VIGILÂNCIA MUNICIPAL como aquela destinada à PROTEÇÃO DE BENS (PRÓPRIOS) MUNICIPAIS, contra DANOS que lhes fossem causados (ou à boa ordem dos serviços que neles devessem ser realizados), por AÇÕES CARACTERIZÁVEIS como CRIMINOSAS, CONTRAVENCIONAIS ou apenas infringentes de POSTURAS DO MUNICÍPIO. Não pretendeu outorgar competência para fiscalização de POSTURAS MUNICIPAIS em geral: quis unicamente permitir a PROTEÇÃO dos BENS MUNICIPAIS contra aqueles DANOS que lhes pudessem ser causados por atos que, sem se constituírem necessariamente em CRIMES ou CONTRAVENÇÕES, fossem passíveis de ser caracterizados tão-somente como INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS a POSTURAS MUNICIPAIS. Dizendo de outro modo: não outorgou COMPETÊNCIA GERAL para a fiscalização de POSTURAS MUNICIPAIS; conferiu COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E LIMITADA para a fiscalização daquelas POSTURAS cujo descumprimento pudesse acarretar DANOS aos BENS confiados à guarda e proteção dos serviços de vigilância. Assim, por exemplo, o GUARDA que desempenhasse suas funções em um TEATRO MUNICIPAL estaria autorizado a impedir o FURTO de qualquer objeto do local (CRIME) ou a prática de atos caracterizáveis como CONDUTA INCONVENIENTE E DESRESPEITOSA (CONTRAVENÇÃO), do mesmo modo que poderia coibir que se FUMASSE no recinto (o que não chega a constituir CRIME ou CONTRAVENÇÃO, mas geralmente é vedado em tais estabelecimentos através de POSTURAS MUNICIPAIS).

25. Essa, portanto, a correta interpretação do disposto no REGULAMENTO GERAL DA VIGILÂNCIA. Esse entendimento, por outro lado, hoje se apresenta reforçado por dois (2) argumentos de igual importância.

26. Em primeiro lugar, porque, como vimos acima, as NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS devem ser interpretadas de modo a se harmonizarem com a CONSTITUIÇÃO e esse é o único entendimento que se coloca em sintonia com a REGRA CONSTITUCIONAL sobre o tema.

27. Em segundo lugar, porque, se se pretendesse atribuir ao texto regulamentar maior extensão do que lhe permite o texto constitucional hoje em

vigor e que lhe é SUPERVENIENTE, o REGULAMENTO não teria sobrevivido à atual CONSTITUIÇÃO, como também já ficou dito linhas atrás: teria sido como que REVOGADO por ela, quedando, após o seu advento, destituído de VALIDADE E EFICÁCIA naquilo que a contrariasse ou excedesse.

28. Resumindo, portanto, podemos dizer que: (a) as GUARDAS MUNICIPAIS não exercem, sob hipótese alguma o PODER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO; (b) também não estão autorizadas sequer ao exercício da ATIVIDADE DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA EM GERAL, em substituição ao órgão próprio de FISCALIZAÇÃO do Município; (c) não estão impedidas, no entanto, de, na PROTEÇÃO dos BENS confiados à sua guarda, coibirem atos efetiva ou potencialmente DANOSOS, ainda que tais atos configurem mera INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA a POSTURAS MUNICIPAIS; (d) não estão impedidas, outrossim, de colaborar com o órgão municipal de FISCALIZAÇÃO, entendida essa colaboração como aquela que seria lícita se exigir e esperar de qualquer outro AGENTE ADMINISTRATIVO DO MUNICÍPIO ou dos MUNICÍPIOS EM GERAL.

29. Passemos, por último, à indagação quanto à possibilidade de CIRCULAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL, em POLICIAMENTO OSTENSIVO, pelas vias públicas municipais.

30. Como já vimos anteriormente, é COMPETÊNCIA PRIVATIVA das POLÍCIAS MILITARES a atividade de POLICIAMENTO OSTENSIVO com a finalidade de GARANTIA DA SEGURANÇA E MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. Em princípio, portanto, não seria de se reconhecer, por esse motivo, a possibilidade de CIRCULAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL pelas vias públicas, ainda que a esta não esteja negado o USO DA FARDA própria e do ARMAMENTO ADEQUADO, como sempre foi permitido e consta expressamente do REGULAMENTO GERAL DA VIGILÂNCIA PARTICULAR E MUNICIPAL, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 32.162, de 21 de janeiro de 1986.

31. Todavia, aprendemos humildemente com o grande escritor pátrio CAMPOS DE CARVALHO, hoje injustamente esquecido, a duvidar de verdades absolutas. Daí por que, mesmo quanto à matéria ora versada, entendemos que se deva considerar especialmente cada uma das situações ESPECIAIS que se nos apresentem, uma das quais, sem dúvida, é a dos chamados CALÇADÕES.

32. OS CALÇADÕES, em verdade, não são vias públicas comuns: além do fato de terem a sua utilização LIMITADA ao trânsito de PEDESTRES, podem adquirir, conforme o caso, características que os aproxime muito mais de PRAÇAS ou JARDINS do que propriamente de meras vias de CIRCULAÇÃO URBANA.

33. No caso do CALÇADÃO DE PELOTAS, do qual não temos uma noção exata por que data de aproximadamente dez anos nossa última e breve visita àquela sempre acolhedora comuna gaúcha, afirma-se a existência, no local, de uma FONTE de VALOR HISTÓRICO para o Município, junto à qual, inegavelmente, não haveria como negar a possibilidade da PRESENÇA DA GUARDA MUNICIPAL, no estrito cumprimento de sua missão constitucional: a de PROTEÇÃO DE BENS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO. Afirma-se, outrossim, a existência, ao longo do CALÇADÃO, de FLOREIRAS, que justificariam a CIR-

CULAÇÃO por ele da GUARDA MUNICIPAL e desobrigariam seus integrantes de permanecerem estáticos ao lado de cada equipamento urbano a que devessem proteger: esse entendimento, em nosso modo de ver, tem toda a procedência.

34. Daí por que, para nós, nos chamados CALÇADÕES, dadas as suas características urbanísticas especiais, se justifica plenamente a PRESENÇA, PERMANÊNCIA E/OU CIRCULAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL, no estrito cumprimento de sua missão constitucionalmente definida e na medida em que neles existam equipamentos urbanos de inegável valor HISTÓRICO, ARTÍSTICO, ESTÉTICO, TURÍSTICO, PAISAGÍSTICO ou AMBIENTAL a reclamarem a proteção do Poder Público.

VI

35. Resumindo, portanto, as conclusões deste parecer, temos que:

a) as GUARDAS MUNICIPAIS, inclusive a de PELOTAS, têm sua COMPETÊNCIA limitada à proteção de BENS E SERVIÇOS DO MUNICÍPIO (CF, art. 144, § 8.º, CE, art. 128, item I; LMP n.º 3284/90, art. 1.º);

b) as GUARDAS MUNICIPAIS, inclusive a de PELOTAS, não exercem o PODER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO nem a ATIVIDADE GERAL DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, em substituição ao órgão próprio de FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL: não estão impedidas, no entanto, de prestarem a este a mesma colaboração que seria lícito se esperar de qualquer outro AGENTE ADMINISTRATIVO ou de qualquer MUNÍCIPE, do mesmo modo que não estão impedidas de, na PROTEÇÃO DOS BENS confiados à sua guarda coibirem os ATOS efetiva ou potencialmente DANOSOS e configuradores de meras INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS a POSTURAS MUNICIPAIS;

c) as GUARDAS MUNICIPAIS, inclusive a de PELOTAS, não têm competência para a realização do POLÍCIAMENTO OSTENSIVO DAS VIAS PÚBLICAS com finalidade de MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA E DA ORDEM PÚBLICA, porque isso é atribuição constitucional das POLÍCIAS MILITARES (CF, art. 144, § 5.º; CE, art. 129, "caput"); nos chamados CALÇADÕES, todavia, têm justificada sua PRESENÇA, PERMANÊNCIA OU CIRCULAÇÃO, no estrito cumprimento de sua missão constitucional e na medida em que neles existam equipamentos urbanos de inegável valor HISTÓRICO, ARTÍSTICO, ESTÉTICO, TURÍSTICO, PAISAGÍSTICO ou AMBIENTAL a reclamarem PROTEÇÃO do PODER PÚBLICO.

É o parecer, s.m.j.

PÓRTO ALEGRE, 28 de agosto de 1991.

A ATUALIZAÇÃO DO IPTU POR DECRETO

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 9.360

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL e TERRITORIAL URBANA - IPTU. A fixação de valores básicos ou genéricos (Planta de Valores) depende de lei, aprovada pela Câmara. Atualização monetária, de acordo com o índice eleito cabe ao Poder Executivo, que a fará por Decreto.

A Câmara Municipal de Campo Bom, pelo Of. n.º 494/91 de sua Presidência, solicita parecer sobre a constitucionalidade do Projeto de Lei n.º 19/91, de autoria da Vereadora Celene Thoen, sobre "aumentos" do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU. Na justificativa endereçada aos seus pares, a proponente, reportando-se "à grande polêmica gerada com o aumento exagerado do último IPTU", e informando que pretende evitar que tal fato se repita no futuro, propõe a alteração legislativa. A redação proposta reza: "O preço do metro quadrado de terreno e de cada tipo de construção serão estabelecidos e atualizados anualmente por Decreto Executivo, baseados nos índices oficiais da inflação dos doze meses anteriores".

É o relatório.

Trata-se da fixação e alteração da base de cálculo do Imposto Municipal sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, tema que tem suscitado repetidas e freqüentes controvérsias, inclusive no Judiciário, entre os Poderes Legislativo e Executivo, e entre este e os contribuintes, em diferentes comunas do Estado e do País.

Não é demais lembrar que a questão envolve o basilar princípio da legalidade, que foi expresso no Código Tributário Nacional — Lei n.º 5.172/66, verbis:

"Art. 97 — Somento a lei pode estabelecer:

II — a majoração de tributos, ou sua redução...

Parágrafo 1.º — Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe torná-lo mais oneroso.

Parágrafo 2.º — Não constitui majoração de tributo para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.”

Tais disposições, mesmo que anteriores à Constituição de 1988, tem reconhecida sua vigência, por franca compatibilidade e complementariedade aos dispositivos da novel Carta.

Há dois tipos de fixação ou modificação da base de cálculo do tributo em questão: uma é a determinação ou alteração concreta dessa base, levada a efeito, em cada caso, concreto e singular, por um ato próprio da administração, no caso, o lançamento tributário. De acordo com o artigo 142 do C.T.N., essa competência é da autoridade administrativa, no âmbito de suas funções executivas. O ato administrativo realiza a avaliação por aferição direta do valor venal real do imóvel.

Outra forma é a fixação normativa, aquela comumente denominada “planta geral de valores”. Nesse caso, há necessidade de lei votada pelo Poder Legislativo, pois, equiparando-se a majoração ou redução de imposto, conforme parágrafo 1.º do artigo 97, impõe-se o cumprimento ao princípio da legalidade já referido.

Diversa é a situação dos ajustes efetivados nos valores nominais da base de cálculo, como meio de corrigir ou atualizar os valores, para compensar a deteriorização do poder aquisitivo da moeda. Como prevê o artigo 97, parágrafo 2.º, retroinvocado, essa hipótese não configura majoração, dispensando, assim, a edição de lei, cabendo a correção por Decreto, desde que observados os índices oficiais.

As considerações aqui expendidas, que encontram respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 96.825, in RTJ, 113/718719; RE 109.292-1 MG, in JSTF — Lex 141, pág. 214 e segs., votos Min. MOREIRA ALVES e Min. OCTAVIO GALOTTI, permitem advertir para dois pontos distintos que a proposta envolve, no seu enunciado, e para os quais, são também distintas as soluções.

Primeiro, a determinação de que “o preço”, melhor dizendo, o valor venal “do metro quadrado de terreno e de cada tipo de construção” - seja estabelecido por Decreto do Executivo não é admissível. Como seu viú, a não ser na forma de apuração administrativa de cada caso concreto, que cabe ao Executivo, a determinação de valores “in genere” baseada em indicativos, como área, tipo de construção, zona, bairro ou quarteirão, etc., exige lei. Através de norma editada pelo Poder Legislativo, o Município pode determinar esses valores, os quais são, na verdade, valores presumidos ou genéricos, aos quais vão se submeter as diferentes situações concretas e reais de cada imóvel.

Segundo a “atualização anual, por Decreto do Executivo, baseada nos índices oficiais da inflação dos doze meses anteriores” é disposição perfeitamente enquadrada na regulação constitucional e legal da matéria, nos termos dos artigos 146, II e 150, I da Constituição e 97, parágrafo 2.º da Lei n.º 5.172/66.

Em conclusão:

a) é constitucional a proposta na parte em que autoriza o Poder Executivo a, anualmente, baixar Decreto, atualizando o valor venal dos imóveis do Município, de acordo com os índices oficiais de inflação;

b) considerando que o valor venal real dos imóveis do Município já deve ter sido, em cada caso, fixado por ato administrativo individual, se não houver necessidade de uma revisão global dos critérios, bastará a norma autorizativa retro referida para manter a atualização do tributo, a realizar-se periodicamente pelo decreto executivo;

c) na hipótese de considerar-se necessária uma revisão geral nos valores que vêm sendo praticados, independentemente da evolução inflacionária, impõem-se a sua fixação, através de lei que aprove uma “planta geral” ou “planta básica de valores”, a qual, posteriormente, ficará sujeita às correções anuais, previstas na alínea a) supra.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de agosto de 1992.

TRABALHOS FORENSES

HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO DOS SERVIDORES POLICIAIS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

OBJETO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
(com pedido de cautelar)

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no fim assinado, juntamente com os Procuradores do Estado nominados, que ficam desde já designados para, em conjunto ou separadamente e independentemente de ordem de nomeação, representarem-no no processo, vem perante esse Egrégio Tribunal, propor ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar n.º 9.643, de 27 de março de 1992, **promulgada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembléia Legislativa do Estado**, fazendo-o com base no **artigo 103, V da Constituição Federal** e, ainda, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos:

1. A Lei Complementar n.º 9.643, de 27 de março de 1992, **resultante de projeto de iniciativa parlamentar**, que foi vetado, está assim redigida:

Art. 1.º — Os Servidores da Polícia Civil a que se refere o artigo 2.º, I e II da Lei n.º 7.366, de 29 de março de 1980, e os servidores públicos militares do Estado, terão direito a remuneração especial de trabalho que exceder à jornada de 40 (quarenta) horas semanais observadas as seguintes condições: jornada excedente de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais a 55 (cinquenta e cinco) horas semanais, mais 25% (vinte e cinco por cento) da remuneração; jornada de trabalho excedente a 55 (cinquenta e cinco) a 70 (setenta) horas semanais, mais 50% (cinquenta por cento) da remuneração; jornada excedente de trabalho de mais de 70 (setenta) horas semanais, mais de 100% (cem por cento) da remuneração.

Art. 2.º — A remuneração do trabalho noturno será acrescida de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a remuneração do trabalho diurno.

Art. 3.º — A jornada de trabalho semanal normal dos servidores da Polícia Civil, referidos no artigo 1.º e do servidor público militar es-

tadual poderá ser de no máximo, 80 (oitenta) horas, excepcionando-se nas situações em que a preservação da ordem pública assim o exigir, devidamente fundamentada de parte responsável pelo emprego do mesmo.

Art. 4.º — Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5.º — Revogam-se as disposições em contrário.”

2. A pretexto de fazer efetivos alguns dos direitos assegurados aos servidores públicos civis em geral, no artigo 39, parág. 2.º combinado com o artigo 7.º, incisos IX e XVI, todos da Constituição Federal e mais, ao conceder aos servidores militares do Estado, benefícios não previstos na mesma Carta, o Poder Legislativo Gaúcho incidiu em grave ofensa à Lei Maior.

Efetivamente. A Carta Federal de 1988 ao mandar aplicar à categoria dos servidores públicos civis alguns dos direitos básicos arrolados no artigo 7.º, até então exclusivos da classe dos trabalhadores regidos pela legislação federal consolidada, inovou em relação à ordem constitucional anterior. Destes dispositivos, alguns têm aplicabilidade imediata aos servidores **estatutários** tais como o da garantia de remuneração nunca inferior ao salário mínimo, o da irredutibilidade de vencimentos, o das férias, o do repouso semanal remunerado e o do décimo terceiro salário. Outros, contudo, demandam complementação legislativa a ser expedida em cada órbita da Federação relativamente aos seus servidores, como é o caso do adicional para o trabalho noturno, a remuneração pelo serviço extraordinário e o adicional para as atividades penosas, insalubres e perigosas.

Ocorre que tais benefícios, destinados até então apenas aos **trabalhadores**, já possuíam regulamentação específica na legislação obreira, o que permitiu que, para estes, as benesses permanecessem eficazes, em quase nada inovando a Lei Maior.

Em relação, porém, aos novos destinatários das regras - os servidores que mantêm relação institucional e não contratual com o Poder Público e que são regidos por Estatutos, pela *lei* - a implementação daquelas vantagens revela-se dependente de legislação infraconstitucional.

Mister é, assim, que lei defina, por exemplo, quanto ao ADICIONAL NOTURNO, a partir de que hora do dia se inicia a jornada noturna e o critério de cálculo da remuneração da hora unitária do trabalho diário, a fim de que, também por LEI, possa ser estabelecido o montante do adicional da hora noturna e sua duração.

Em relação à REMUNERAÇÃO POR SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO, é indispensável a definição legal do horário do dia em que começa e em que termina a jornada normal de trabalho e, conseqüentemente, quando se inicia e qual o limite máximo de duração do horário extraordinário, o valor da hora normal e da hora extraordinária (em percentual mínimo de 50%) e as circunstâncias que justificam a prestação do serviço extraordinário, já que esta se constitui em derrogação da situação de normalidade enunciada no art. 7.º, XIII da Magna Carta.

3. Mas o importante é aqui ressaltar que a LEI que vier a estabelecer tais premissas indispensáveis para fazer efetivas as garantias constitucionais conferidas ao servidor estatutário é da INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE

DO PODER EXECUTIVO, na forma do art. 61, “a” e “c” da Carta Federal.

Estando os Estados-Membros submetidos, quanto à sua auto-organização, à observância dos princípios da Lei Maior (art. 25) e incluído dentre seus **princípios fundamentais** inclusive como cláusula pétrea, a independência e harmonia entre os Poderes (CF/88, art. 2.º e art. 60, parág. 4.º, III), cuja lesão faculta até mesmo a intervenção federal (CF/88, art. 34, IV), afigura-se **indiscutível** que a Constituição Federal impôs àqueles o princípio da independência e harmonia dos Poderes não apenas em sua forma pura mas acompanhado das regras básicas de convivência entre eles. Em outras palavras, há um modelo de organização dos Poderes Federais e de regras viabilizadas de sua harmonia e de sua convivência, que não pode ser desbordado pelos Estados, **sob pena de ofensa à Carta Federal**.

Não podem, assim, os Estados, seja por norma constitucional, seja por lei complementar ou lei ordinária, ofender aquele substrato mínimo de cada Poder, tal como delineado pela Carta Federal.

E dentre este substrato mínimo relativo ao princípio da independência e harmonia está contida a regra da **competência reservada para a iniciativa das leis**. Em outras palavras, toda a vez que o legislador estadual **ignorar** a regra da iniciativa exclusiva do Chefe de Poder Executivo para o desencadeamento do processo legislativo nos misteres só a ele submetidos, fatalmente haverá mácula à Constituição Federal.

Foi o que ocorreu na espécie. Com o intento, por um lado, de concretizar vantagens enunciadas na Carta Federal aos servidores públicos civis, **mas dependentes de lei**, e de outro lado, de conceder vantagens aos servidores **militares** não conferidas pela Lei Maior, o Poder Legislativo Gaúcho adentrou em competência própria do Poder Executivo, regrado, ademais, aquelas benesses de modo **assistemático**, de **difícil aplicação prática** e de forma **materiaismente não consentânea com a Lei Maior**.

4. Efetivamente, quanto à remuneração por serviço extraordinário, a impugnada lei conferiu um percentual escalonado sobre a remuneração total do policial civil e do policial militar conforme a jornada semanal normal de trabalho (legalmente fixada em 40 horas semanais) fosse excedida na seguinte proporção: mais de 40 até 55 horas, a remuneração se elevaria em 25%, mais de 55 até 70 horas, o acréscimo seria de 50%, e de mais de 70, o percentual seria de 100%.

Já quanto à fixação dos percentuais incidentes sobre o total da remuneração, parece não ser este o sentido do preceito constitucional que pretenderia, no mesmo diapasão das regras consolidadas do Direito do Trabalho, um acréscimo para a hora extraordinária de trabalho comparativamente ao valor da hora normal.

Ademais, a indigitada lei, em seu art. 1.º, trata de forma **igual** situações **desiguais** ao fixar um idêntico percentual quando o excedente da carga semanal for de apenas MEIA HORA ou de QUINZE horas e de DEZESSEIS ou de TRINTA horas!

Além disso, pelo seu artigo 3.º, absurdamente permite que a jornada eleita como normal pela própria Constituição Federal, (no intuito eminentemente protetivo à saúde do trabalhador e do servidor público), seja praticamente DO-

BRADA PARA OITENTA (80) HORAS SEMANAIS! E mais, denomina este excesso, de jornada NORMAL de trabalho.

Em conclusão, a Assembléia Legislativa Gaúcha, ao promulgar a Lei Complementar n.º 9.643 extrapolou de sua competência, colocando o Chefe do Executivo em posição de **serviência** em assunto que, por sua natureza, **constitucionalmente**, lhe competeria a postura **principal**.

5. Aliás, considerando a relevância da questão jurídica de os Estados-Membros se subtraírem às regras da Carta Federal modeladora do princípio da independência e harmonia dos poderes, pertinente a seus desdobramentos, e as suas inter-relações, esse Supremo Tribunal Federal, após a vigência da Constituição de 1988, tem reiteradamente concedido **liminar** em ações diretas de inconstitucionalidade para suspender normas estaduais ofensivas daqueles princípios.

Assim, por exemplo, algumas entre muitíssimas, as decisões assim ementadas:

“Cerceamento da competência do Poder Executivo para enviar projetos de lei que versem sobre regime jurídico de servidores, estabilidade e aposentadoria. Relevância dos fundamentos do pedido e “periculum in mora”. Medida Cautelar deferida (...)” (ADIn n.º 582-1-SP, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, “in” DJU de 7.2.92, acórdão anexo, doc. n.º 09).

“Plausibilidade da alegação de que os dispositivos em tela, por versarem matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (remuneração de cargos e funções públicas e estruturação e atribuições de órgãos da Administração Pública), não poderiam resultar de emendas do Legislativo, objeto de vetos rejeitados”. (ADIn n.º 645-2, DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, “in” DJU 21.2.92, acórdão anexo, doc. n.º 10).

“Bem demonstra o despacho concessivo da liminar requerida que há relevância jurídica, quanto à arguição de inconstitucionalidade dos dois dispositivos atacados, bem como ocorreu o “periculum in mora”, no tocante ao relativo ao exercício da iniciativa do Governador (...)” (ADIn n.º 546-4/RS, “in” DJU de 8.11.91, acórdão anexo, doc. n.º 11).

No mesmo sentido, esse Excelso Pretório decidiu, em sessão plenária realizada em 18 de março do corrente ano, examinando o **mérito** da ADIn n.º 000015231000:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 286 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE CONSIDERA COMO DE PROFESSOR, PARA TODOS OS FINS DE APOSENTADORIA E DISPONIBILIDADE E DE TODOS OS DIREITOS E VANTAGENS DA CARREIRA, O TEMPO DE SERVIÇO DE OCUPANTE DE CARGO OU FUNÇÃO DO QUADRO DO MAGISTÉRIO OU DE REGENTE DE ENSINO.

Inconstitucionalidade material, no que concerne à aposentadoria especial de professor, prevista no art. 40, III, b. da CF/88, já que a estendeu a todos os cargos e funções do “Quadro do Ma-

gistério” e, ainda, ao de “Regente de Ensino”, resultando contempladas pelo benefício classes de servidores ligadas exclusivamente a atividades de caráter administrativo, estranhas à sala de aula.

Inconstitucionalidade formal, no alusivo às demais vantagens, por afronta ao princípio da independência dos Poderes do Estado, a que estava adstrito o Constituinte Estadual, por força do disposto no art. 25 da CF/88 e no art. 11 do ADCT/88, posto que se trata de matéria de iniciativa privativa do Governador do Estado.

Procedência da ação, declarada a inconstitucionalidade do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais.”

6. É **manifesta**, pois, a inconstitucionalidade de Lei Complementar n.º 9.643/92, por ofensa à regra de iniciativa inserta no art. 61, pará. 1.º da Constituição Federal e, por decorrência, ao princípio de independência e harmonia entre os Poderes (CF/88, art. 25 combinado com o art. 2.º). Para declará-la é cabível a presente ação.

DA SUSPENSÃO CAUTELAR DA LEI IMPUGNADA

7. Estando presentes os requisitos “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” exigidos à sustação cautelar da lei, permite-se o autor pleiteá-la.

Com efeito, sendo relevantes, conforme já se demonstrou, os fundamentos da invocada inconstitucionalidade, há risco de **graves e irreparáveis** danos à Administração, na hipótese de que não se determine, desde logo, a sustação da eficácia da lei.

O cumprimento da Lei Complementar n.º 9.643/92, que concede a remuneração por serviço extraordinário e o adicional noturno a toda a imensa classe de servidores policiais do Estado - civis e militares -, da forma como foi disciplinada, acarretará inevitáveis traumatismos à Administração Estadual.

O Poder Executivo a quem constitucionalmente compete a tarefa de administrar o Estado, tem elaborado estudos e expedido medidas concretas visando à completa reforma administrativa e, igualmente, à efetiva implantação do regime único do funcionalismo estadual, com vistas ao tratamento uniforme e isonômico de direitos, vantagens pecuniárias e deveres. Nesta oportunidade se dará o fiel cumprimento daqueles dispositivos constitucionais que ainda não foram concretizados, adequando-os à realidade administrativa local e a peculiaridade de cada setor funcional.

Antes disso, a obediência à lei impugnada **somente** criará, para os seus destinatários, expectativas que fatalmente se frustrarão.

Mas, nem é só isso. Sabendo-se do assoberbamento a que se encontra submetido esse Egrégio Tribunal, o que, por certo, determinará a demora no julgamento da presente ação, são imprevisíveis as possibilidades de que, não sustada a eficácia da lei e, acolhendo-se a inconstitucionalidade, o que se espera, possa o Estado rever os valores que, em face daquela, injustificadamente pagou. E mais, não permitirá que o Poder Executivo ultime, com critérios justos e adequados, a reforma administrativa a que se propôs.

8. Assim, em tudo e por tudo, é de deferir-se a **liminar** para sustar a eficácia da Lei Complementar n.º 9.643, de 27 de março de 1992.

ISTO POSTO, distribuída a presente em regime de absoluta urgência e cumpridas as formalidades legais, *REQUER* se digne esse Egrégio Supremo Tribunal deferir **cautelamente** a suspensão da eficácia da Lei Complementar n.º 9.643 de 27 de março de 1992, havendo-se por bem, ao final, solicitadas informações à Colenda Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, julgar a ação **procedente** para o efeito de declarar a inconstitucionalidade da referida lei com as cominações e providências de estilo.

Nestes termos, pede deferimento.

BRASÍLIA, 14 de agosto de 1992.

ALCEU COLLARES
Governador do Estado

GABRIEL PAULI FADEL
Procurador-Geral do Estado

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH
Procuradora do Estado

DECISÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 766-1 - medida liminar
Origem: RIO GRANDE DO SUL
Relator: MIN. CELSO DE MELLO
Reqte.: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Advs.: GABRIEL PAULI FADEL E OUTRO
Reqda.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 02.09.92.

DECISÃO: Por votação unânime, o Tribunal deferiu medida cautelar, para suspender a eficácia da Lei Complementar n.º 9.643, de 27 de março de 1992, do Estado do Rio Grande do Sul. Plenário, 03.09.92.

ELEIÇÃO DE DIRETORES DE ESCOLA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Objeto: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (COM PEDIDO DE LIMINAR)

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no fim assinado juntamente com os Procuradores do Estado nominados, que ficam desde já designados para, em conjunto ou separadamente, e independentemente da ordem de nomeação, representarem-no em todos os termos da demanda, vem perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE do § 1.º do art. 213 da Constituição Estadual (doc. n.º 1), da Lei 9.233 de 13 de fevereiro de 1991 (doc. n.º 2), arts. 1.º a 29, e da Lei 9.263 de 5 de junho de 1991 (doc. n.º 3), que regulamentaram o primeiro, fazendo-o com base no art. 102, I, "a", combinado com o art. 103, V, da Constituição Federal e, ainda, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos:

1. O dispositivo constitucional estadual ora impugnado - art. 213, § 1.º — está assim redigido:

"Art. 213. § 1.º — Os direitos das escolas públicas estaduais serão escolhidos, mediante eleição direta e uninominal, pela comunidade escolar, na forma da lei."

E, por sua vez, conforme se comprova pela cópia anexa dos respectivos textos (docs. n.ºs 2 e 3), os dispositivos impugnados da Lei 9.233, de 13 de fevereiro de 1991 (arts. 1.º a 29) e a Lei 9.263 de 5 de junho de 1991 versam, todos, sobre a regulamentação da regra constitucional transcrita.

O indigitado conjunto normativo (CE/B9, art. 213, § 1.º, Lei 9.233/91, arts. 1.º a 29, e Lei 9.263/91) estabelece, portanto, devam ser os diretores das escolas públicas estaduais escolhidos mediante eleição pela "comunidade escolar" (E/B9, art. 213, § 1.º), compreendida esta como "o conjunto de alunos, pais ou responsáveis por alunos, membros do magistério e demais servidores em efetivo exercício na unidade escolar" (Lei 9.233/91, art. 1.º, § 1.º), por um "período de administração (...) de (três) anos" (Lei 9.233/91, art. 20, c/red. da Lei 9.263/91).

2. As normas, no entanto, são, todas, manifestamente inconstitucionais, pois subtraem ao Chefe do Poder Executivo a competência, que lhe é privati-

va, de prover **discricionariamente** as mencionadas funções e, assim, a um tempo, ofendem o princípio da independência e harmonia entre os poderes tal como modelado e imposto aos Estados-membros pela Constituição Federal e, na medida em que as referidas funções constituem a rigor autênticos "cargos em comissão", lesam o princípio da livre nomeação e exoneração inscrito na segunda parte do inciso II do art. 37 daquela Carta Política ou, quando por "em comissão" não se as tenha, o que não se admite, ofendem a exigência do concurso público ao provimento dos cargos, empregos e funções públicas, posta na primeira parte do mencionado inciso II do art. 37.

3. Com efeito, o poder de auto-organizar-se deferido pela Constituição Federal aos Estados-membros não se confunde nem tem a mesma extensão do poder constituinte originário, que, esse, derivado diretamente do "poder estatal", isto é, do poder de "constituir e reconstituir o Estado" (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1946, tomo I, pág. 116"), não tem limites e inaugura "ex novo" a ordem jurídica. O "poder constituinte" estadual, ao contrário, como se sabe, supõe, entre nós, uma ordem constitucional já constituída — a federal — e é dela, exclusivamente dela, que extrai o fundamento de seu exercício.

4. Outorgando aos Estados-membros o poder de auto-organização, estabeleceu a Carta Federal que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e Leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição" art. 25, "caput"), e o ADCT/88, provendo sobre a primeira Carta Estadual após a Constituição de 1988, dispôs que "cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta" (art. 11).

Parece óbvio que o "poder constituinte" reconhecido em ambos dispositivos aos Estados-membros é o mesmo e, conseqüentemente, são os mesmos os "princípios" a que está ele submetido.

Na verdade, a regra do art. 11 do ADCT/88, com atribuir "poderes constituintes" às Assembléias Legislativas, teve o único objetivo de permitir-lhes a elaboração das Cartas Estaduais sem que o fosse pela formalidade da emenda constitucional, a que, inexistente a norma, estariam submetidas em face do princípio da continuidade da ordem jurídica. Entender-se de outro modo, ou seja, que os indigitados "poderes constituintes", por instaurarem a primeira Constituição Estadual após a Carta Federal, são mais amplos que os reconhecidos no art. 25, conduziria ao absurdo de admitir-se que a parte transitória outorgou aos Estados-membros — e apenas para a primeira Constituição! — uma autonomia maior (!) do que a prevista na parte permanente, de forma que, exercida aquela, a autonomia "reduzir-se-ia (!) aos termos dessa. Isso, no entanto, como se disse, por absurdo é inadmissível. Assim, sendo o mesmo o poder de auto-organização em um ou outro caso, não de ser também os mesmos "princípios" a serem observados no seu exercício. E são esses, ao fim e ao cabo, que fixam os limites da autonomia estadual.

5. Não obstante se reconheça difícil a identificação desde logo da totalidade dos mencionados "princípios", até porque a revelação de muitos só

se haverá de dar com a efetiva aplicação prática do texto constitucional, pode-se desde logo afirmar com segurança encontrarem-se entre eles, de um lado, por disposição expressa, as normas dos diversos incisos do art. 37 da Constituição Federal e, de outro, o princípio da independência e harmonia entre os Poderes. Quanto a esse, sobre ser de nossa tradição constitucional no período republicano, liga-se ele diretamente à estrutura do "Estado Democrático de Direito", em que se constituiu a sociedade brasileira (CF/88, art. 1.º), estando consagrado, por isso mesmo, no art. 2.º da Carta da República, que se insere no Título I, "Dos Princípios Fundamentais", e, exatamente por constituir princípio básico do sistema, não admite emenda tendente a aboli-lo (CF/88, art. 60, § 4.º, III) e, para assegurá-lo, justifica inclusive a intervenção da União nos Estados-membros (CF/88, art. 34, IV).

Não podem, pois, os Estados-membros, seja na primeira Constituição elaborada na forma do art. 11 do ADCT/88, seja nas que vierem a adotar como previsto no art. 25 da parte permanente da Carta Federal, seja em suas leis ordinárias, ofender não só as normas dos diversos incisos no art. 37 da Constituição Federal como, principalmente, o princípio da independência entre os poderes.

6. De outra parte, se os Estados-membros já nascem, pelas Carta Política federal, submetidos à observância da independência e harmonia entre os poderes, que, desta forma, lógica e historicamente, lhes é anterior, e se também é certo que não se pode falar em independência e harmonia entre Poderes sem Poderes que existam (e sejam independentes) e sem regras de convivência que viabilizem a "harmonia", infere-se que, antecedendo-lhes também lógica e historicamente, há um modelo de Poderes e de regras viabilizadoras da "harmonia" que, sob pena de ofensa à Constituição Federal, não pode ser desbordado. Admitir-se-ia, por exemplo, que, na moldagem dos Poderes Estaduais, a Constituição do Estado suprimisse do Poder Executivo as funções de administrar ou do poder judiciário as de julgar, outorgando-as a outro Poder ou, o que dá no mesmo; chamando-as a si? Evidentemente, não! Mas não porque, anterior ao Constituinte Estadual, há uma gama mínima de regras modeladoras dos Poderes e de sua forma de convivência à qual se encontra ele absolutamente adstrito.

Esse modelo, evidentemente, há de ser buscado na Constituição Federal. Poder-se-ia, é certo, pretender extraí-lo da doutrina, exigindo como tal aquilo que, segundo ela, constituísse, por exemplo, a forma "ideal" de Poder Executivo, de Poder Legislativo, de "freios e contrapesos", etc., mas, "data venia", tal entendimento não se afigura correto. É que, existindo o princípio na nossa ordem constitucional positiva, e, mais, resultando essa de longo, discutido e, principalmente, legítimo processo constituinte, não parece lícito ignorar, "sic et simpliciter", o recorte de Poderes e de suas inter-relações adotado pela sociedade brasileira como um todo para ir buscá-lo fora do Direito positivo.

Não se trata, frise-se bem, de retornar às asfiantes normas ou do art. 188 da Constituição de 1967, que impunha aos Estados a "adaptação" de suas Cartas às normas constitucionais federais sob pena de àquelas considerarem-se "incorporadas automaticamente", ou do art. 200 da Emenda

da Constitucional 1/69, que, perdendo o constrangimento, as incorporava desde logo, dispensando até a manifestação "adaptativa". Trata-se, sim, de, no desvelar os contornos da separação dos Poderes - básico para o sistema e, pois, de observância obrigatória para os Estados-membros — exigir como parâmetro aquilo que, em Assembléia Nacional Constituinte livre e legítima, recebeu a chancela do povo brasileiro.

Não pode, pois, o "poder constituinte" estadual, na moldagem dos Poderes Estaduais, como não pode o legislador ordinário, atingir aquele substrato mínimo de cada poder que, extraído da Carta Federal, o caracteriza e viabiliza como tal.

7. Posta assim a questão, e sendo certo que, pelo "modelo" federal, ao Chefe do Poder Executivo incumbe precipuamente "administrar" (CF/88, art. 84, II, "verbis": "a direção superior da administração federal"), em que se inclui, como instrumento básico, a competência para prover os cargos e funções públicas (CF/84, XXV), que, tratando-se de "cargo em comissão" ("de confiança"), é livre (CF/88, art. 37, II, segunda parte, "verbis": "de livre nomeação e exoneração"), afigura-se indiscutível a **inconstitucionalidade** do conjunto normativo impugnado (CE/89, art. 213, § 1.º, Lei 6.233/91, arts. 1.º a 29, e Lei 6.263/91). Subtraindo a escolha dos diretores das escolas públicas estaduais à competência do Chefe do Poder Executivo, que, no caso, por tratarem-se as funções de autênticos "cargos em comissão", é **discricionária**, ofende ele, como se disse, a um tempo, a independência e harmonia entre os Poderes tal como modelada e imposta aos Estados-membros pela Constituição Federal e a regra da "livre nomeação" inscrita na segunda parte do art. 37 daquela Carta Política.

De todo modo, quando por "em comissão" não tivessem as funções (e, como se verá, são!), ainda assim seriam inconstitucionais as normas. Aí, então, por ofensa à regra que exige **concurso público** ao provimento de cargos, empregos e funções públicas que não "em comissão" (CF/88, art. 37, II, primeira parte). O dilema é indesejável: ou (a) as funções são "comissionadas" (= "cargos em comissão" = "funções de confiança"), como efetivamente são, e não se lhes podia subtrair o provimento à "livre nomeação" do Chefe do Poder Executivo ou (b) não são, e seria inadmissível **substituir**, em seu provimento, o exigido (constitucionalmente) concurso público por... "eleição pela comunidade escolar".

8. Na verdade, como se pode inferir da própria denominação, as funções de **direção** das escolas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, sendo funções de **chefia**, constituem autênticos "cargos em comissão" na acepção que lhes dá o Texto Constitucional federal, ou seja, funções "de confiança" e, por isso mesmo, de livre nomeação do administrador. Tanto que, devendo ser exercidas por membros do Magistério, são remuneradas por gratificação (Lei 6.672 de 22 de abril de 1974, art. 70, I, "a", doc. n.º 4.º) "equiparada", nos termos expressos da Lei 8.158 de 21 de outubro de 1986, para fins de incorporação, à "função gratificada" (Lei 8.158/86, art. 1.º, doc. n.º 5), que, no Direito Administrativo estadual, é a função "de confiança" demissível "ad nutum" exercida por funcionário cuja investidura decorre de "li-

vre" designação do Chefe do Poder Executivo; portanto, nos termos constitucionais, ... "cargo em comissão".

9. Não havia como pudesse, pois, o conjunto normativo impugnado, **subtrair** ao Chefe do Poder Executivo a escolha dos titulares das direções das escolas públicas estaduais. É, este, ato **privativo** seu, de que ele não pode e **não deve** abrir mão na medida em que é **essencial** à boa implementação de qualquer política educacional, pela qual, note-se, haverá de responder perante quem o elegeu. Na verdade, como concretizar qualquer plano de educação sem uma certa uniformidade de pensamento das direções das unidades escolares acerca de seus fundamentos e finalidades? Absolutamente impossível! Admitida a "eleição", cada direção haverá de traduzir não o pensamento do plano educacional do Governo — e para implementá-lo, repita-se, é que este, em pleito popular, foi eleito! — mas, sim, das diversas (e não **centenas!**)... "comunidades escolares"!

10. Aliás, **em caso idêntico**, afirmando a impossibilidade de adotar-se a "eleição" para escolha de diretores de escolas públicas, já se manifestou inclusive o Supremo Tribunal na Representação n.º 1.473-SC, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, julgada em 14 de setembro de 1988 e assim ementada:

"Nomeação para cargo em comissão de diretor de escola pública, mediante eleição pública, mediante eleição pelos professores, alunos e pais de alunos. Sendo o cargo em comissão conformado à confiança do poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos às formas previstas no artigo 97, parágrafos 1.º e 2.º, não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão. Não tendo as escolas públicas de primeiro grau a autonomia administrativa e financeira conferida à universidade, não há que cogitar de investidura em seus cargos de direção por eleição. Representação julgada procedente para e declarada a inconstitucional o artigo 1.º da Lei 6.709 de 12 de setembro de 1985, do Estado de Santa Catarina" (cf. acórdão anexo, doc. n.º 6).

Embora exarado sob o pálio da Constituição anterior, o acórdão transcrito tem perfeita aplicabilidade também na atual. As regras dos §§ 1.º e 2.º do art. 97 da Constituição de 1967 (red. da EC 1/69), invocadas no aresto, foram **repetidas**, talvez até **com mais rigor**, no inciso II do art. 37 da Constituição de 1988, de modo que esse, como os anteriores §§ 1.º e 2.º do art. 97, "limita" o provimento dos cargos públicos às formas ali previstas (concurso público ou "livre nomeação" para os cargos "de confiança"), **não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão**".

Aliás, e ainda **recentíssimamente**, há **menos de 15 (quinze) dias**, em Ação Direta de Inconstitucionalidade versando **norma idêntica** editada **sob a vigente Constituição**, o Supremo Tribunal Federal entendeu relevantes os fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade argüida e **suspendeu cautelamente** a norma (cf. ADIn n.º 573-1/600SC, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, petição inicial, doc. n.º 7, e tira de julgamento, doc. n.º 8).

11. Desta forma, inconstitucionais que são as normas impugnadas, cumpre ao Autor, no indeclinável dever que lhe advém da condição de Chefe do Poder Executivo, e sem qualquer desmerecimento à Egrégia Assembléia Legislativa, propor a presente ação para que se declare a inconstitucionalidade.

DA MEDIDA CAUTELAR

12. De outra parte, presentes estão os pressupostos ("fumus boni iuris" e "periculum in mora") ao deferimento da **sustação cautelar** das normas impugnadas.

13. Com efeito, conforme se pode verificar, nos termos do impugnado art. 10 da Lei 9.233 de 13 de fevereiro de 1991, "a comunidade escolar (...) será convocada pela Comissão Eleitoral (...) **na segunda quinzena de setembro para na segunda quinzena de outubro proceder-se à eleição**". Está-se, portanto, às vésperas do desencadeamento do processo "eleitoral" com todos os seus desdobramentos, que se consumará, com a "eleição", na **segunda quinzena de outubro**".

Ora, sendo certo, intuitivo, o clima de **disputa** desencadeado por qualquer processo eletivo, e sendo relevantes, relevantíssimos (inclusive porque baseados, como se demonstrou em precedentes desse próprio Egrégio Supremo Tribunal), os fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade argüida, já por isso impor-se-ia a sustação cautelar das normas impugnadas. Não é possível lançar as escolas, desviando as de suas finalidades maiores de prestação do ensino, na intranqüilidade de um processo "eleitoral" cuja constitucionalidade está sendo contestada perante a Corte Suprema com base em precedentes da ... **própria Corte!**

Mas não é só. Como o julgamento do mérito da presente ação, seja pelas formalidades do processo (colhida de informações, ouvida da Procuradoria-Geral da República, etc.), seja pelo assoberbamento desse Egrégio Tribunal, dificilmente ocorrerá antes do prazo legalmente assinado à realização das "eleições" ("segunda quinzena de outubro"), não deferida liminarmente a sustação da eficácia das normas impugnadas, as "eleições" ... **realizar-se-ão**. E, em conseqüência, ver-se-á o Autor na contingência de conviver com direções de escolas talvez absolutamente desafinadas com o plano administrativo do Governo (para cuja implementação, repita-se, foi ele eleito), com graves, gravíssimas, conseqüências para a tranqüilidade e bom desenvolvimento da ordem administrativa. Quem, durante a tramitação do processo, as fará dar cumprimento exato às determinações superiores?

E, note-se, no caso, tornando ainda mais delicada a situação, há uma particularidade relevantíssima. Na recente greve do Magistério, em que diretores fecharam compulsoriamente escolas e atestaram falsamente efetividades, o Autor teve que agir energeticamente, inclusive propondo ação direta de inconstitucionalidade, e **obtendo medida cautelar**, de textos locais que determinavam o pagamento dos dias não trabalhados e proibiam punições (cf. ADIn 546-4-RS, petição anexa, **doc. n.º 9**, e despacho deferitório da liminar, **doc. n.º 10**). Tal fato, como é natural, gerou séria inconformidade no Magistério, que **ainda persiste** e evidentemente, põe ainda mais à mostra a absoluta ne-

cessidade, para o bom exercício da administração, de serem os titulares das unidades escolares da mais absoluta confiança do Autor. Aliás, conforme se pode verificar pelos documentos anexos, a imprensa gaúcha bem retrata o nível delicado do relacionamento (cf. recortes, docs. n.ºs 11 a 16) e a Secretária da Educação chegou a receber de diretores manifestações formais expressas de descumprimento não só de ordens superiores como da ...lei (cf. doc. n.º 17)!

14. Desta forma, como se vê, é indiscutível o cabimento da sustação liminar, que, de resto, como se disse, **recentíssimamente**, em caso idêntico, **já foi deferida**, à unanimidade, por esse Egrégio Supremo Tribunal (ADIn n.º 573-1, SC, petição inicial, doc. n.º 7, e tira de julgamento, doc. n.º 8).

ISTO POSTO, REQUER se digne esse Egrégio Tribunal DEFERIR LIMINARMENTE a sustação cautelar da eficácia das normas impugnadas (Constituição Estadual, art. 213, § 1.º, Lei 9.233 de 13 de fevereiro de 1991, arts. 1.º a 29, e Lei 9.263 de 5 de junho de 1991) e, após, colhidas informações da Colenda Assembléia Legislativa do Estado e ouvido o eminente Procurador-Geral da República, julgar ação procedente para o efeito de declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Nestes termos, pede deferimento.

BRASÍLIA, 11 de agosto de 1991.

ALCEU COLLARES
Governador do Estado

GABRIEL PAULI FADEL
Procurador-Geral do Estado

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado

**ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(MEDIDA CAUTELAR)**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
(Liminar n.º 578)**

Origem: OISTRITO FEERAL
Relator: MINISTRO PAULO BROSSARO
Requerente: GOVERNAOOR OO ESTAOO OO RIO GRANOE OO SUL
Requerido: GOVERNAOOR OO ESTAOO OO RIO GRANOE OO SUL E AS-
SEMBLÉIA LEGISLATIVA OO ESTADO OO RIO GRANOE OO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARO: Na ação direta de inconstitucionalidade 578 o Governador do Estado do Rio Grande do Sul impugna o § 1.º do art. 213 da sua Constituição:

“Art. 213

§ 1.º — Os diretores das escolas públicas estaduais serão escolhidos, mediante eleição direta e uninominal, pela comunidade escolar, na forma da lei.

assim como a Lei n.º 9.233, de 13 de fevereiro de 1991, e a Lei n.º 9.263, de 5 de junho de 1991, que regulamentaram o mencionado dispositivo constitucional.

2. Alega que o conjunto de normas é inconstitucional porque subtraem do Poder Executivo a competência privativa de preencher discricionariamente as funções de diretor de escola pública estadual, a teor do inc. II do art. 37 da Constituição:

“Art. 37.

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

princípio aplicável ao direito constitucional estadual por força do “caput” do art. 25 da Constituição, e do “caput” do art. 11 do ato das suas Disposições Constitucionais Transitórias.

3. Invoca os precedentes da Representação n.º 1.473-B-SC, relatada pelo Min. CARLOS MAOEIRA, O. J. de 14.10.BB, e da medida liminar na AOIn

n.º 573-1/600-DF, relatada na Sessão Plenária de 05.09.91 pelo Min. NÉRI DA SILVEIRA.

4. Pede a concessão de medida liminar tendo em vista que a eleição será convocada pela Comissão Eleitoral nesta segunda quinzena de setembro e realizada na segunda quinzena de outubro, a teor do art. 10 da Lei n.º 9.233, de 13 de fevereiro de 1991, e que, como vem sendo retratado pela imprensa, há delicado relacionamento entre os professores e a Administração Pública.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD (Relator): Os fatos são simples e certos. O § 1.º do art. 213 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul prescreve que "os diretores das escolas públicas estaduais serão escolhidos mediante eleição direta e universal, pela comunidade escolar, na forma da lei". A Lei n.º 9.232, de 13.II.91, cuida dos conselhos escolares, e a Lei n.º 9.233, de 31.II.91, alterada pela Lei n.º 9.263, de 5.IV.91, regula o provimento dos cargos de diretor e vice-diretor ou vice-diretores mediante eleição. Não foi questionada a Lei n.º 9.232, mas foi impugnada a constitucionalidade do § 1.º do art. 213 da Constituição estadual e das Leis n.ºs 9.233 e 9.263, que o complementar e com ele formar uma unidade. Segundo essas normas os diretores e vice-diretores das escolas públicas estaduais serão escolhidos pela comunidade escolar de cada unidade, acrescentando que "eleito o diretor e o(s) vice-diretor(es) da escola, a Comissão Eleitoral entregará a documentação relativa ao processo eleitoral ao presidente do Conselho Escolar ou na falta desse ao Diretor da escola que, em três dias, contados do recebimento, comunicará oficialmente o resultado ao Delegado de Educação e este, em dez dias, oficiará ao Secretário de Educação para fins de designação". Será de três anos "o período de administração do diretor e do(s) vice-diretor(es)", segundo o art. 20 da Lei n.º 9.233, com a redação que lhe deu a Lei n.º 9.263. Dispõe ainda sobre a vacância da função de diretor e de vice-diretor e no art. 27 prevê a destituição deles, verbis, "a destituição do diretor ou vice-diretor somente poderá ocorrer motivadamente, após sindicância em que lhe seja assegurado o direito de defesa e face à ocorrência de fatos que constituam falta de idoneidade moral, de disciplina, assiduidade ao serviço, eficiência, ou infração funcional prevista no Estatuto do Magistério do Estado do Rio Grande do Sul, como passível da pena de demissão".

2. Como se vê, os cargos de direção das escolas públicas estaduais, ou "as funções de diretor e de vice-diretor", como diz a lei, são providos mediante eleição e à margem de qualquer interferência do chefe da administração e esta a mácula das normas apontada pelo autor da ação.

A questão não é nova a este Tribunal. Quatro vezes, pelo menos, ele a enfrentou. Na Representação n.º 1.473, de Santa Catarina, relator o Ministro CARLOS MADEIRA, na ADIn n.º 244, do Rio de Janeiro, relator o Ministro CELSO DE MELLO, na ADIn n.º 387, de Rondônia, relator o Ministro CELSO DE MELLO, e na ADIn n.º 573, de Santa Catarina, relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA.

Por unanimidade de votos, decidiu o STF na Representação n.º 1.473, "nomeação para cargo em comissão de diretor de escola pública, mediante eleição pelos professores, alunos e pais de alunos. Sendo o cargo em comissão conformado à confiança do poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos às formas previstas no art. 97, parágrafos 1.º e 2.º, não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão".

Na ADIn n.º 244, notou o Ministro CELSO DE MELLO, "a subordinação constitucional da Polícia Civil ao Governador do Estado (CF, art. 144, § 6.º) acentua a integração do organismo policial na estrutura institucional do Poder Executivo e destaca, na esfera da Administração Pública local, a primazia político-jurídica do Chefe do Poder Executivo dessa unidade da Federação. Os preceitos ora impugnados, inscritos na Constituição do Rio de Janeiro, parecem restringir — com ofensa ao princípio da separação de poderes — a competência jurídico — administrativa do Governador do Estado, afetada, em seu exercício, por um sistema de co-participação popular não autorizado, prima facie, pelo texto da Lei Fundamental. Ao relevo jurídico do tema, associa-se situação configuradora do *periculum in mora*, a justificar o deferimento do provimento cautelar requerido." A cautelar foi concedida por unanimidade.

Na ADIn 387, acentuou seu relator, o Ministro CELSO DE MELLO, "reveste-se de plausibilidade jurídica a objeção deduzida pelo Autor contra preceito legal que, excluindo por completo o Governador do Estado do sistema de investidura de cargos e funções de direção escolar, ordenou-lhes o preenchimento "mediante processo de eleição direta na comunidade escolar". A existência do "fumus boni juris" parece assentar-se nos preceitos constitucionais que proclamam tanto a liberdade de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II, "in fine") quanto a exclusividade do Chefe do Executivo para o provimento, quer em comissão, quer em caráter efetivo, dos cargos que se estruturam na esfera do Poder que dirige (CF, art. 84, XXV)". A decisão foi unânime.

Na ADIn n.º 573, seu relator, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, não aprofundou o exame desta matéria porque, para conceder a cautelar, lhe bastou a inconstitucionalidade formal decorrente da falta de iniciativa do Governador em tema "cuja iniciativa deveria ser do Governador do Estado". decisão unânime.

4. Se, anteriormente, a Lei n.º 8.025, de 14.VIII.85, art. 1.º, estabeleceu que o Secretário de Educação escolhia o diretor dentre lista tríplice elaborada pela denominada comunidade escolar, agora, pelas Leis n.ºs 9.233 e 9.263, o Chefe do Poder Executivo fica excluído do processo de provimento dos cargos de direção das escolas públicas estaduais, restando ao Secretário da Educação apenas designar o eleito pela comunidade escolar para exercer a direção por três anos, arts. 19 e 20. Dessa forma a unidade da administração pública sofre uma ruptura, uma parte sujeita ao Governador do Estado, outra apartada do Chefe do Poder Executivo.

5. Convém lembrar, ainda que a título de mero esclarecimento, que não

cerca de 3.500 as escolas estaduais, segundo memorial do CEPERS; esse segmento do serviço público absorveu, no exercício passado, 39% da receita líquida de impostos; por esses dados pode-se mensurar as proporções da ditomia estabelecida na administração.

6. De mais a mais, se os diretores das escolas públicas podem ser escolhidos por eleição dos interessados, por que o mesmo processo de provimento não deveria ser adotado em relação aos delegados de polícia, (veja-se, a propósito, a ADIn n.º 244-9, do Rio de Janeiro, relator o Ministro CELSO DE MELLO), aos diretores dos centros de saúde, aos chefes das repartições da fazenda, aos comandantes dos destacamentos da Brigada Militar, e assim por diante? Desta maneira a unidade da administração ficaria reduzida a uma sucessão de ilhas ou feudos em relação aos quais o Governador teria apenas a incumbência de prover de verbas e nada mais.

7. Não vejo necessidade de entrar na análise da natureza do cargo ou da função de diretor de escola, que o Governador sustenta ser em comissão e o Centro de Professores contesta, pois, seja em comissão, seja em caráter permanente, seja em caráter temporário, ainda que a termo, pela Constituição, caberia ao Governador o seu provimento, CF, art. 37, II.

8. De outra parte, em face das leis questionadas, em que medida os diretores das escolas estão sujeitos ao poder hierárquico do Governador que é o Chefe da administração estadual? Ou devem prestar contas aos seus eleitores, dos quais emana sua investidura? Que relação existiria entre o diretor da escola e o Governador? São questões que ficam sem resposta.

9. Com meu sábio professor de Direito Administrativo, RUY CIRNE LIMA, aprendi que "a hierarquia é essencial à organização administrativa". Seguindo o seu magistério, inesquecível aos seus alunos;

"traduz-se o funcionamento da organização hierárquica em alguns princípios de ação que, relativamente àquela, podem ter-se como fundamentais. Entre estes, merecem menção os seguintes: a) ao superior hierárquico compete orientar e dirigir a atividade de seus subalternos, por intermédio de atos regulamentários. ... b) ao superior hierárquico incumbe suspender ou revogar os atos administrativos, praticados por subalterno, quando contrários ao direito, inconvenientes ou inoportunos. Essa atribuição é suscetível de exercer-se, tanto por provocação como "ex-offício". A devolução ao superior hierárquico do conhecimento do ato administrativo, praticado pelo subalterno, opera-se por intermédio do recurso hierárquico, ou da avocação. ... c) o superior hierárquico exercita, sobre os funcionários subalternos, ação disciplinar", **Princípios de Direito Administrativo**, 6.ª ed., 1987, p. 155, 157 e 158.

10. Tenho para mim que a concessão da cautelar pleiteada se encontra suficientemente justificada, seja pelo seu fundamento jurídico, que me parece relevante, seja pelo "periculum in mora", dado que nesta quinzena de setembro deverão instalar-se as comissões eleitorais e as eleições deverão

realizar-se em outubro, nos termos exatos da lei. Atento aos antecedentes da Corte, voto pela concessão da cautelar.

DECISÃO

Por votação unânime, o Tribunal deferiu Medida Cautelar, para suspender a eficácia do § 1.º do artigo 213 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, da Lei n.º 9.233 DE 13.02.1991 (artigos 1.º e 29) e da Lei n.º 9.263 de 05.06.1991, ambas do mesmo Estado. Votou o Presidente Plenário, 25.09.1991.

O ACESSO DO VEREADOR A INFORMAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL E A INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

**Defesa de norma impugnada em ação
direta de inconstitucionalidade**

PAULO ROBERTO PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR ADALBERTO LIBÓRIO BARROS, DIGNÍSSIMO RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 590043832

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, juntamente com o Procurador do Estado signatário, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade dos artigos 65, § 2.º e 3.º, e 37, § 1.º e 2.º da Lei Orgânica do Município de Dom Pedrito, em que é requerente o Senhor Prefeito Municipal e requerida a Câmara de Vereadores, com fundamento no 4.º do artigo 95 da Constituição Estadual, vêm promover defesa da norma impugnada, nos termos das razões anexas, requerendo a Vossa Excelência sua juntada aos autos.

Porto Alegre, 26 de julho de 1990.

JORGE ARTHUR MORSCH
Procurador-Geral do Estado

PAULO ROBERTO PIRES
Procurador do Estado

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Prefeito Municipal de Dom Pedrito pleiteia, na presente ação, a declaração de inconstitucionalidade, em tese, dos artigos 65, § 2.º e 3.º, e 37, § 1.º e 2.º, da Lei Orgânica Municipal. Mencionados artigos estabelecem que o Vice-Prefeito e os Vereadores locais têm acesso às informações do interesse da administração municipal. Sustenta o Autor que tais dispositivos ferem os princípios da independência e harmonia entre os Poderes.

PRELIMINARMENTE

Fica claro, desde logo, que a ação pretende a declaração de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal. Os artigos da Lei Orgânica são inquinados de inconstitucionalidade por ferirem os princípios da independência e harmonia dos Poderes, ambos insculpidos na Carta Federal e adotados imperativamente pela Constituição Estadual. Tanto é assim que não é de se admitir que algum Estado da Federação tenha deixado de recepcionar tais princípios na sua Constituição. O radical constitucional se origina, pois, na Constituição Federal. A arguição visa, portanto, a uma declaração de inconstitucionalidade, em tese, em face da Lei Maior.

O regime vigente não abriga esta espécie de pretensão. É formalmente improcedente o pedido tendo em conta o desabrigo da Lei Maior.

O que a Carta Federal estatuiu conforme inteligência dos artigos 102, inciso I, letra, a e 125, § 2.º, foi a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, perante o Supremo Tribunal e de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça do Estado.

Induvidosa a intenção do Constituinte federal de reservar ao Supremo Tribunal Federal a exclusividade da apreciação das arguições de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual, em face da Constituição Federal, enfatizando a condição de guardião da Carta Magna, daquela Corte, silenciando, contudo, relativamente à lei ou ato normativo municipal.

É de se considerar, ainda, a uniformidade das decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Federal. Nem ao Supremo, nem aos Tribunais de Justiça, cabe ação para a simples declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, exceto o contencioso constitucional **in concreto**.

Por todos esses fundamentos evidencia-se a flagrante inconstitucionalidade da letra d, do inciso XII, do artigo 95 da Constituição Estadual, que pretende conceder ao Tribunal de Justiça uma competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Este a detém, repita-se, para apreciar apenas o contencioso de inconstitucionalidade **in concreto**, e não apenas de declaração em tese.

Por oportuno, vale transcrever a lição atualíssima sobre a matéria do Professor Celso Ribeiro Bastos, na 12.ª edição do seu Curso de Direito Constitucional, págs. 328/329:

"O Constituinte ao dispor sobre os Tribunais dos Estados foi bastante feliz, conferindo a estes órgãos a competência para verificação de inconstitucionalidade das leis e atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual.

No sistema anterior, não havia o controle por via de ação direta das leis e atos da alçada municipal; estes eram controlados através do mérito difuso, ou seja, pela via da exceção ou defesa. Desta forma, temos um sistema maior onde o Supremo Tribunal Federal cuida do controle da constitucionalidade das normas e atos

federais e estaduais em face da Constituição Federal. E, na alçada estadual, um outro sistema concentrado que controla a constitucionalidade das normas e atos municipais e estaduais perante a Constituição dos Estados, portanto um microsistema de controle da constitucionalidade.

Cabe lembrar, por prudência, que as leis municipais não são passíveis de controle por via de ação direta em face da Constituição Federal, portanto pelo Supremo Tribunal Federal."

Igualmente esclarecedor o magistério do Professor José Afonso da Silva ao indicar as competências para a declaração de inconstitucionalidade genérica:

*"a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada à obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade...
b) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual;"*

(Curso de Direito Constitucional Positivo, 6.ª edição, pág. 50).

Não tem referência na doutrina a hipótese de declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou de artigo de lei municipal, ambos objeto da presente ação, perante a Constituição Federal.

NO MÉRITO

1. A tão reivindicada autonomia municipal, que sensibilizou o Constituinte de 1988 a consolidá-la e ampliá-la, encontra, algumas vezes, nos próprios municípios, quem lhe ofereça obstáculos e resistência. Tem sido muito cômodo, por exemplo, aos chefes do Executivo, apelarem para a proteção do amplo manto dos princípios da independência e harmonia dos Poderes, quando consideram ameaçado o poder quase imperial que lhe é conferido em nome da nossa tradição presidencialista.

Contraditoriamente, a cada reação oferecida a iniciativas legislativas mais inovadoras e que não ferem princípios constitucionais, os chefes de Executivos municipais inibem o exercício da própria autonomia tão reivindicada e historicamente conquistada.

Ora, sabendo-se que **autonomia política** compete ao Poder Legislativo e **autonomia administrativa** ao Poder Executivo, evidencia-se que a capacidade de auto-organização do município é a prerrogativa mais importante e apropriada para fazer valer a autonomia municipal. Se é verdade que existem zonas de sombras e espaços indefinidos na delimitação da abrangência dos princípios constitucionais da independência e da harmonia dos Poderes, é de se defender que a dúvida seja usada em favor da autonomia municipal e não apenas em favor do Chefe do Poder Executivo.

José Afonso da Silva preleciona que:

"... a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao es-

tabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados." (Curso de Direito Constitucional Positivo, RT, 6.ª ed. págs. 97 e 98). (Grifamos).

Em outras palavras, o princípio da independência e da harmonia entre os poderes existe para estabelecer um equilíbrio e não para privilegiar qualquer um deles.

2. A fundamentação oferecida para buscar a declaração de inconstitucionalidade dos artigos da Lei Orgânica que permite o acesso do Vice-Prefeito e dos Vereadores às informações do interesse da administração municipal parte de um equívoco. O de que as normas impugnadas resultem de lei ordinária e não da Lei Orgânica. Poderiam, até as razões serem procedentes não fosse este aspecto fundamental, qual seja, os artigos impugnados são da Lei Orgânica que é expressão da prerrogativa de auto-organização do Município conferido ao Poder Legislativo, sem a interferência do Prefeito Municipal.

Nada mais oportuno do que trazer, desde logo, uma elucidativa conceitualização do Professor José Afonso da Silva sobre as **funções do poder**:

"O Prefeito é o chefe do Poder Executivo e chefe da administração local. Caberá à lei orgânica de cada Município discriminar as funções de competência do Prefeito, que, a grosso modo, se distinguem em funções de governo e funções administrativas. As primeiras compreendem as funções políticas, tais como: representação do Município, direção geral dos negócios municipais, relações com outras autoridades; as funções colegislativas, como, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, vetar projetos de lei..." (O Município na Constituição de 1988-RT, páginas 11 e 12). (Grifamos).

Articuladas com estes conceitos do mestre José Afonso da Silva, transcrevemos observações de Mayr Godoy, em recente monografia sobre a Câmara Municipal:

"Ao aplicar-se a simetria constituinte dos poderes do governo, exsurge, no direito constitucional brasileiro, a Câmara Municipal, eleita pelo povo, como titular do poder organizante decorrente para, em nome do povo, que a constitui, aprovar a Lei Orgânica do Município".

"A Lei Orgânica do Município é uma lei sui generis. É lei assemelhada à Constituição, a "lex constitutionis", à qual não se junta a vontade do Poder Executivo; é discutida e votada pelo Poder Legislativo que a promulga..."

(Mayr Godoy in "A Câmara Municipal", Páginas 26 e 27). (Grifamos).

A primeira constatação que nos resulta clara com a ilustração das citações transcritas é de que as funções colegislativas do Prefeito Municipal só se dão em decorrência do disposto na Lei Orgânica do Município que, por sua vez, é resultado da função melhor dita "organizativa decorrente" da Câmara de Vereadores. Não há que se falar em invasão de competência ou agressão

ao princípio da independência dos Poderes pelo fato de o Legislativo Municipal, exercendo sua competência de poder organizante do Município, estabelecer na Carta local normas procedimentais relativas ao Vice-Prefeito, vereadores e servidores.

3. As razões que resultaram na presente ação referem àquelas funções colegislativas comuns do Prefeito exercidas com a Câmara de Vereadores como a sanção, promulgação, publicação e veto. Originam-se, também, com a competência legislativa exclusiva do Prefeito conforme está disposto no artigo 50 da Lei Orgânica do Município. Sob este enfoque é que, seguramente, a arguição foi ajuizada.

Todavia, do que se deve tratar de um lado, é da autonomia municipal que confere ao Município a prerrogativa de auto-organização e, de outro, da competência exclusiva da Câmara Municipal para estabelecer esta auto-organização através da Lei Orgânica. Sob estes aspectos é que a matéria deve e está sendo tratada.

De outra parte, o invocado princípio da independência dos Poderes precisa ser bem definido no objetivo de melhor esclarecer as presentes razões.

É ainda o Professor José Afonso da Silva quem esquematiza com clareza os pressupostos básicos para a existência da independência entre os Poderes:

"a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependam nem da confiança, nem da vontade do outro;

b) que no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisem os titulares consultar os outros, nem necessitem de sua autorização;

c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais". (Curso de Direito Constitucional Positivo-pág. 97).

É de se indagar em qual destas condições as normas impugnadas estariam interferindo para caracterizar alguma agressão ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes?

Seguramente em nenhuma das condições.

DIANTE DO EXPOSTO REQUEREM:

a) O não conhecimento da presente por não competir ao Egrégio Tribunal de Justiça decidir sobre inconstitucionalidade de Lei Municipal em face da Constituição Federal, ainda que adotada imperativamente pela Constituição Estadual;

b) O não conhecimento por não existir a figura de declaração de inconstitucionalidade em tese de Lei Municipal em face da Constituição Federal;

c) A improcedência total do pedido por não ferirem qualquer princípio da Constituição Federal os artigos 65, § 2.º e 3.º e 37, § 1.º e § 2.º da Lei Orgânica do Município de Dom Pedrito;

d) A suspensão da liminar concedida, em primeiro lugar por não ocorrer, no caso, em nenhuma hipótese, o "periculum in mora" e pelas razões oferecidas em contestação não existir nem mesmo o "fumus boni juri".

PORTO ALEGRE, 26 de julho de 1990.

CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

IMPUGNAÇÃO DO EMBARGADO

JORGE UBIRAJARA MACHADO OSÓRIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 1.ª VARA
DA COMARCA DE FARROUPILHA

PROCESSO N.º 13.695/662-92

ESPÉCIE: EMBARGOS DO DEVEDOR

(Ref. Execução Fiscal n.º 12.578/885-91)

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial infra-assinado, com apoio no Art. 17 da Lei n.º 6.830, de 22-09-80, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência oferecer impugnação aos embargos opostos por INDÚSTRIA DE CALÇADOS TORRE LTDA., para o que passa a expor e requerer.

I — AS RAZÕES DO EMBARGANTE

1. Insurgindo-se contra a Execução Fiscal n.º 12.578/885-91, diz, em síntese, o embargante:

a) "... que o Estado, invocando a Lei Federal 8.177/91, pretende exigir o ICMS 'corrigido' com base no Bônus do Tesouro Nacional Fiscal e na Taxa Referencial Diária — TRD, oferecendo à execução um 'montante' em 17/09/91 que não reflete, de forma alguma, o débito da Embargante." (fl. 03);

b) "Segundo a Constituição Federal, artigos 22, VI, e 48, XIII, compete privativamente à União, através do Congresso Nacional, legislar e dispor sobre matéria financeira e monetária. Com base nesta competência, ... foi instituído o BTN Fiscal ..." (fl. 03);

c) "Apressou-se então o Estado, e editou a Lei n.º 8.913, de 30/10/89, pela qual determinou que os tributos de sua competência passariam a ser indexados pelo BTN Fiscal ... A lei estadual, a toda a evidência, é inconstitucional ... invadiu a seara privativa da União e do Congresso Nacional.

Ademais, é tal lei também ilegal, ... vai de encontro ao conteúdo do artigo 1 da lei 7.799/89. O BTN Fiscal foi instituído especificamente ... como indexador para 'tributos e contribuições de competência da União'. (fl. 03);

d) "Uma vez extintos o 8TN e BTN-F, o Estado passou a lançar mão da Taxa Referencial... procedimento ainda mais absurdo." (fl. 04);

e) "Com ... Lei 8.177, de 1.º de março de 1991, houve a desindexação da economia, ... extinção ... do 8TN Fiscal. ... criação da Taxa Referencial (TR) e a Taxa Referencial Diária (TRD). ..." (fl. 04);

f) "... os entes tributantes, com fulcro no artigo 9 da Lei, continuaram a exigir o pagamento dos tributos 'corrigidos monetariamente', agora com base na TRD, ..." (fl. 05);

g) "E o que se viu foram unânimes e sucessivas manifestações do Poder Judiciário, inclusive do Supremo Tribunal Federal ... no sentido de ser inaplicável a TR/TRD sobre débitos tributários." (fl. 05);

h) "É certo que, pelo artigo 3.ª da Lei 8.218/91, foi mantida a incidência da TRD sobre os débitos exigíveis ... para com a Fazenda Nacional e o INSS, como juros de mora." (fl. 06);

i) "... o ICMS não compõe os créditos da Fazenda Nacional, e tampouco do INSS, inexistindo previsão legal para a incidência da TRD sobre os débitos objeto da presente execução." (fl. 06).

2. Também cita jurisprudência relativa à matéria previdenciária, que é de todo em todo inaplicável à espécie.

3. Após, requer a intimação da Fazenda Pública Estadual, com vista ao que dispõe o Art. 17 da Lei n.º 6.830/80, mais "a procedência dos Embargos, com o cancelamento da execução no que relativa ao excesso oriundo da utilização dos ilegais e inconstitucionais critérios de 'correção monetária' adotados pelo Estado; o deferimento de todos os meios de prova em direito admitidos."

4. Eis, pois, o quanto articulado pelo embargante.

II — AS RAZÕES DO EMBARGADO

1. "Ab initio", cumpre desnudar, por relevante à temática proposta, a origem da dívida e sua natureza, assim, também a razão maior da contenda.

Nessa esteira, é bem de ver que se funda a dívida inscrita em lançamento por homologação de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços — ICMS, com base no disposto nos Arts. 3.º, 4.º, 14, 15, 16, 17, 24, 25, 36, 45, II, 51 e 52, todos da Lei Estadual n.º 8.820, de 27-01-89, e no Art. 54 do Decreto n.º 33.178/89 (Regulamento do ICMS), porque informado em Guia de Informação e Apuração do ICMS — GIA, vale dizer imposto informado pelo devedor (contribuinte de direito), já cobrado do consumidor final (contribuinte de fato), decorrente de operações relativas à circulação de mercadorias praticadas num determinado período, e não repassado tempestivamente ao Fisco Estadual, circunstância que poderia ensejar, quiçá, ação penal própria, forte no que dispõe o Art. 2.º, II, da Lei Federal n.º 8.137, de 27-12-90, tocantemente às operações realizadas a partir de então.

Destarte, pode-se asseverar que, em se tratando de Imposto ao Fisco informado e a ele não repassado, os empresários, inadimplentes de um imposto embutido no preço final de suas mercadorias circuladas, estão sendo financiados, no capital de giro pelos consumidores finais, o que aliás, levou

ao economista ALFREDO MENEGHETTI, estudioso das questões tributárias, da Fundação de Economia e Estatística — FEE, a concluir que a diferença entre sonegador de impostos e inadimplentes é mínima, pois, não pagando "... um imposto já recolhido, estão sonegando, ainda que um deles, o inadimplente, reconheça que deve". (ZERO HORA, pág. central, edição de 24-03-92).

Enquanto isso, os presidentes das respeitáveis FEDERASUL e FIERGS reconhecem, igualmente de forma pública, o "subsídio", lembrando que "é necessário uma mudança na legislação para se chegar a uma cobrança inteligente." (mesmo periódico, mesma data).

Ora, é preciso, então, ferir de morte esse quadro de confessada e generalizada apropriação indevida, fulminando, desde logo, tal repugnante processo de institucionalização de desobediência civil, que poderá significar, antes do que se possa imaginar, a insolvência do Estado e, pelo efeito multiplicador de seus administrados, sobre instauração do regime do caos jurídico-tributário, como se já não bastasse o que, atônita, assiste a sociedade brasileira.

Para tanto, ao Judiciário está reservado, mais do que a qualquer outro Poder da República, consolidar verdadeira "cruzada nacional" contra condutas que tais, forjadas na marginal da lei, negando, sem maiores delongas, a prestação jurisdicional buscada pelos maus contribuintes de tributos. Assim, estará, por certo, resgatando o pleno conteúdo econômico da obrigação tributária negada ou indevidamente retida, em geral, manifestamente líquida, certa e exigível, e impedindo a concorrência desleal e danosa que a conduta desses agentes acarreta.

E há quem assevere que "tributo é norma de rejeição social ..."

Assim verdadeiramente é, porém, somente aos seguimentos que se loqueletam ilicitamente; seja pela via da retenção indevida do imposto cobrado, num primeiro momento, e noutro, pela tentativa chã de entregá-lo ao Fisco, tempos depois, sem nada de atualização monetária.

É preciso dizer, neste limiar, que a razão maior dos embargos do devedor reside na possibilidade de maximizar o "subsídio", protelando, inda mais, o momento do recolhimento da pecunária relativa à obrigação tributária já, há muito tempo, cobrada do consumidor de fato, eis inatacáveis e juridicidade e constitucionalidade do lançamento fiscal, como ficará demonstrado, à saciedade, a seguir.

2. Nesse sentido, releva registrar, a "prima facie", que o Estado-exeqüente, não exercita a atividade de cobrança dos seus haveres creditícios de forma arbitrária, mas dentro da absoluta legalidade, inspirado também na equidade.

E assim é porque, em Estados de Direito como o nosso, que adota a intocável forma federativa, vige o império da lei e não o da vontade subalterna do homem, sendo a legalidade, por isso, princípio constitucional prevalente a todos os demais relativos à administração pública.

Subsumindo o ponto de vista expandido, GERALDO ATALIBA, com a maestria que lhe é peculiar, ensina:

"Quis o Estado que, em matéria de direito público, vigorasse o princípio da legalidade. O Estado só pode agir na forma que a lei determinam ou consentir expressamente. Kelsen chega mesmo a

afirmar — e não sofreu contestação por ninguém de expressão, depois disso — que em direito público não existe o princípio da licitude implícita, aquele princípio que é universalmente acatado, segundo o qual 'o que não é proibido, é lícito.' Isto é válido na esfera do direito privado. Na esfera de atuação do Estado, prevalece o critério inverso — o que não for consentido é proibido. Kelsen diz mesmo: não há necessidade de lei que proíba o Estado de fazer isto ou aquilo; basta que não haja lei consentindo, a administração está inibida de fazer." (Comentários ao Código Tributário Nacional, RT, 2.ª ed., 1985, págs. 83/84).

E a lei regula o imposto, seu lançamento, a aplicação de multas, a imposição de juros moratórios, a atualização monetária, a inscrição do crédito tributário correspondente como dívida ativa. Basta que se a conheça e se a observe. É, ao revés do embargante, o que faz o Estado Gaúcho.

3. Importa, agora, registrados esses prolegômenos, examinar, ponto por ponto, as infundadas alegações do embargante.

Pois bem, retomando a questão relativa à correção monetária, tem-se, hoje, superada a controvérsia acerca de implicar ou não majoração de tributo, isto porque o próprio Código Tributário, no § 2.º do Art. 97, definiu que "Não constitui majoração de tributo a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.", valendo o mesmo para o imposto já apurado. De conseguinte, configura mera repristinação do valor real da moeda do tempo da imposição tributária.

De igual raciocínio também compartilha o Tribunal de Justiça de São Paulo, quando assevera que:

"A correção monetária não é mais que um processo de alteração da expressão nominal da dívida, para preservar a identidade de seu valor intrínseco, livre do desgaste da inflação do tempo decorrido desde o momento da exigibilidade até o pagamento. É cabível a adoção de índices editados em norma do plano estadual.

Desde 1973 (Decr.-Lei n.º 1281/73) vem sendo mensal a correção monetária fixada pela União, não havendo, por isso, qualquer impedimento ao Estado, para a adoção do mesmo critério, inscrito no art. 88, § 1.º, da Lei Estadual n.º 440/74." (Ac. un. da 8.ª Câm. Cív., RT 581:85, apud José da Silva Pacheco, Comentários à Lei de Execução Fiscal, Saraiva, 3.ª ed., 1988, pág. 361).

Entre nós, o instituto tem lugar, por força de dispositivo expresso e da mora do devedor, a partir do dia-calendário seguinte ao do vencimento regulamentar, de acordo com os índices oficiais vigentes na data do pagamento, e incide sobre a totalidade do débito fiscal.

4. Agora, a conformação legal básica pertinente à matéria.

Ei-la, então *verbis*:

LEI estadual, n.º 6.537, de 27-02-73, e alterações:

"Art. 72 — A indenização pela mora no pagamento das obrigações tributárias, inclusive multas, compreenderá também o equivalente à desvalorização da moeda, a ser determinada com base em índices oficiais em vigor na data em que for efetuado o paga-

mento, sendo aplicável e devida desde, inclusive, o primeiro dia-calendário subsequente ao da data assinalada para o cumprimento da obrigação.

Como se observa, norma que, ao formular a autorização, fixa os limites em que a atualização se fará.

Lei Estadual n.º 8.913, de 30-10-89:

"Art. 1.º — A indenização pela mora no pagamento das obrigações tributárias relativas ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), ao Adicional ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (Ad/RS) e às taxas, inclusive das multas correspondentes e de crédito tributário de qualquer origem, compreenderá também o equivalente à desvalorização da moeda (correção monetária), a ser calculada com base na variação do Bônus do Tesouro Nacional — BTN Fiscal instituído pela Lei Federal n.º 7.799, de 10 de julho de 1989, nos termos desta Lei.

Art. 11 — Na hipótese de extinção do BTN Fiscal, ou congelamento do seu valor, a correção monetária voltará a incidir nos termos da Lei n.º 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, e alterações, a partir da data da extinção ou, se for o caso, do congelamento.

Parágrafo único — O disposto no 'caput' não se aplica na hipótese de utilização, pela União, de outro referencial de indexação de tributos de sua competência, cuja variação de valor seja inferior a um mês, caso em que as normas desta Lei ficarão automaticamente adaptadas ao novo indexador."

Ambas, normas de eficácia contida, uma vez que remetem o exegeta aos índices oficiais adotados pelo Poder Central. E nem poderia ser diferente num país que adota o federalismo cooperativo.

Conseqüentemente, é preciso buscar a legislação federal pertinente ao tema.

Então, vejamos, igualmente "ad litteram:

Lei Federal n.º 8.177, de 1.º-03-91:

"Art. 9.º — A partir de fevereiro de 1991, incidirá a TRD sobre os impostos, as multas, as demais obrigações fiscais e parafiscais, os débitos de qualquer natureza para com as Fazendas Nacional e Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária."

Lei federal n.º 8.218, de 29-08-91:

"Art. 7.º — Para fins de inscrição como Dívida Ativa da União, o débito será atualizado pela BTN Fiscal, desde a data do respectivo vencimento, até a data de extinção deste, e acrescido de juros de mora eqüivalente à TRD acumulada, pelo prazo remanescente,

até o primeiro dia do mês em que ocorrer a inscrição, e de juros de mora equivalentes à taxa Referencial — TR, após esta data até a do pagamento acrescido do encargo legal de que trata o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 1.025, de 21 de outubro de 1989, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 1.569, de 8 de agosto de 1977, na redação dada pelo artigo 12 do Decreto-Lei n.º 2.163, de 19 de setembro de 1984, e o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 1.645, de 11 de dezembro de 1978.”

Fácil concluir, pois, a partir de uma interpretação sistemática, que o aparato normativo trazido à colocação encerra absoluta juridicidade.

Nessa perspectiva, e tendo presente os princípios básicos formulados do direito positivo e as considerações expostas em torno do instituto enfocado, inclusive as de caráter geral, fica, de sobejo, indicada a previsão legal, não encontrada pelo embargante, para qualificar juridicamente a incidência da TRD na correção dos valores monetários.

5. Nesse momento, impende que se analise, com cautela, a arguição de inconstitucionalidade formulada, a miúdo, pelo embargante, tanto a formal quanto a material.

Num primeiro andar, apressa-se em fundamentar sua articulação na conexão dos Arts. 22, VI, e 48, XIII, para dizer que “... compete privativamente à União, através do Congresso Nacional, legislar e dispor sobre matéria financeira e monetária.” (fls. 3), e que “A lei estadual ... é inconstitucional ... invadiu a seara privativa da União e do Congresso Nacional ...” (fls. mesmas), cometendo injustificável erronia.

Com efeito, o Art. 22 da Lex Fundamentallis de 88, através do inciso VI, comete à União legislar, privativamente, como de resto nos demais incisos, sobre sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais. Aqui, significa dizer, no que interessa, direito monetário nacional, assim entendido, v. g., a fixação legal do valor da moeda, a denominação de face da moeda, seus limites de emissão, etc..., porque, repita-se, vivemos num Estado federal cooperativo, em que um cruzeiro será sempre um cruzeiro, seja no Rio Grande seja em Canapi. É somente a lei nacional que pode regular o sistema monetário.

Admita-se contudo, que, não obstante a inflação não seja uniforme nos diversos entes federados, em face de comportamentos díspares dos agentes econômicos territoriais, também compete, com primazia, à União oficializar a taxa equivalente à desvalorização da moeda. É isto o que tem feito, porém, no caso, a matéria é de direito financeiro, cuja faceta maior é estabelecer a defesa do poder de compra dos valores ainda não ingressos no caixa, para dar cumprimento a seus fins de interesse do bem-comum.

Recaindo no campo de direito financeiro, é dado aos Estados legislar **concorrentemente**, na forma prevista no Art. 24 da Lei Básica, merecendo, a propósito, trazer a lume a lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que diz:

“Saliente-se que, nesse campo de competências concorrentes, a Constituição estabelece a repartição vertical, dando à União o poder de fixar normas gerais, cabendo aos Estados a legislação

complementar, sem excluir, todavia, a competência supletiva. Esclarece o texto que a inexistência de lei federal confere competência plena aos Estados, e, quando de sua superveniência, a lei estadual perderá eficácia naquilo que lhe for contrário (§§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do art. 24).” [in Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 18.ª ed., 1990, pág. 50]

Diga-se a propósito, esse o entendimento da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde, por unanimidade, julgou improvido, em 11.12.91, o Recurso Especial n.º 15.187-SP (91.0020098-0), em acórdão que recebeu e ementa seguinte:

“ICMS - CORREÇÃO MONETÁRIA.

A simples atualização do crédito tributário para a preservação do seu valor, não é matéria reservada à lei complementar e se insere na competência dos Estados, referente a ICMS.

Recurso improvido.”

Do acórdão, permita-se fazer remissão ao trecho do teor seguinte:

“Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e podem dispor sobre a atualização do ICM (CF, artigos 24 e 155, I, b). Por isso, podem os Estados, através de lei ou de Convênio, estabelecer a forma e a oportunidade de atualização de seus créditos tributários. Por isso, o Estado de São Paulo instituiu a atualização de seus créditos tributários pela Lei n.º 6.374/89, que em seu artigo 113, criou a Unidade Fiscal do Estado de São Paulo.

..... e a atualização do crédito é matéria financeira e não tributária e não constitui norma geral de direito financeiro. ...” Voto do Ministro Garcia Vieira — Relator).

Eis, pois, a razão da legislação específica de interesse estadual, perfeitamente adequada às normas constitucionais.

Ao depois, nova confusão estabelece o insurreto, quando cita o Art. 48, XIII, da Lei Maior, pois que, à eviência, no âmbito da União, legislar cabe ao Congresso Nacional, inobstante a adoção de medidas provisórias pelo Presidente da República. Já no plano estadual, sem o mecanismo provisório, a regra é, por simetria, a que consta do Art. 52, com especial destaque, quanto à matéria tratada, ao inciso XIV, da Carta Política Gaúcha de 1989.

6. Tirante isso, impõe-se o exame acerca da constitucionalidade da Taxa Referencial, inclusive, enquanto índice de atualização monetária. É o que se faz adiante, mostrando, ao demais, os benefícios financeiros que a adoção da mesma alcança aos devedores recalcitrantes.

Sem a propósito observou a eminente colega de procuratório público Doutora RENNÉ NASSIF, em recente e bem apanhado trabalho forense relativo à questão, que a Procuradoria-Geral da República, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN n.º 543-D), impugnou parcialmente o Art. 9.º da Lei Federal n.º 8.177/91, aquele transcrito na primeira parte das fls. 9,

por entender que a disposição nele inserta era própria de lei complementar, na forma do Art. 146, III, da Carta Maior de 1988, ou seja, **envolvia matéria de sobredireito intermediária entre a Constituição e a legislação ordinária**, só para usar da linguagem do festejado SOUTO MAIOR BORGES. O escopo, pois, do custos legis era excluir o conteúdo de norma geral, que, como é cediço, sobre preferir à especial, deve no plano do processo legislativo ser aprovada por maioria de votos, pena de inconstitucionalidade formal.

Lembrou, ainda, que a União, alertada pela candente ação suprema, fez editar a Medida Provisória n.º 297, de 28.06.91, conferindo nova redação ao mencionado Art. 9.º, com a redação seguinte:

"Art. 13 — A partir de fevereiro de 1991, incidirão juros de mora eqüivalentes à TRD sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, com a Seguridade Social, com o Fundo de Participação PIS—PASEP, com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária."

Excluídas as expressões "impostos", "Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios", o Supremo Tribunal Federal julgou, então, prejudicada a liminar pretendida na ADIN n.º 543-D, pois a inconstitucionalidade atacada referia-se àquelas expressões.

Mais. Não convertida em lei no prazo constitucional do parágrafo único do Art. 62, o Presidente da República adotou a Medida Provisória n.º 298, de 30.07.91, que dispõe sobre impostos e contribuições federais, disciplina a utilização de cruzados novos e dá outras providências", repetindo no Art. 30 o quanto consignado no Art. 13 da MP anterior; eis, de conseguinte, a origem do Art. 7.º a Lei Federal n.º 8.218, de 29.08.91, com dicção gizada nas fl. 10, segunda parte.

Diante desse quadro, a conclusão da douta Procuradora do Estado, que se toma nesta impugnação por empréstimo, *ipsis verbis*:

"Assim, subjaz cobertura legal, a partir do entendimento de que a nova redação dada ao artigo 9.º da Lei n.º 8.177/91, por se tratar de norma específica de interesse federal, não se subordina à existência de Lei Complementar, contida no artigo 146, III, "b", da Constituição Federal. Na primeira versão do citado artigo 9.º, ocorria a inconstitucionalidade em relação aos demais entes constituintes da Federação, porque era claro o caráter de norma geral, próprio de legislação complementar."

Destaque-se, pois, que, da mesma forma como procedeu a União, nada impede que os entes federados (inclusive os Municípios...) editem leis específicas próprias, instituindo seus respectivos sistemas de correção dos débitos fiscais. Inaceitável é que, dentro da sistemática jurídica brasileira — onde toda e qualquer dívida é corrigida — os devedores de impostos sejam premiados com um enriquecimento sem causa."

É preciso, também, por outro prisma, sistematizar a interpretação da Lei 8.177/91, para que se não inquiere graciosamente de inconstitucional a

a utilização da Taxa Referencial, inclusive a Diária, como fator de atualização monetária dos créditos tributários, e de outros de natureza diversa, porquanto, in casu, o nomen juris desse indicador econômico não reflete, com a precisão que seria recomendável, o fim colimado pelo legislador federal. Aliás, aqui, uma vez mais, aplicável, porém, por analogia, a judiciosa observação de GERALDO ATALIBA, na obra já citada algures, segundo a qual, *"... nós temos, no Brasil — já por causa deste fato universal, no arbítrio absoluto do legislador no batizar os institutos — as curiosidades mais fantásticas, não só no campo da confusão, consistente em designar por contribuição o que seja imposto; em designar taxa o que seja imposto, ou contribuição, e vice-versa, mais ainda a fantasia do legislador nas designações dadas a certos tributos, como slário-educação, depósito, empréstimo e outras que absolutamente não indicam como seria de rigor, a natureza do instituto que estaria sendo batizado. O art. 4.º, em referência ao CTN — assim, muito oportunamente, vem trazer esta advertência a quem pretendesse alegar que ele seja supérfluo. Porque é uma decorrência natural dos princípios científicos já colocados; e bastava lembrar a prática diária da nossa aplicação do direito tributário no Brasil e as questões que são levadas ao Judiciário, a persistência do vício, até mesmo da nossa magistratura, mesmo do Supremo Tribunal Federal, de ainda se apegar ao nomen juris, ao contrário de buscar no instituto a sua natureza específica, ou, em outras palavras, a determinação de espécie tributária da qual se cogita."* (pag. 40).

Examinado de modo isolado, o nomen juris adotado pelo legislador no Art. 1.º da Lei n.º 8.177/91 insinua apenas, e não diz expressamente, a referência a juros; se dissesse, teria como limite máximo a regra inserta no § 3.º do Art. 192 da Constituição Federal, que impede a cobrança de juros reais acima de doze por cento ao ano. Contudo, assim não é, tanto que, logo adiante, nos Arts. 5.º e 6.º, de forma expressa, determina a ATUALIZAÇÃO DO VALOR NOMINAL das OTN, dos BTN, das LTN, do TDA e de outras OBRIGAÇÕES COM CLÁUSULA DE CORREÇÃO MONETÁRIA, por índice calculado com base na TR.

Senão, vejamos.

"Art. 5.º — A partir do 1.º de março de 1991, o valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional — OTN, emitidas anteriormente a 15 de janeiro de 1989 (artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986), dos Bônus do Tesouro Nacional — BTN, emitidos até a data de vigência da medida provisória que deu origem a esta Lei, das Letras do Tesouro Nacional, de Série Especial (§ 1.º do artigo 11 do Decreto-Lei n.º 2.376, de 25 de novembro de 1987), e dos Títulos da Dívida Agrária — TDA, será atualizado, no primeiro dia de cada mês, por índice calculado com base na TR referente ao mês anterior."

§ 1.º — O disposto neste artigo aplica-se também aos BTN emitidos anteriormente a vigência da medida provisória que deu origem a esta Lei, com cláusula de opção, ficando assegurada, por ocasião do resgate, a alternativa de atualização com base na va-

riação do dólar norte-americano divulgada pelo Banco Central do Brasil.

§ 2.º — Os BTN — Série Especial, emitidos em conformidade com o § 2.º do artigo 9.º da Lei n.º B.024, de 12 de abril de 1990, **passam a ser atualizados**, a partir de 1.º de fevereiro de 1991, **pela TRD, acrescidos de juros de seis por cento ao ano, ou fração "pro rata"**.

§ 3.º — Os Títulos da Dívida Agrária — TRA **terão remuneração de seis por cento ao ano ou fração "pro rata"** mantido o seu poder liberatório nos termos da legislação em vigor, podendo, a partir de seu vencimento, ser utilizados na aquisição de ações de empresas estatais incluídas no Programa Nacional de Desestatização.

Art. 6.º — **Para atualização de obrigações com cláusula de correção monetária** pela variação do BTN, do BTN Fiscal, das demais unidades referidas no artigo 3.º e dos índices mencionados no artigo 4.º, relativas a contratos em geral, exceto aqueles cujo objeto seja a venda de bens para entrega futura, a prestação de serviços contínuos ou futuros e a realização de obras, firmados anteriormente à medida provisória que deu origem a esta Lei, deverá ser observado o seguinte:

I — nos contratos que prevêm índice substitutivo deverá ser adotado esse índice, exceto nos casos em que esta Lei dispuser em contrário;

II — nos contratos em que não houver previsão de índice substitutivo, será utilizada a TR, no caso dos contratos referentes ao BTN ou a unidade **corrigida mensalmente**, ou a TRD, no caso daqueles referentes ao BTN Fiscal e a unidades **corrigidas diariamente**.

Parágrafo único — *Para atualização*, no mês de fevereiro de 1991, dos contratos referentes ao BTN, a unidade de conta com correção mensal ou a índice de preços, deverá ser utilizado índice resultante de composição entre o índice "pro rata", no período decorrido entre a data de aniversário do contrato no mês de janeiro de 1991 e o dia 1.º de fevereiro de 1991 e a TRD entre 1.º de fevereiro de 1991 e o dia de aniversário do contrato no mês de fevereiro." (grifos apostos)

Como se pode observar, é cristalino que o legislador buscou, e conseguiu, regular a **CORREÇÃO MONETÁRIA** aplicável aos casos enumerados, assegurando a todos um índice calculado com base nela, a TR, sendo que, para alguns, estabeleceu mais, a **TÍTULO DE RENDIMENTO**, o acréscimo de juros de seis por cento ao ano, ou fração pro rata.

Já quanto à poupança popular, justificando a observação de ATALIBA, preferiu confundir **CORREÇÃO MONETÁRIA COM REMUNERAÇÃO BÁSICA**, estabelecendo, ainda, o nomen juris de **REMUNERAÇÃO ADICIONAL** ao que tradicionalmente se denomina de **RENDIMENTO DO CAPITAL APLICADO**, o que não chega a preocupar, pois assegura ao dinheiro poupado a aplicação de correção monetária, com base na TRD, e a renda equivalente aos juros de meio por cento ao mês, como de resto já ocorria, isto tudo no Art. 12,

a exemplo do que já o fizera, quanto aos saldos dos cruzados novos transferidos ao Banco Central do Brasil, em época que se aconselha olvidar (Art. 7.º).

Igual vereda seguiu o legislador, tocantemente à **ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA** de outras obrigações e operações, v. g., Art. 18, 21, 22 e 26 do mesmo diploma normativo, protegendo, acima de tudo, o patrimônio público e privado dos efeitos da inflação.

Depreende-se do provimento legislativo exposto que se não deve interpretar monisticamente seu texto, reduzindo tudo apenas ao nomen juris estabelecido pelo legislador ao indicador econômico ali criado, até porque, no mundo fenomênico do direito, a ambiência social do pós-norma também faz a linguagem da norma, integrando-a definitiva e completamente juridicizada ao ordenamento jurídico, inda mais quando abarca conteúdo econômico-financeiro, que sofre, bem sabemos, forte pressão das chamadas leis naturais de mercado.

Robustece a inteligência conjuntural expendida uma das muitas inesquecíveis lições do jurista CARLOS MAXIMILIANO, segundo a qual:

"A doutrina que admite o escopo alterável com o tempo, e se preocupa, de preferência, com o objetivo atual das disposições, é hoje aceita por quase todas as correntes doutrinárias: satisfaz à velha escola histórica, e até ao ramo tradicionalista adiantado; bem como à falange histórico-evolutiva, universalmente vitoriosa; merece também os aplausos incondicionais dos dois grupos em que se bifurca a livra indagação científica.

O Direito progride sem se alterarem os textos; desenvolve-se por meio da interpretação, e do preenchimento das lacunas autorizadas pelo art. 3.º da Introdução do Código Civil Brasileiro, semelhante ao 4.º do Código francês. Aceitam os mestres de Hermenêutica, inclusive os próprios tradicionalistas adiantados, tudo o que é possível encasar na letra do dispositivo, sob o fundamento de que o legislador assim determinaria se lhe ocorresse a hipótese hodierna, ou ele redigisse normas no momento atual; fornecem espírito novo à lei velha; atribuem às expressões antigas um sentido compatível com as idéias contemporâneas.

Em todo caso, o hermeneuta usa, mas não abusa da sua liberdade ampla de interpretar os textos; adapta os mesmos aos fins não previstos outrora, porém compatíveis com os termos das regras positivas; somente quando de outro modo age, quando se excede, incorre na censura de Bacon — a de 'torturar as leis a fim de causar tortura aos homens' — torquere leges ut homines torquet.

Os que não adaptam o sentido do texto ao fim atual, além de afastarem o Direito da sua missão de amparar os interesses patrimoniais e o bem-estar psíquico do indivíduo consociado, revertem ao quarto século antes de Cristo, quando Teodósio II promulgou a sua célebre Constituição. Prescreveu esta aos magistrados a observância exclusiva e textual dos escritos de Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino; quando houvesse discordância en-

tre os grandes juriconsultos, dever-se-ia optar pelo primeiro. O Imperador Teodósio instituiu, de fato, uma só autoridade científica, embora coletiva, 'um tribunal de mortos, sob a presidência de Papiniano.' (in Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1988, 10.ª ed., págs. 154/5)

Mais ainda. Resta iniludível que a realidade fática demonstra, até mais não poder, que a TR/TRD passou a sinalizar ao mercado e aos agentes econômicos em geral, ENQUANTO REFERENCIAL, um conteúdo mínimo de atualização do padrão monetário, simétrica à corrosão do valor da moeda, provocada pelo desequilíbrio do sistema monetário, sendo oportuno lembrar que tal desarranjo decorre da redução do poder aquisitivo da moeda e simultânea alta geral dos preços. A partir desse monitoramento da autoridade monetária nacional, equivalente ao valor de troca da moeda, os agentes econômicos, notadamente os do sistema financeiro, aplicam uma sobretaxa — juros reais — que irá, enfim refletir o custo final de captação da moeda.

Uma cousa, pois, é a TR refletindo o valor de troca da moeda, quando sinaliza o conteúdo mínimo da inflação; outra, refletindo o custo mínimo de captação de moeda, quando estabelece ao mercado financeiro a base de cálculo, já corrigida, que irá ser acrescida dos juros, revelando, assim, o curso real, podendo tudo ser resumido como segue:

$$\text{CUSTO MÍNIMO OU CONTIDO} = \text{VALOR DA MOEDA} + \text{INFLAÇÃO (TR)}$$

$$\text{CUSTO REAL} = \text{VALOR DA MOEDA} + \text{INFLAÇÃO (TR)} + \text{JUROS}$$

Isso ocorre porque, afinal, têm-se vários indicadores econômicos que mensuram a inflação, dentre os quais serão destacados, logo adiante, os principais, sendo o menor justamente a TR, que corrige, de fevereiro de 1991 até dezembro do mesmo ano, as dívidas fiscais. A partir de então, são corrigidas com base na Unidade Fiscal de Referência — UFIR, instituída pela Lei Federal n.º 8.383, de 30.12.91.

Conforme se verifica, a juridicidade e a constitucionalidade de toda a conformação legal pertinente à correção monetária dos créditos tributários gritam. Negar-lhe vigência, implica negar a própria Constituição que lhe dá amparo, o que, desde logo, se pré-questiona.

Não bastasse isso, esquece o embargante os benefícios financeiros que, como foi dito no princípio deste item, recebeu, aliás, recebidos por todos os devedores do Fisco, com a adoção da TR. Com efeito, a análise, à vista desarmada, da série histórica de 1990-92, dos principais índices de medição da inflação brasileira, a seguir individuados, revela a avalanche de recursos públicos ficados no setor privado, a partir do não cumprimento das obrigações tributárias no prazo ex vi legis. É que, fosse outro o indicador adotado pela Fazenda Pública, o quantum debeat respectivo ficaria bem acima daquele calculado com base no BTN e na TR.

Ora, admita-se que essa política fiscal só foi adotada porque também compete ao Estado, com destaque aos momentos de recessão, regular a ordem econômica e financeira, concedendo benefícios temporários que assegurem plenamente o desenvolvimento de todas as atividades econômicas, inclusive, com a alavancagem das empresas de pequeno porte, quase sempre em dificuldades. Daí uma das muitas razões do monitoramento exercido,

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
2.ª PROCURADORIA REGIONAL DE CAXIAS DO SUL

MÊS	ICV/DIEESE		IGP-M-FGV		IPC/FIPE/USP	
	%	% ACUM.	%	% ACUM.	%	% ACUM.
JAN./90	74,3000	74,3000	61,4600	61,4600	74,5300	74,5300
FEV.	77,2300	208,9119	81,2900	192,7108	70,1600	196,9802
MAR.	79,6800	455,0529	83,9500	438,4415	79,1100	431,9213
ABR.	22,2900	578,7742	28,3500	591,0897	20,1900	539,9162
MAIO	11,2300	655,0005	5,9300	632,0713	8,5300	539,8499
JUN.	10,5600	734,7286	9,9400	704,8392	11,7000	675,0304
JUL.	13,6300	848,5021	12,0100	801,5004	11,3100	762,6863
AGO.	13,8300	979,6799	13,6200	924,2848	11,8300	864,7421
SET.	13,7400	1,128,0279	12,8000	1,065,3932	13,1300	991,4127
OUT.	16,9000	1,335,5646	12,9700	1,205,2476	15,8300	1,164,1833
NOV.	16,0100	1,565,3985	16,8600	1,425,3123	18,5600	1,398,8158
DEZ.	17,0700	1,849,6821	18,0000	1,699,8685	16,0300	1,639,0759
JAN./91	24,4300	24,4300	17,7000	17,7000	21,0200	21,0200
FEV.	19,4000	48,5694	21,0200	42,4405	20,5400	45,8775
MAR.	9,9900	63,4115	9,1900	55,5308	7,4800	56,7891
ABR.	7,9300	76,3700	7,8100	67,6777	7,1900	68,0623
MAIO	8,9300	92,1199	7,4800	80,2200	9,7800	95,1259
JUN.	11,3000	113,8294	8,4800	95,5027	11,3000	117,1751
JUL.	13,2200	142,2474	13,2200	121,3481	14,4200	148,4917
AGO.	13,5900	175,1689	15,2500	155,1037	16,2100	188,7723
SET.	16,2000	219,7461	14,9300	193,1907	25,1700	261,4562
OUT.	20,6760	286,1254	22,6300	259,5397	25,3900	353,2300
NOV.	25,7600	385,5913	25,6200	351,6538	23,2500	458,6060
DEZ.	23,6400	500,3851	23,6300	458,3796	25,8900	53,0444
JAN./92	29,3800	29,3800	23,5600	23,5600	21,5700	21,5700
FEV.	21,8600	57,6624				
MAR.						
ABR.						
MAI.						
JUN.						
JUL.						
AGO.						
SET.						
OUT.						
NOV.						
DEZ.						

Nota: No lugar do BTN a partir de fevereiro/91 consta a Taxa Referencial.
FONTE: DEPARTAMENTO DE PLANEJAMENTO — SAF/SEFA

IPCA/IBGE		IGP/DI-FGV		IPC/IEEPE/UFRGS		BTN/TR	
%	% ACUM.	%	% ACUM.	%	% ACUM.	%	% ACUM.
67,5500	67,5500	71,9000	71,9000	75,1200	75,1200	56,1100	56,1100
75,7300	194,4356	71,6800	195,1179	70,0900	197,8616	72,7800	169,7269
82,3900	437,0211	81,3200	435,1078	82,0000	442,1081	41,2800	281,0701
15,5200	520,3667	11,3300	495,7355	11,5900	504,9385	0,0000	281,0701
7,5900	567,4526	9,0800	549,8283	6,8700	546,4977	5,3800	301,5717
11,7500	645,8782	9,0200	608,4428	17,6700	660,7339	9,6100	340,1627
12,9200	742,2457	12,9800	700,3887	12,2600	753,9939	10,7900	387,6563
12,8800	850,7270	12,9300	803,8903	11,1500	849,2208	10,5800	439,2503
14,4100	987,7267	11,7200	909,8262	10,3600	947,5601	12,8500	508,5440
14,3600	1143,9243	14,1600	1052,8176	13,3300	1087,1999	13,7100	591,9753
16,8100	1353,0279	17,4500	1253,9843	17,4800	1294,7224	16,6400	707,1200
18,4400	1620,9662	16,4600	1476,8501	12,7600	1472,6890	19,3900	863,6206
20,7500	20,7500	19,9300	19,9300	31,7100	31,7100	20,2100	20,2100
20,7200	45,7694	21,1100	45,2472	23,2900	62,3853	28,6247	28,6247
11,9200	63,1451	7,2500	55,7776	8,7300	76,5615	8,5000	39,5578
4,9900	71,2860	8,7400	69,3926	7,8400	90,4039	8,9300	52,0203
7,4300	84,0126	6,5300	80,4539	5,0600	100,0384	8,9900	65,6869
11,8900	105,8917	9,8600	98,2467	9,6200	119,2820	9,4000	81,2615
12,8300	132,3076	12,8300	123,6817	9,0300	139,0832	10,0500	99,4783
15,6300	168,6172	15,4900	158,3300	13,7100	171,8615	11,9500	123,3159
15,6300	210,6021	16,1900	200,1537	13,360	208,1822	16,7800	160,7984
20,2300	273,4389	25,8500	277,7434	21,1000	273,2086	19,7700	212,3462
25,2100	367,5804	25,7600	375,0501	23,7100	361,6964	30,5200	307,6743
23,7100	478,4437	22,1400	480,2262	23,5900	470,6105	28,4200	423,5354
25,9400	25,9400	26,8400	26,8400	24,0400	24,0400	25,4800	25,4800
24,3200	56,5686	24,7900	58,2636	26,4300	56,8237	25,6100	57,6154

Vê-se que:
 ICV/DIEESE > IGP-M/FGV > IPCA/IBGE > IPC/PIPE-USP >
 > IGP-DI/FGV > IPC/IEEPE-UFRGS > BTN-TR

entre nós, pelo Banco Central do Brasil, quando fixa a TR, como, de resto, a motivação maior das leis concessivas de incentivos financeiros. Mas veja-mos os indicadores.

Mesmo assim, quer mais o embargante, quer, a expensas da Fazenda Pública, obter vantagem patrimonial sem causa, locupletamento à custa alheia, com flagrante empobrecimento do erário, o que certamente será negado por Vossa Excelência, como negado já foi pela egrégia 2.^a Câmara Cível do nosso Tribunal de Justiça, onde, à unanimidade, na Apelação Cível n.º 592037550, foi improvido o recurso, em acórdão datado de 27.05.92, que recebeu a ementa seguinte:

“CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ICMS VENCIDO: PARCELAMENTO. ATUALIZAÇÃO DAS PARCELAS PELA TRD. Aplicação da Lei Estadual n.º 8.913/89, art. 11 e parágrafo. Legítima a atualização pelos índices da TR ou TRD, até 29.08.91, data da Lei Federal n.º 8.218. Sem demonstração de que, depois, a variação da TR exceda à inflação real, não há falar em ilegalidade em sua aplicação na atualização de parcelas vencidas do débito tributário parcelado. Segurança denegada. Recurso improvido.”

DIANTE DO EXPOSTO, REQUER o Estado do Rio Grande do Sul seja decretada a total improcedência dos embargos, em julgamento antecipado da lide (Art. 17 da Lei n.º 6.830/80), eis que se trata apenas de questão de direito, e condenado o embargante ao pagamento de custas e despesas processuais e de honorários advocatícios, estes à razão de vinte por cento do valor atualizado da dívida tributária.

Deferimento.

FARROUPILHA, 19.10.92.

IMPLANTAÇÃO DO CALENDÁRIO ROTATIVO

APELAÇÃO

MARCIA PORTO CASTRO
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
OBJETO — APELAÇÃO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial abaixo firmado, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela ASSOCIAÇÃO DE CIRCULO DE PAIS E MESTRES DA ESCOLA ESTADUAL DE 1.º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE (proc. n.º 01192077665) contra a DIRETORA DA ESCOLA ESTADUAL DE 1.º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE, inconformado com a sentença de fls., vem, respeitosamente interpor o presente recurso de apelação, de conformidade com os arts. 513 e seguintes do Código de Processo Civil.

Assim sendo, requer seja recebido o presente recurso e processado na forma da lei.

Nestes termos

Pede Deferimento

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1992.

MARCIA PORTO CASTRO
Procuradora do Estado
OAB 4585

Apelante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Apelada: ASSOCIAÇÃO DE CIRCULO DE PAIS E MESTRES DA ESCOLA ESTADUAL DE 1.º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE

RAZÕES PELO APELANTE — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL

1. A A. impetrou o presente Mandado de Segurança alegando que a implantação do Calendário Rotativo na Escola Visconde de Rio Grande é contra a vontade dos pais, manifestada em Assembléia do CPM, violentando o cotidiano das famílias, acostumadas a calendário tradicional. Dizem que a de-

manda é menor que o número das vagas. Destacam o problema das férias fora do período dezembro, janeiro e fevereiro. Dizem, ainda, que não havia norma legal que amparasse o ato por ocasião de sua determinação em 13 de janeiro de 1992, considerando que o decreto 34.185 data de 30.01.92 violaria o artigo 5, II, da Carta Magna, bem como o art. 5, caput, princípio da isonomia. Arguem, ainda, a inconstitucionalidade do ato, face aos incisos I e IV do art. 206, e a final pedem seja suspensa a implantação do Calendário Rotativo, retornando o antigo sistema de Calendário escolar único, com início em março, para todos os alunos do Colégio.

O Magistrado deferiu a liminar, e após proferiu sentença, "*Julgando procedente a ação, e com fundamento no art. 5, LXIX da CF e art. 1.º da Lei 1533/51, e ambos combinados com os arts. 206, da CE e 36 do respectivo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; mais, alternativamente combinados com o art. 3.º do Decreto n.º 34.185 de 30.01.92, art. 205 e 227, da CF e arts. 196 e 199, IVF da CE, concedo a segurança pleiteada, tornando definitiva a liminar, com o reconhecimento do direito de todos os alunos iniciarem o ano letivo com calendário único, em março, respondendo a autoridade coatora pelas custas e honorários do advogado que a impetrante foi obrigada a contratar.*"

2. Impõe-se a reforma da sentença "a quo".

Preliminarmente, manifesta a ilegitimidade passiva da autoridade dita coatora. O Calendário Escolar Rotativo foi implantado mediante decreto do Governador do Estado, decreto n.º 34.185, de 30.01.1992, e executado por ordens emanadas da Secretaria de Estado da Educação, fato público e notório.

Não foi a Diretora da Escola Estadual Visconde de Rio Grande que escolheu sua escola para Plano Piloto de implantação do Calendário, mas a Supervisão da Rede Escolar da cidade, com ordens diretas da Secretaria de Educação.

Então, o ato impugnado, a toda evidência era de autoridade sujeita na via do mandado de Segurança a competência originária do Tribunal de Justiça, quer considerando que foi implantado por força do Decreto emanado do Governador do Estado, e então a competência seria do Tribunal Pleno, do Tribunal de Justiça, quer se considerarmos como ordens expressas da Secretaria de Estado da Educação, competente então o 2.º Grupo Cível.

3. Não há direito líquido e certo a alicerçar o writ.

"Direito líquido e certo — no conceito de Hely Lopes Meirelles, aceito pela doutrina e pela jurisprudência — é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser ampáravel por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se a sua existência for duvidosa, se a sua extensão não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais." Hely Lopes Meirelles, MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR, 10 ed. S.P. Ed. RT 1985.

4. Entendeu o MM. Magistrado, na sentença que o calendário rotativo não poderia ser efetuado através de Decreto, muito menos de decreto autônomo. Deveria preexistir lei.

A Lei n.º 9.272, de 15 de julho de 1991, dispõe sobre o Plano Plurianual para o quadriênio 1992/1995, no art. 1, § 3.º — As diretrizes, objetivos, metas e despesas dos programas são os especificados nos anexos integrantes desta lei...

§ 4.º — Constituem-se como prioritárias as ações governamentais do Poder Executivo dirigidas ao desenvolvimento das funções de educação, saúde e segurança pública.

E, no anexo 2.1.1, Educação — "*Além da restauração e ampliação de toda a rede escolar e da utilização do espaço da escola com 3 grupos alternados de alunos, de forma a ter três inícios de anos letivos diferentes, absorvendo toda a clientela de alunos excedentes, diminuindo a ociosidade física e racionalizando a ocupação dos professores*".

5. De qualquer forma, a implantação do calendário rotativo não é uma norma legal, pois não se legislou a respeito, mas um ato da administração, que poderia ter sido feito como foi, através de decreto.

O conteúdo do ato administrativo do Decreto n.º 34185, de 30 de janeiro de 1992 não contém vestígio de generalidade e abstração, esgotando todos os seus efeitos de uma só vez, insuscetível de mais de uma aplicação, não se traduzindo assim em ato normativo ou regulamentar, mas sim um ato administrativo "tout court", concernente à organização e ao funcionamento da administração estadual.

Assim, não houve exorbitância de poder mas mero exercício de poder regulamentar, em que podia o Governador "prover situações ainda não disciplinadas por lei".

Foi um ato necessário à organização e ao funcionamento da administração estadual, feita com respaldo constitucional, o art. 82, VII da Constituição Estadual.

6. Veja-se, ainda, que os artigos 1 e 2, são exatamente idênticos aos do Decreto 33.859, de 7 de fevereiro de 1991, que dispôs que o ano letivo seria de 200 dias.

Este decreto anterior, referente aos 200 dias foi apreciado em sua constitucionalidade pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado ao julgar a ADIN 591068978 em ação proposta pelo CEPERGS/Sindicato.

Transcreve-se a ementa do referido acórdão, julgado em 2 de dezembro de 1991.

"DECRETO. Possibilidade de sua edição autônoma.

CONSTITUCIONALIDADE do Decreto Estadual que fixa número de **DIAS LETIVOS** no Ensino Estadual. Votos Vencidos."

7. E, do voto do Des. Relator extrai-se o seguinte excerto:

"Com este repasse nos conceitos e nas definições de decretos e de regulamentos, estou pretendendo destacar as diferenças existentes entre uns e outros, especialmente para dizer que o regulamento sempre pressupõe a

existência de uma lei, por isso que sua finalidade é explicitá-la e aplicá-la, enquanto que o decreto se basta em si.

No propósito, precisa é a lição de Hely Lopes Meirelles in *Direito Administrativo Brasileiro*, 16.ª edição, transcrita no parecer do Ministério Público; "No poder de chefiar a administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem a reclamar providências imediatas da administração, impõe se reconheça ao Chefe do executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento-autônomo ou de execução da lei-não invada as chamadas reservas da lei ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5.º).

Atente-se que o art. 82, em seu inciso V, estabelece ser do Governador a competência privativa para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das Leis, contemplando separadamente as duas figuras, unidas pela copulativa "e", a realçar a distinção, tanto que a "regulamentos" fez adicionar a sua finalidade conceitual.

"Na espécie, embora sem precisar fazê-lo, posto desnecessário, o Decreto Estadual n.º 33.859 incorporou em seu artigo 1 a remissão do Decreto Federal n.º 13, quando suficiente era estabelecer o número de dias letivos, já previstos, quanto ao mínimo, na legislação nacional, qual seja a Lei n.º 5692/71." Trecho do voto do Des. SERGIO PILLA DA SILVA, cópia xerográfica do acórdão em anexo, que a final julga "improcedente a ação intentada, pois não surprende ofensa a Constituição Estadual na edição do Decreto n.º 33.859."

7. Embasou o magistrado a concessão da segurança em várias normas constitucionais. Ser razão, entretanto.

Exatamente para cumprir o preceito constitucional que assegura o acesso a escola pública é que foi implantado o Calendário Rotativo.

É dever do Estado assegurar a educação (art. 208 da Constituição Federal) efetivado mediante a garantia de "1 — ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiverem acesso na idade própria"

E o parágrafo 1.º do artigo 208 expressa ser direito público subjetivo "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito." Desde logo se verifica que o direito público subjetivo seria o acesso ao ensino fundamental, não a determinada época de ensino.

Veja-se, ainda, o art. 200, que reproduzindo o similar na órbita federal dispõe que — "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 1.º — O não-oferecimento do ensino obrigatório e gratuito ou a sua oferta irregular, pelo Poder Público, importa responsabilidade da autoridade competente.

Mais radical, ainda, o § 3.º do artigo 200 — Transcorridos dez dias úteis do pedido de vaga, incorrerá em responsabilidade administrativa a autoridade

estadual ou municipal competente que não garantir, ao interessado devidamente habilitado, o acesso à escola fundamental."

8. Confrontando a proposta educacional que instala este tipo de calendário inovador com os princípios de ordem constitucional acima referidos, e os da esfera estadual, e ainda os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se sua perfeita sintonia. Os propósitos e intenções do Calendário Rotativo atender amplamente o que é prescrito, em termos educacionais pela Carta Maior do Estado e do País.

9. Então demonstra-se que o início diferenciado de aulas é legal e legítimo o ato do Poder Executivo, não havendo abuso ou ilegalidade de poder.

A sentença concedendo a segurança viola a Constituição.

Incursiona o Judiciário na avaliação pedagógica, critérios de escolarização, conveniência, técnica e razoabilidade adotada pela Administração.

Importou em substituir-se a autoridade administrativa. Avaliar da conveniência e oportunidade de um plano de ensino não é função do Poder Judiciário, mas daqueles que, legitimados pela eleição, foram escolhidos para administrar a coisa pública.

Trata-se de responsabilidade política que o administrador haverá de responder politicamente perante o povo. Os poderes públicos são independentes e harmonicos entre si. Se o Poder Judiciário perquirir o mérito do ato administrativo, invalidá-lo por julgá-lo inadequado, insensato, inconveniente, inoportuno ou imperfeito, tecnicamente estará transcendendo as suas atribuições, invadindo seara pertencente a outro poder e ofendendo o art. 2.º da Constituição Federal.

10. E basta esta constatação para afastar a intervenção, no caso do Poder Judiciário, cuja função se limita ao controle da legalidade dos atos administrativos.

SEABRA FAGUNDES em sua obra "O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO" ensina: "Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los tão-somente sob o prisma da legalidade. Esse o limite do controle quanto à extensão. O mérito compreende as questões relativas ao acerto, à injustiça, à equidade, etc. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contraria, mas apenas os direitos individuais acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo. E o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administração, violando, destarte, o princípio da separação e independência dos poderes". SEABRA FAGUNDES, O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO, 2.ª edição, fls. 173/174.

11. Repete-se: A implantação do calendário rotativo é um ato administrativo político, ele trata de finalidade unicamente política ao tentar preencher adequadamente os espaços escolares. Circunscreve-se ao âmbito interno do mecanismo estatal-administrativo. Não atinge direitos individuais explicitamente reconhecidos ou amparados pela ordem jurídica (direito subjetivo). Se muito, poderá atingir interesses particulares contrariados. Trata-se de ato de governo cuja competência é haurida diretamente da Constituição (art. 84, II, VI e art. 82, II, VII CE, combinado com o art. 90, I).

O Poder Judiciário não analisa o mérito desses atos que podem, entretanto, serem analisados politicamente pelo Poder Legislativo (art. 48, IX CF e art. 53, II, CE) ou pelo Povo nas eleições subseqüentes. Trata-se, pois de ato insuscetível ao controle judicial quanto a valoração dos seus motivos e conteúdo.

12. Em resumo, a sentença é manifestamente ilegal por ter extrapolado os limites da hierarquia da autoridade coatora, invadiu a competência do Executivo, inerente a administração, e mais suspendeu atos de autoridade de hierarquia de competência do Tribunal de Justiça do Estado. Ofendeu assim a organização e o funcionamento da administração estadual (art. 82, VII da CE/89, e o art. 129 a 132 da CE/89, a independência e a harmonia dos poderes (CF art. 25 c/c arts. 2, 34, inciso IV e art. 60, § 4.º, inciso III, bem como art. 95, XII, b).

13. Insurge-se, ainda o Estado quanto a condenação em honorários advocatícios, lembrando a Súmula 512 do STF.

FACE AO EXPOSTO, O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL requer seja dado provimento à apelação, e reformada a sentença para ser denegada a segurança.

N. Termos

P. Deferimento

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1992

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELAÇÃO — ENSINO PÚBLICO ESTADUAL
— Calendário Rotativo. Ato praticado por Secretário de Estado. Competência funcional. O foro em razão da hierarquia foi instituído por preceito constitucional para preservar a harmonia entre os Poderes. Recurso provido para se cassar a decisão de 1.º grau por manifesta incompetência "ratione personae", determinando-se remessa ao 2.º Grupo de Câmaras Cíveis. Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL
N.º 592064042
EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO
DA 3.ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE PORTO ALEGRE
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE

APRESENTANTE;

APELANTE;

ASSOCIAÇÃO DE CÍRCULO DE PAIS E MESTRES DA ESCOLA DE APELADA.
1.º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE,

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acórdam, à unanimidade, em Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, prover o apelo, de conformidade e pelos fundamentos das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, o Exmo. Sr. Des. LUIZ GONZAGA PILA HOFMEISTER e o Exmo. Sr. Des. JOÃO LOUREIRO FERREIRA.

PORTO ALEGRE, 23 de setembro de 1992.

DES. DÉCIO ANTÔNIO ERPEN,
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O PRESIDENTE DES. DÉCIO ANTÔNIO ERPEN — RELATOR — Perante a 3.ª Vara da Fazenda Pública, a ASSOCIAÇÃO DE CÍRCULO DE PAIS E MESTRES DA ESCOLA ESTADUAL DE 1.º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE impetrou mandado de segurança contra ato da DIRETORIA da mencionada escola, alegadamente violador de direito líquido e certo dos associados dela, impetrante. O ato impugnado dizia com a anunciada implantação, na referida escola, do chamado Calendário Rotativo, com base no Decreto Estadual n.º 34.185, de 30.01.92.

Foi concedida liminar assegurando matrícula no Calendário "A" de todo aluno que, através do legal representante, assim o desejasse. A liminar foi suspensa por despacho do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça.

Vieram as informações, sustentando ser, o Calendário Rotativo, legitimado pelo Decreto Estadual n.º 34.185/92, "um projeto educacional da maior qualidade e relevância", voltado, entre outros objetivos, a eliminar o problema de alunos excedentes, de falta de vagas na rede escolar pública. Sua implantação e ato administrativo político, voltado ao fim de adequado preenchimento dos espaços escolares. É ato de governo, da competência do Poder Executivo, infenso ao controle judicial "quanto à valoração dos seus motivos e conteúdos".

O parecer do MP, fundamentado, foi pela denegação da segurança.

Sentenciando, o magistrado concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar e condenando a autoridade coatora em custas e honorários. Considerou inexistente o Decreto n.º 34.185/92, "por versar sobre matéria reservada à lei formal (art. 206 da CE, c/c art. 36, da ADCT)". Ainda que fosse válido, o Calendário que instituiu obedece a duas regras básicas: uma, ligada ao princípio da necessidade, "combinando oferta e procura de vagas"; ou-

tra, o direito de opção do aluno quanto ao calendário que mais lhe convém, quando instituído mais de um. Aprofundando o exame da espécie, entendeu não demonstrada a necessidade de adoção de mais de um Calendário e percebeu não assegurado aos alunos o direito de optar por um deles. Asseverou, por fim, não estar adentrando em análise do mérito administrativo do chamado calendário rotativo, para dizer se este é bom ou ruim, mas apenas buscando assegurar, de um lado, os direitos individuais definidos nas Constituições Federal e Estadual, e, de outro, sem considerar a ilegalidade do Decreto 34.185, assegurar os direitos neste previstos e que estão sendo violados, como no caso em exame, pelos Diretores das escolas.

Apelou o Estado do Rio Grande do Sul, suscitando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. O ato impugnado foi praticado à ordem da Secretaria de Educação, ou, antes, em atendimento ao Decreto 34.185, do Governador do Estado. Nesta hipótese, a competência para conhecer e decidir a espécie seria originária, do Tribunal de Justiça. E no caso de se considerar a ordem proveniente da Secretaria de Educação, competente seria o 2.º Grupo Cível. Levanta, depois, a questão da falta de certeza e liquidez do direito alegadamente ameaçado de violação. Sustenta a adequação do Decreto 34.185 à ordem constitucional, bem como a validade da implantação, na espécie "sub judice", do Calendário Rotativo". Insurge-se, também, contra a condenação em honorários, pedindo a reforma total da sentença.

O recurso foi respondido, vindo os autos a esta Câmara, em grau de reexame necessário e recurso voluntário.

O Dr. Procurador de Justiça suscita a incompetência do juízo a quo, por ser o ato impugnado praticado por ordem da Secretaria de Educação. No mérito, preconiza que, em reexame necessário, prejudicada a apelação, se julgue prejudicado o writ, face à decisão da Presidência deste Tribunal, que suspendeu a execução da liminar. Tal decisão, permitindo o início, a esta altura, de cada calendário, torna ineficaz a segurança pleiteada.

VOTO

O PRESIDENTE DES. DÉCIO ANTÔNIO ERPEN — RELATOR — Acolho integralmente o parecer do Dr. Cláudio Mastrângelo Coelho, que com sua já conhecida acuidade e invulgar brilho, enfrentou a questão de incompetência do magistrado de 1.º grau, e de consequência da prejudicialidade do pedido porquanto, face ao decurso do tempo, não haveria mais lapso temporal autorizador de retrocesso.

Efetivamente, cuida-se de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado, e não de Diretor de Escola que é mero executor de ordem, sem qualquer faixa de autonomia, assim que não se inclui no conceito de autoridade. A condição de Diretor de Estabelecimento se assemelha a do Oficial de Justiça que deve cumprir à risca o que o magistrado determina.

Os Foros em razão da hierarquia funcional foram instituídos por preceito constitucional em homenagem ao princípio de harmonia e independência de poderes, com isso evitando-se que integrantes de um Poder, mas que exer-

cem funções menos graduadas se sobreponham à autoridade de outro poder, mas com graduação maior.

Cuidando-se de incompetência absoluta é de se proclamar a nulidade do ato sentencial, bem assim os de instrução, devendo os autos serem remetidos ao Egrégio 2.º Grupo que é o competente, até para apreciar eventual prejudicialidade que penso existir, mas que deve ser proclamada pelo Tribunal e respectivo órgão competente.

Dou provimento ao apelo, pois para cassar a decisão recorrida, determinando a remessa ao Egrégio 2.º Grupo. Em complemento a esse voto, acolho como razões de decidir a fundamentação do magnífico parecer do Dr. Cláudio M. Coelho no que tange à incompetência do Juízo de 1.º Grau, e que faço transcrever no que pertine:

"Preliminarmente, impende se reconhecer a incompetência do juízo originário, porquanto, como transborda das informações prestadas, a Diretora do estabelecimento se constituía em mera "executora do programa educacional ideado pela Administração Estadual, no seio de escola que dirigia.

Maxima venia concessa, salta aos olhos a inconsistência da versão da impetrante, que, em vão, tenta obscurecer o que era público e notório, ou seja, a implantação do Calendário Rotativo significa meta prioritária do Governo Collares, inconfundível com isolada iniciativa de alguma Diretora de educandário.

Nem se atribua ao próprio Chefe do Poder Executivo a condição de autoridade coatora, porquanto, embora de sua autoria o Decreto em apreço, resulta indubitoso que a observância de seus critérios e normatização compete à titular da Secretaria de Estado da Educação, à qual como gestora da matéria, incumbe a responsabilidade pelo setor, incumbindo-lhe defender o ato atacado.

Via de consequência, há que se encaminhar o processo ao Colendo 2.º Grupo Cível, competente para apreciá-lo, inclusive o anulado, se assim entender (veja-se RTJ, 79/356, 78/398)".

O DES. LUIZ GONZAGA PILA HOFMEISTER — REVISOR — Senhor Presidente: Como revisor, no caso, acompanho V. Exa.

O pedido endereçou-se, na realidade, contra ato da titular da Secretaria da Educação, a quem a diretora do estabelecimento de ensino, como mera subordinada que é, tão-só cumpria acatar as determinações daquela. E o juízo, cuja incompetência ora se reconhece, apenas não o seria, se o pleito se voltasse contra o Estado do Rio Grande do Sul em si, o qual, através do comando legal, e ao largo de volição e personalidade imediata, fizesse prevalecer o conteúdo da norma abstrata e geral na hipótese concreta.

Na espécie, tal como dimensionado pela apelada, quis transparecer, equivocadamente, que a ordem impugnada teria partido da diretora, quando, na realidade, provém de autoridade superior em hierarquia, de nível de Secretário de Estado, com o que a competência originária desloca-se para o TJ, através do Eg. 2.º Grupo Cível.

O DES. JOÃO LOUREIRO FERREIRA — De acordo.

O PRESIDENTE DES. DÉCIO ANTÔNIO ERPEN — A decisão é a seguinte: "À UNANIMIDADE, PROVERAM".

DISSÍDIO COLETIVO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

CONTESTAÇÃO

MARILENE PETRY SOMNITZ
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz do Trabalho
Presidente do 1.º Grupo de Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª
Região.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua Procuradora, nos autos do processo TRT n.º DC 26/90 — DISSÍDIO COLETIVO — suscitado pelo CENTRO DE PROFESSORES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO — CPERS SINDICATO, tendo sido citado — em data de 23.05.90, da AÇÃO ORIGINÁRIA DE DISSÍDIO COLETIVO, vem dizer e requerer o que segue:

I — PRELIMINARMENTE

1.º) **Argüi exceção de incompetência do juízo trabalhista em razão da matéria e/ou preliminar de carência da ação coletiva trabalhista, em relação ao suscitante e seus representados servidores públicos estatutários e celetistas.**

1. O Sindicato suscitante fundamenta o ingresso do dissídio coletivo na Justiça do Trabalho, no artigo 114 da Constituição Federal, o qual, segundo seu entendimento, abraçaria todos os trabalhadores, independentemente de seu regime jurídico, conferindo à Justiça Especializada competência plena para apreciar e julgar todos os litígios sobrevindos entre estes e seus empregadores:

"Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

§ 1.º — Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2.º — Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissí-

dio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho."

2. Considerado isoladamente, tal dispositivo poderia induzir o intérprete ou o aplicador da lei à mesma conclusão a que chegou o sindicato suscitante.

Todavia, as normas legais e constitucionais não são elementos soltos ou isolados: estão inseridas num ordenamento lógico encadeado, impondo-se o seu exame sistemático, sob pena de falso juízo.

3. Neste contexto, inicialmente, torna-se obrigatório considerar-se a natureza jurídica do vínculo dos funcionários públicos com seu "empregador" suscitado, ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público, bem como as peculiaridades legais do vínculo com os celetistas.

Repetindo a sistemática adotada pelas Constituições e Cartas Outorgadas anteriores, diz o artigo 25 da Constituição Federal que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição." Com tal competência, o suscitado organizou o funcionalismo público estadual, sob o regime denominado estatutário: a) Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952; b) Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974.

Alteradas, ambas, ao longo do tempo, jamais modificaram a natureza jurídica do liame existente entre esta categoria de servidores e o suscitado, e regulam a sua ligação funcional, impondo deveres, obrigações, direitos e vantagens, com os acréscimos contidos na legislação complementar e na constituição Estadual/89.

Não estão, portanto, os funcionários públicos, submetidos ao regime da consolidação das Leis do Trabalho, ademais dele excluídos pela norma do artigo 7.º, letra "C".

4. Estabelecida esta premissa, com a determinação, incontestável, de que as relações dos funcionários públicos com o suscitado obedece a regimento — legal — próprio — estadual, podemos passar a questionar se o artigo 114 da CF tornou possível a ingerência da Justiça do Trabalho nestas relações de natureza estatutária, e, mesmo, naquelas de natureza celetista.

5. Preparatoriamente, temos que perquirir da extensão da competência conferida a esta Justiça Especializada pela CF na condução dos dissídios coletivos. A resposta nos é dada pelo seu parágrafo segundo, e é bem clara: "pode a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho." Logo, seu poder normativo tem eficácia plena e pode o julgador ir além da lei e das convenções pré-existentes.

6. Assinalamos esta afirmativa, propositadamente, porque ela nos conduz à conclusão de que à Justiça do Trabalho não quis o legislador constituinte conferir competência para infiltrar-se nas relações entre os servidores e os entes públicos, justamente por permitir decisões "ad libitum" do julgador, fora da lei. Esta intenção mostra-se, com clareza, no próprio texto constitucional: "a administração pública...obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade..." (art. 37).

7. O princípio da legalidade, também consagrado no artigo 5.º, II, da C.F., como informador de toda atividade administrativa pública, condiciona todos ao império da lei: "Na administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza" — na lição de HELY LOPES MEIRELLES, "in" Direito Administrativo Brasileiro, 11.ª edição, pág. 60.

8. Analisados em conjunto, então, os artigos 114, 25 e 37 da CF, a conclusão é tranqüila: se à Justiça do Trabalho é conferido poder normativo, e a administração pública está adstrita ao princípio da legalidade, garantida a organização de seu pessoal por leis estaduais, há vedação de competência daquela para apreciar e julgar os dissídios coletivos suscitados pelos servidores públicos, tanto funcionários como celetistas.

9. Esta absoluta vedação de competência mais se evidencia quando se inicia a análise de cada uma das cláusulas propostas pelo sindicato suscitante.

10. Consideramos, por exemplo, o pedido de fixação de um piso salarial e reajustes mensais dos salários de acordo com a variação do ICV/DIEESE. O pedido contém, flagrantemente, uma tentativa de invadir competência exclusiva da lei, e lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo para fixar salários e vencimentos:

— O artigo 61, § 1.º, II, "a", da CF, diz, claramente, que "são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham, sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração";

— da mesma forma, "são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre criação e aumento de remuneração de cargos, funções, ou empregos públicos na administração direta ou autárquica.", conforme a CE em seu artigo 60, 11, "a".

11. A determinação desta sistemática legal tem um objetivo, compreensível quando em consonância com aquelas outras normas constitucionais federais que estabelecem balizamentos e outros critérios para a fixação das despesas com pessoal:

"Art. 169 — A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Parágrafo único — A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I — se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II — se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

Art. 38 — do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão despendar com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes.

Parágrafo único — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quando a respectiva despesa de pessoal exceder o limite previsto neste artigo, deverão retornar àquele limite, reduzindo o percentual excedente à razão de um quinto por ano.”

Art. 17 do A.D.C.T.:

“Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

12. Além destas, ainda existem aquelas cláusulas que determinam a “revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares” e “sempre na mesma data” (artigo 37, X), a fixação de limite entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos (mesmo artigo, inciso XI), a isonomia de vencimentos (artigo 39, § 1.º).

13. Todo este regramento constitucional nos demonstra, com suficiente clareza, que a Administração Pública é matéria dominante e exclusiva das respectivas órbitas estadual e municipal, não havendo possibilidade legal de sequer se cogitar da competência da Justiça do Trabalho para julgar cláusulas de dissídio coletivo de servidores de pessoas jurídicas de direito público que envolvam aumento de despesa para os cofres públicos.

14. A mesma normatividade se aplica às cláusulas de natureza não-econômica. Vamos nos ocupar, exemplificativamente, com a décima nona, que contém pedido de “*publicação de edital para realização de concursos para preenchimento dos cargos de especialistas em educação, no prazo máximo de 30 dias e garantia do exercício das diversas funções por profissionais habilitados na forma da lei...*”.

15. Haveria repercussão econômica, fatalmente, no caso de a Justiça do Trabalho julgar procedente a cláusula.

Esta realidade nos remete a toda argumentação anterior sobre a necessidade de lei para o desenvolvimento da atividade administrativa pública; sobre a competência constitucional determinante da iniciativa de leis desta natureza; sobre a competência para decidir se há, ou não, necessidade de criação de tais cargos; se heverá verba orçamentária capaz de suportar o ônus adicional; se há conveniência, dentro das prioridades do Plano de Governo, para a matéria ou se haveria possibilidade de desenvolver todo o necessário

procedimento administrativo — político — legal em apenas trinta dias. Enfim, mesmo apenas teorizando, superficialmente, saltam aos olhos os obstáculos constitucionais e legais para que possamos admitir competência à Justiça do Trabalho para determinar ao suscitado tal providência: artigos 19, 20, 31, 52, 53, 59 a 67, 70 a 77, 82, 89, 90, entre outros, da Constituição Estadual, e aqueles, já referidos, da CF.

16. *PORTANTO:*

a matéria envolve, certamente, princípios que extrapolam o limite da simples arguição de incompetência do juízo: nenhum juízo é competente para apreciar e julgar dissídio coletivo de servidores públicos, tanto em se tratando de cláusulas de natureza econômica como de cláusulas de natureza jurídica. Logo, não há condições, mesmo, de se declinar o juízo competente, como determina o art. 307 do CPC, por estarmos tratando de assunto de *competência constitucional exclusiva* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no âmbito de sua organização interna (artigos 25, 29, 32 da CF).

17. Embora nova, a matéria, já temos arrolados alguns julgados que a definem, no lastro de toda argumentação expendida, como, exemplificativamente, o seguinte:

“Dissídio coletivo e Poder Normativo inexistente quanto às entidades públicas de direito interno frente à Constituição Federal, pelo não-reconhecimento das convenções coletivas (art. 39, § 2.º, combinado com o artigo 7.º, inciso XXVI).

Exigência de revisão geral da remuneração dos servidores públicos “sempre na mesma data (art. 37, X) e porque a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a qualquer título, pela administração direta ou indireta, só poderá ser feita com autorização da lei, ressalvadas as empresas públicas e sociedade de economia mista (art. 169, II).” Ac. 282/89-proc.D.C. n.º 243/88-A TRT 2.º R. PLENO. Rel. Juiz VALENTIN GRRION “in” LTR vol. 53, n.º 7, pág. 801, julho/1989.

18. Diante de tão evidente realidade, qual seja, a da competência legislativa exclusiva da União, dos Estados, dos Municípios, no âmbito de suas organizações internas, para regular as obrigações derivadas da relação com seus servidores, somos compelidos a concluir que a Constituição Federal assegura ao servidor público civil o direito à livre associação sindical, mas não a possibilidade de ajuizamento de dissídio coletivo.

A harmonização da negociação coletiva com a competência constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo para regular as condições de trabalho dos vários grupos de servidores públicos haverá de ser feita fora do Judiciário, e sempre vinculada à palavra final do Governo e condicionada à lei, como, aliás, ocorre em praticamente todos os países do mundo, segundo a própria OIT. De fato, ao que consta, à exceção da Noruega e de Trinidad y Tobago, onde o resultado das negociações coletivas é aplicado automaticamente, em todos os demais países, as organizações associativas de servidores públicos, dependendo do momento histórico em que cada um se encon-

tra, têm, tão-somente, maior ou menor capacidade de negociação, podendo, ou não, suas sugestões e conclusões serem aprovadas pelo Poder Executivo e referendadas via processo legislativo.

FACE A TODO EXPOSTO, argúi a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar dissídio coletivo suscitado por sindicato representativo de servidores públicos diante da competência constitucional exclusiva do Estado para definir aumentos e regular as condições de trabalho.

2.º) Argúi Ilegitimidade Ativa e Passiva para a causa

Categoria profissional é a conceituada no art. 511, § 2.º, da CLT, por dois fatores: 1.º — profissão ou trabalho em comum"; 2.º "em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares e conexas."

O suscitado não exerce qualquer atividade econômica, isto é, visando lucro, o que lhe é proibido. Pode, apenas, ser empregador, nos termos do § 1.º do art. 2.º da CLT. Apenas, "para os efeitos da relação de emprego". Nada mais.

Não exercendo atividade econômica — o segundo fator acima transcrito, nem suscitante nem suscitado têm legitimidade para atuar em dissídio coletivo.

Tais conceitos não sofreram alteração com a Nova Constituição. Visto o ordenamento jurídico positivo nacional como um todo, ressalta clara a manutenção do mesmo critério — exercício de atividade econômica — para conceder legitimidade ativa e passiva para os processos de dissídio coletivo. Se entendêssemos diferentemente, estaríamos negando toda a construção sistemática feita até aqui, com derrogação de todo o arcabouço constitucional — legal que confere competência exclusiva aos Poderes Executivos e Legislativos para determinar salários e condições de trabalho de seus servidores.

De qualquer sorte, não há, na Constituição Federal, qualquer referência expressa ou implícita indicativa de modificação deste critério (o da exploração de atividade econômica) para embasar cogitações de que o artigo 511, § 2.º da CLT tenha sido revogado.

Por tal motivo, argúi-se, com convicção, a ilegitimidade ativa do CPERS SINDICATO para propor o presente dissídio coletivo, e a conseqüente ilegitimidade passiva do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

II — MÉRITO *

III — CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Pelo que se viu nas preliminares e no exame do mérito, o ESTADO é administrado diferentemente da empresa privada. A ingerência da Justiça do Trabalho, nesta, é perfeitamente possível, face a todo o nosso ordenamento jurídico positivo; via reclamações individuais ou via reclamações coletivas. Com a nova Constituição, que concedeu competência normativa plena às sentenças prolatadas em dissídios coletivos, mais se acentuou esta capa-

Deixamos de reproduzir nas razões de mérito a contestação, uma a uma, das cinquenta e nove cláusulas do dissídio.

cidade. Quando se trata do ESTADO, no entanto, o tratamento deve ser diferenciado pela não-realização de atividade econômica. Pelos limites impostos à despesa com pessoal, pelas vinculações expressas constitucionalmente, determinativa da concessão de aumentos a todos, nos mesmos índices e nas mesmas datas, é criado todo um arcabouço de normas que IMPEDEM, sem sombra de dúvida, que qualquer poder alheio à Administração Pública possa ditar-lhe normas, estabelecer condições, determinar aumentos, AINDA MAIS SECTARIAMENTE. Pelo ângulo que se analise a questão, se evidencia a absoluta VEDAÇÃO DE COMPETÊNCIA para qualquer ingerência determinativa fora da própria ADMINISTRAÇÃO.

2. As reivindicações, talvez todas justas, não são rejeitadas. Embora lenta, a Administração Pública sempre acolhe as sugestões dos servidores e — quantas delas — já foram transformadas em leis que vão, pouco a pouco, tecendo a malha da gerência dos negócios públicos, em perseguição de seu fundamental objetivo — o bem comum.

3. No atendimento dos interesses do Magistério e dos servidores que trabalham em educação, tem havido um particular e prioritário interesse dos Administradores, pela sua excepcional importância dentro do contexto social e político.

A atuação do CENTRO DOS PROFESSORES, agora transformado em SINDICATO, sem dúvida, tem representado valiosíssima colaboração para o aperfeiçoamento da tarefa educativa e para a harmonização das relações dos servidores com o Poder Executivo. Tarefa essencial, sem dúvida, numa sociedade democrática. Porém, dentro do nosso ordenamento jurídico, assim como em praticamente todas as nações, sua atuação não pode ir além da colaboração, não lhe tendo sido legitimada a possibilidade de interferência direta na Administração, que é, por garantia constitucional, exercida em decorrência de competência legislativa privativa do Estado-membro.

4. A própria Constituição Federal, ao mesmo tempo em que permitiu aos servidores públicos a livre associação profissional ou sindical (art. 8.º), reconheceu que esta liberdade não era idêntica à assegurada aos trabalhadores privados, quando vedou o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 39, § 2.º, combinado com o art. 7.º, XXVI). É conclusão tranqüila que, se não reconhece como válidos aqueles instrumentos que pressupõem a anuência do administrador, menos ainda reconhece eficácia jurídica às sentenças prolatadas contrariando a fundamentada oposição da Administração — oposição fundamentada nos fatos (orçamento), nas prioridades, no interesse, no Plano de Governo (juízo de conveniência) e nos balisamentos impostos pela Lei e pela Constituição (impedimentos legais).

Face a todo o exposto, REQUER

I — O conhecimento e o provimento da EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO;

II — ou o recebimento da exceção como preliminar de mérito e seu acolhimento;

III — ou o acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa e passiva;

IV — desacolhidas estas, no mérito, a total improcedência do dissídio.

PORTO ALEGRE, 04 de junho de 1990.

ACÓRDÃO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 4.ª REGIÃO
DC-26/90

EMENTA: DISSÍDIO COLETIVO. SERVIDOR PÚBLICO. O art. 114 da Constituição Federal não alcança os servidores públicos estatutários. Impossível o exame da matéria indistintamente, tanto para servidores estatutários como para servidores celetistas. Carência de ação do suscitante. Extinção do Processo sem julgamento do mérito.

Vistos e relatados estes autos de DISSÍDIO COLETIVO, em que é suscitante CENTRO DOS PROFESSORES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO — CPERS SINDICATO, sendo suscitado ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

O Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul — Sindicato dos Trabalhadores em Educação — CPERS-SINDICATO — ajuíza dissídio coletivo originário contra o Estado do Rio Grande do Sul, postulando, para os trabalhadores em educação do sistema estadual de ensino, piso salarial mínimo segundo cálculo do DIEESE, reajustes mensais de salários, e outras vantagens alinhadas na inicial. Junta a documentação de praxe.

O suscitado contesta o feito, fracassando as tentativas conciliatórias em audiência, fl. 93.

Em seu r. parecer, de fls. 136/137, o Ministério Público do Trabalho opina, preliminarmente, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

É o relatório.

ISTO POSTO:

PRELIMINARMENTE. 1. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO TRABALHISTA EM RAZÃO DA MATÉRIA E/OU CARÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA TRABALHISTA EM RELAÇÃO AO SUSCITANTE. Sustenta o suscitado ser incontestável que as relações mantidas com os funcionários públicos obedecem a regramento estadual próprio, ao mesmo tempo estar a Administração Pública adstrita ao princípio da legalidade, sendo vedado à Justiça do Trabalho, consequentemente, apreciar e julgar os dissídios suscitados pelos servidores públicos, tanto os funcionários como celetistas.

Inicialmente, não assiste razão ao suscitado, quanto as alegações de incompetência desta Justiça Especializada, uma vez que entre os integrantes da categoria suscitante existem servidores regidos pela CLT, o que a rigor não afasta a competência para a apreciação do pedido, a teor do art. 114 da Constituição Federal vigente.

Desta forma, a argumentação do suscitado deve ser enfrentada, verificando-se a presença das condições da ação, na qual o suscitante invoca o poder normativo da Justiça do Trabalho.

O artigo 114 da Constituição Federal consagrou o propósito do legislador constituinte de inovar no trato da matéria, concebendo norma de eficácia plena, para assegurar de logo, à esta Justiça, ampla liberdade na formulação de regras específicas, visando normatizar as relações coletivas, observado, como limites apenas o respeito às disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. No mesmo sentido, a referida norma constitucional endereçou, também, de forma indiscutível, a competência para conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos em que são partes a Administração Pública direta e indireta dos Municípios, Distrito Federal, Estados e União. A respeito, como lembra Orlando Teixeira da Costa, Ministro do TST (*in* "Revista LTr" - Vol. 53 - novembro/89) "no que pertine às partes jurisdicionadas pela Justiça do Trabalho, a Constituição de 1988 enriqueceu, sobremaneira, o seu elenco.

O texto constitucional anterior dispunha, apenas como partes da relação processual, empregados e empregadores, abrangendo, por inferência do seu art. 125, inciso I, através dessas palavras, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público Federal, por dedução lógica todos os servidores contratados sob o regime da legislação trabalhista, pelos órgãos da administração direta ou indireta dos Estados, Municípios Estaduais e Territoriais e Distrito Federal. Pela redação do art. 114, da Lei Básica vigente, essa enumeração passou a abarcar não só os trabalhadores, como especificamente, também, os servidores contratados da União e de suas autarquias ou empresas públicas, bem como os entes de direito público externo."

Por outro lado, adota o Estado suscitado, especificamente no sistema de ensino, basicamente duas categorias de servidores, segundo o regime jurídico, os servidores celetistas e os servidores estatutários, embora não tenha sido, até o momento, instituído o regime jurídico único, previsto no art. 39 da Constituição Federal e no artigo 30 da Constituição Estadual.

Neste sentido, muito embora quando se trate de dissídio coletivo que tenha como parte a Administração Pública, seja necessário a interpretação conjunta de outros dispositivos constitucionais, com o é o caso do art. 60, § 1.º, alínea "a", que consagra o princípio da reserva legal, além do art. 37 "caput" que revela os princípios basilares que informam a atividade da Administração Pública, é indiscutível, de outra parte, o alcance do art. 114 do texto constitucional em relação aos servidores contratados pelo regime trabalhista, isto é, nos termos da CLT, pois nesse regime, segundo Hely Lopes Meirelles (*in* "Direito Administrativo Brasileiro" — 9.ª edição — páginas 338/339) "o vínculo empregatício é de natureza contratual, equiparando-se a Administração ao empregador comum, sem quaisquer prerrogativas especiais."

Ao contrário, a regra o art. 114, não alcança à situação do funcionário público, cujo regime jurídico é o estatutário, pois na correspondente relação jurídica a Administração Pública não se apresenta como empregadora, sendo diversa a relação daquela inerente ao contrato de trabalho. Não se vislumbra, pois, conflito típico entre empregado e empregador, da mesma forma que a

sindicalização não leva, necessariamente, ao abrigo de tais servidores a norma constitucional citada.

Consubstanciado esse entendimento, impossível, como pretende o suscitante, tratar a matéria versada na presente ação indistintamente, tanto para servidores regidos pela CLT como para os servidores estatutários, pois a inaplicabilidade do art. 114 da Constituição Federal para estes últimos, além da distinção das relações jurídicas de ambos regimes com o suscitado, da mesma forma que, em determinados aspectos, os próprios interesses são distintos, leva à concluir-se pela carência de ação do suscitante nos termos em que foi proposta esta ação originária de dissídio coletivo."

Assim, acolhe-se a prefacial argüida, para extinguir-se o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI do CPC.

Pelo que

ACORDAM, por maioria de votos, os Juízes do 1.º Grupo de Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região:

Vencidas em parte as Exmas. Juízas Rosa Maria Weber Candiota da Rosa e Carmen Camino, com divergência de fundamentação,
EM EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.
Custas, pelo suscitante, calculadas sobre o valor de Cr\$ 30.000,00 (trinta mil cruzeiros). Intime-se.

PORTO ALEGRE, 06 de setembro de 1990.

FERNANDO ANTÔNIO P. BARATA SILVA — Presidente

DELMAR FAGUNDES DIAS — Relator

Ciente:

PROCURADOR DO TRABALHO

LIMITE DE IDADE PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

INFORMAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA

SÍLVIA OPITZ

Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

Of. Gab. 141/92 Porto Alegre, 18 de fevereiro de 1992.

A Sua Excelência o Senhor Desembargador
JOÃO LOUREIRO FERREIRA
DD. Relator do Mandado de Segurança n.º 592004030
Nesta Capital

Senhor Desembargador Relator:

Tenho a honra de cumprimentar Vossa Excelência e, em atenção ao Ofício n.º 09/92 — Grs, de 10 de fevereiro de 1992, prestar as informações relativas ao Mandado de Segurança n.º 592004030, impetrado por VALDOMIRO BARBOSA DA ROSA.

Foi ajuizado o presente mandado de segurança sob argumento de que a exigência do requisito estabelecido no item III, n.º 2, alínea b do Edital n.º 07/92, referente ao 7.º Concurso de Provas e Títulos para ingressar na carreira de Procurador do Estado, viola o disposto no art. 7.º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988, que proíbe critérios de admissão condicionados à idade.

É de se negar a presente segurança, pois o ato impugnado é evidentemente legal.

Tem estabelecido, entre os requisitos para ingresso na função pública, idade-limite mínima e máxima levando-se em conta o cargo a ser ocupado.

Não há qualquer inconstitucionalidade nisso, nem à luz da anterior Constituição, nem frente à atual Carta Magna. Na própria letra constitucional, consta a ressalva para o ingresso em cargo público: "Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros, que preenchem os requisitos estabelecidos em Lei" (art. 37, inciso I, da Constituição de 1988).

Esse requisito há de ser cumprido, sem discriminações, por todos os candidatos.

O limite de idade não passa de um requisito para o ingresso no cargo público; requisito esse a ser determinado em lei, como aconteceu na espécie, sem qualquer vínculo de inconstitucionalidade.

O Estatuto dos Procuradores do Estado — Lei n.º 7.705, de 21 de setembro de 1982, disciplina o regime jurídico dos cargos da carreira de Procurador do Estado e regula seu provimento, vacância e exercício.

O provimento nos cargos da classe inicial é feito mediante concurso público de provas e títulos, para cuja inscrição exige-se o preenchimento dos requisitos arrolados nos incisos I a VI do artigo 6.º.

Dentre os requisitos exigidos, um deles se refere especificamente ao limite de idade, dispondo:

“Art. 6.º — O pedido de inscrição no concurso, dirigido ao Procurador-Geral do Estado, será instituído com a prova do preenchimento dos seguintes requisitos

.....
 II — ter idade igual ou inferior a quarenta e cinco anos, ou cinquenta se for funcionário público estadual estável;”

A lei n.º 8.798, de 4 de janeiro de 1989, alterou o dispositivo a fim de ajustá-lo aos novos preceitos constitucionais, estabelecendo:

6.º —

II — não ter completado quarenta anos de idade, ainda que servidor público, até o primeiro dia do prazo pra a inscrição.”

O Edital n.º 07/92 apenas reproduziu essa norma legal.

Como muito bem expõe HELY LOPES MEIRELLES:

“Desde que o concurso visa a selecionar os candidatos mais capazes, é inadmissível e tem sido julgado inconstitucional, a concessão inicial de vantagens ou privilégios a determinadas pessoas ou categorias de funcionários, porque isto cria a desigualdade entre os concorrentes”. (Direito Administrativo Brasileiro — Ed. Revista dos Tribunais; 14.ª Edição atualizada pela Constituição de 1988; pág. 375).

A doutrina sempre se posicionou no sentido dos limites mínimo e máximo de idade e, pela atual Constituição Federal, esse critério se mantém inalterado.

Com efeito: o dispositivo hoje constante do inciso I do art. 37 da CF/88 é o mesmo do art. 97 da anterior Carta Magna.

Na opinião dos doutrinadores:

“A idade é um dos requisitos exigidos como presunção de capacidade não somente física, como também mental para o desempenho regular da função pública.

Dai, a tradição universal de organizar escala cronológica, extensa e rigorosa, em que se fixem, primeiramente, os limites extremos, isto é, idade mínima para o ingresso aos cargos públicos e a idade máxima permitida para o exercício das atividades correspondentes ao cargo público.

Além do limite mínimo para o ingresso, comum em todas as legislações, fixam algumas, com toda razão, o limite máximo, também para o ingresso, impedindo, desse modo, o acesso aos cargos públicos daqueles que ultrapassarem o teto fixado pela lei.

Compreende-se facilmente o motivo dessa proibição, qual seja o de evitar que candidatos, quase na idade de aposentar-se, ingressem para o serviço público, onerando desnecessariamente o Estado.

Por outro lado, as Constituições dos diferentes países estabeleceram, para o desempenho de determinados cargos um limite mínimo de idade, muito acima, aliás, do limite mínimo geral exigido para o ingresso nos demais cargos.

Cargos de grandes responsabilidades, como o de Presidente da República, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, de membro do Conselho Federal, de Procurador-Geral da República, de Ministro de Estado não podem ser ocupados por quem não tenha atingido a idade mínima estabelecida pela lei”. (CRETILLA JÚNIOR, Curso de Direito Administrativo, 8.ª ed., Rio, Forense, 1986, p. 482/3).

“O mesmo art. 37, I, estabelece que os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros. Acesso, no caso, está sendo usado como sinônimo de ingresso, provimento inicial ou originário.

Entretanto, a própria Constituição estabelece, exceções, reservando a brasileiros natos os cargos de Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Ministro de Estado, além dos integrantes das carreiras diplomáticas e militar (art. 12, § 3.º).

Defere, no mais, a Constituição, aos Estatutos (lei), o estabelecimento das condições específicas de acesso a cada cargo, levando em conta as peculiaridades de suas atribuições, relativamente à capacidade e à formação, proibida, no entanto, a discriminação, dentro das categorias especificadas, de sexo, idade, cor ou estado civil, que nada tenham a ver com os requisitos de capacidade e formação exigidos motivadamente para as funções que deverão ser desempenhadas.

Dentre os requisitos, sobressaem a idade, a quitação com o serviço militar, o bom procedimento e a aptidão física e mental.

Quanto à idade, a própria Constituição estabelece, em diferentes passagens, limites mínimos para o acesso a cargos cujo provimento não se dá por concurso, mas por sufrágio eleitoral ou escolha política: 21 anos para Deputado Federal e Estadual; 25 anos para Prefeito; 35 anos para Presidente da República, Senador e Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, Tribunal Superior do Trabalho, Ministros Cíveis do Supremo Tribunal Militar e Ministros do Tribunal de Contas da União, sendo que, com exceção dos dois últimos tribunais, os demais têm um limite máximo de idade para acesso fixado em 65 anos.

De resto, para cargos de natureza administrativa, cabe à lei estabelecer os limites máximos e mínimos, considerando as caracte-

terísticas profissionais das funções a serem desempenhadas. A lei poderá, entretanto, estabelecer faixas de idade, em vez de uma idade precisa, para que a administração, por regulamento, venha a fixar as idades mínima e máxima de acesso para cada cargo". (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, 8.ª ed., Rio, Forense, 1989, págs. 233/234).

"Com relação à idade, deve se levar em consideração a fixação, não-somente do mínimo, como também do máximo de idade para admissão ao serviço público, ou para o exercício de certos cargos.

A Constituição fixou, para determinados cargos um mínimo de idade. Assim, para Presidente da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, membro do Conselho Federal, estabelece o mínimo de 35 anos. Para o Supremo Tribunal Federal, determinou a Constituição uma idade máxima de 58 anos, mesmo para os magistrados, eliminando a restrição contida no final do dispositivo semelhante encontrado na Constituição de 1934.

A questão do limite de idade sugere numerosas observações da maior importância.

O limite máximo para o ingresso na função pública deve atender a considerações relativas ao serviço, à sua natureza, ao desenvolvimento físico e intelectual do funcionário.

Evidentemente que o Estado nenhum interesse tem em uma aposentadoria precoce, com poucos anos de serviço e que somente poderia acarretar ônus ao Estado" (grifou-se). (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *O Funcionário Público e seu regime jurídico*, RJ, 2.ª ed., Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p. 153/154).

Nesse sentido tem sido o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em vários julgados, de que serve de exemplo o MS 589067123 do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis, anexo.

Além desses argumentos, válidos para qualquer concurso público, na espécie, o Procurador das classes inicial e intermediária fica lotado nas regionais do interior por vários anos (cfe. Portaria n.º 46), necessitando locomover-se de cidade em cidade, com dificuldade de condução, percorrendo longas distâncias em estradas muitas vezes de chão batido, de modo que a imposição de um limite máximo de idade é também norma de lógica.

Assim, o limite fixado de 40 anos é razoável para o ingresso na classe inicial do cargo de Procurador do Estado.

Essas as informações, Excelentíssimo Senhor Desembargador, que julguei devesse prestar, permanecendo ao seu dispor para esclarecimentos eventualmente necessários.

Renovo a Vossa Excelência protesto de alta estima e distinta consideração.

Gabriel Pauli Fadel,
Procurador-Geral do Estado.

Sílvia Opitz
Procuradora do Estado

CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA CARACTERIZADORA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO

Helena Acauan Pizzato
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 5.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

Processo n.º 01184118394 — 000028/84/A

Objeto: PEDIDO DE ENCAMINHAMENTO DE RAZÕES DE RECURSO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial, nos autos dos Embargos à Execução opostos por L. R. B, inconformado, em parte, com a v. sentença que o julgou parcialmente procedentes, vem da mesma recorrer, na forma de recurso de APELAÇÃO, com fundamento no artigo 513 e seguintes do Código de Processo Civil, observados, ainda, os artigos 508 511 e 188, do Estatuto Processual, requerendo sejam as razões em anexo recebidas e encaminhadas à Superior Instância, na forma da Lei.

E. Deferimento

Porto Alegre, 23 de abril de 1989

Helena Acauan Pizzato
Procuradora do Estado

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECURSO DE APELAÇÃO

Apelante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Apelado: L. R. B.

RAZÕES DO APELANTE

Eméritos Julgadores,

O Estado do Rio Grande do Sul propôs Execução Fiscal contra B & S LTDA, para haver crédito relativo ao Imposto sobre a Circulação de Mercado-

rias, não satisfeito na época aprazada para o pagamento.

Efetivada a citação, na pessoa de seu representante legal L.R.B, em 22.04.84, resultou infrutífera a execução por não encontrados bens hábeis à penhora, encontrando-se a sociedade desativada "não havendo bens para cobrir a dívida" (sic), consoante informação do próprio representante da executada (fl. 6, verso, da execução).

Constatada a dissolução irregular da sociedade e, com fundamento no inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional, promoveu-se a citação e penhora em bens particulares do sócio-gerente (embargante com despacho de deferimento em 23.01.85.).

Citado o devedor, em 27.03.86 e, efetivada a penhora em bens de sua propriedade em 09.04.86, interpôs Embargos à Execução os quais, não obstante tempestivos — intimado da penhora na mesma data (fl. 46, da execução) — convinha fossem inadmitidos, por insuficientemente garantida a execução (fl. 49). Todavia, com a impugnação de fls. 29/37 tiveram tramitação regular, restando, a final, julgados parcialmente procedentes, nos termos da r. decisão de fls. 59/62, contra a qual, no mérito, interpoõe-se este recurso.

Colenda Câmara,

Labora em manifesto erro, data venia, a r. decisão do juízo monocrático, especialmente porque, a responsabilidade do embargante pelo total do débito em execução encontra fundamento no inciso III do art. 135 do CTN, de cujos termos exsurge o reconhecimento de que a lei coloca no polo passivo da relação jurídico-tributária tanto o contribuinte como o responsável (artigos 134 e 135 do CTN).

Em assim sendo, verificado o fato contido na norma — suporte fático — e, por ela juridicizado, estabelece-se a relação jurídico-tributária com todo o conteúdo de eficácias que do fato jurídico se irradiam.

Então, à configuração de um sujeito de direito, o Estado — titular da competência legislativa e impositiva — e, do correlato sujeito de dever — a quem incumbe o cumprimento da prestação tributária (debitum) e, já num segundo plano eficaz da relação constituída, à pretensão do Poder Público — nascida com o Auto de Lançamento — corresponde a obrigação do sujeito onerado (obligatio), sinalada por sua responsabilidade patrimonial (haftung).

De conseqüência, na hipótese dos autos, como ensina o ilustre ALIOMAR BALÊIRO, a obrigação principal já nasce vinculando o sócio-gerente — denominado por ele, de substituto tributário — ao pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 135 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, esclarece MARÇAL JUSTEN FILHO:

"Quando incide o art. 135, o resultado que se atinge é que o destinatário legal tributário passa a ser o 'representante' e não o 'representado'. Por isso a imposição da condição de sujeito passivo ao primeiro não o transforma em substituto nem em responsável. Ele é, tão somente o próprio contribuinte.

Não se altera, assim, o mandamento da norma tributária, que continua a estabelecer como sujeito passivo o destinatário legal tributário." (grifou-se).

(Sujeição Passiva Tributária. 1986, p. 317).

Diante do exposto, válido afirmar, não assiste razão ao embargante e, pois, concessa venia, destituída de fundamento a r. decisão recorrenda, quando acolhendo as razões dos embargos limita a responsabilidade do embargante (apelado) ao valor das cotas sociais. E, isso porque, tendo-se como antecedente lógico uma lei tributária impositiva — art. 135, III, do CTN — configura-se a responsabilidade do embargante (recorrido) consubstanciada ante os atos praticados contrariamente à lei.

Inequivoca, em verdade, as infrações à lei, evidenciadas, destarte, face aos próprios fatos que se contém nos autos:

a) todo o inadimplemento de obrigação tributária, em princípio, constitui infração à lei, posto que a obrigação tributária nasce da lei;

b) pelo exame dos títulos fazendários (CDAS que embasam a Execução Fiscal) verifica-se que todos os débitos são anteriores a 08.10.85, data em que foi levado a registro na Junta Comercial do Estado o distrato social (fl. 27).

Cumpra, nesse sentido, elucidar quanto à validade daquele documento (fl. 26), eis que configura ato de evidente má fé, se não de dolo manifesto, praticado pelo embargante, plenamente tipificado o crime de falsidade ideológica, como descrito na lei penal (CP. art. 299).

Exsurge essa constatação da própria atividade do embargante, desenvolvida no sentido de burlar a lei, pretendendo, por meios maliciosos, elidir-se à responsabilidade pelos débitos fiscais.

E, isso porque, anteriormente ao arquivamento e registro do distrato social, em 08.10.85, fora o embargante citado, em 22.04.84 — na qualidade de representante legal da executada — dos termos da execução fiscal, tendo informado estar a empresa desativada, não possuindo bens hábeis à penhora (fl. 6, da execução).

Ressalta, pois, dos próprios autos a intenção fraudulenta do embargante em promovendo a dissolução e distribuição do patrimônio societário, sem antes satisfazer aos créditos fiscais, ainda mais que, levado a registro documento no qual está expressa declaração falsa — ao que tudo indica, exatamente para furtar-se ao pagamento do débito em execução, do qual tinha pleno conhecimento, como demonstrado (fl. 6) — no seguinte teor, sic, cláusula Quarta, fl. 26:

"Não havendo contas Ativas ou Passivas de qualquer natureza, os sócios declaram dissolvida apresente sociedade..." (grifou-se).

Em verdade, forçoso reconhecer, em entendido válido o instrumento de distrato, estar-se-á, à evidência, premiando a má fé e a improbidade manifestas, na espécie sob exame, especialmente face aos fatos articulados nos autos.

Afirmam-se essas evidências principalmente porque, a par de inválido o ato levado a registro, a distribuição do patrimônio societário sem que fossem atendidas as disposições que, na lei civil e comercial regulam a matéria, também resultaram desatendidos os preceitos da lei processual e lei estadual específica, aplicáveis à matéria, tanto mais que, não demasia repetir, cientificado o embargante quanto ao débito em execução (fl. 6, verso).

Demais reforça o entendimento suso expandido, manifestação de JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, consonante com entendimento de LIEBMAN, afirmando que:

"Ninguém pode ignorar as facilidades de que dispõe o devedor para tomar ciência da ação que contra si foi proposta, bem como os modos de que este pode utilizar-se no sentido de evitar a citação por algum tempo necessário e suficiente para que pratique todos os atos que se fizerem indispensáveis no sentido de desviar seus bens patrimoniais que estavam predestinados a garantir a execução."

(Fraude à Execução. 1986. p. 76)

Tal conclusão aplica-se à hipótese dos autos, na medida em que parece possível que o embargante tenha evitado a citação de modo a viabilizar, exatamente o arquivamento do distrato social na Junta Comercial do Estado.

De outra parte, insta sinalar, parece evidenciada a intenção fraudulenta, no próprio ato de constituição da sociedade, eis que constituída por marido e mulher (fl. 22), sequer apresentam declaração de rendimentos e bens em separado, ambos cadastrados no CIC, com o mesmo CPF, conforme se constata do instrumento procuratório de fl. 21 e ficha cadastral em anexo.

Cessa aqui o princípio da fictio juris reconhecido às pessoas jurídicas em geral, para dar lugar à figura da responsabilidade.

Necessário, pois, prescindir da estrutura formal de que se reveste a pessoa jurídica para, em retirando o véu de sua personalidade, penetrar em seu substrato, viabilizando a que se coibam os abusos e se condene a fraude praticada através de seu uso, conforme vêm, doutrina e jurisprudência, admitindo, no sentido de ampliar, reconhecendo responsabilidade objetiva às pessoas físicas de gerentes e diretores, pelos atos em que vinculam a pessoa jurídica que representam, face à teoria, modernamente aceita, da "disregard doctrine."

Com efeito, a certidão de f. 6, verso, expressa que a executada encerrou as atividades em data anterior ao ajuizamento da ação, todavia sem efetuar nenhum pagamento dos débitos tributários, não obstante a tanto notificada em 1982, como, de resto exsurge das certidões que embasam a execução fiscal, ajuizada em 1984.

Dessa forma, o instrumento de dissolução da sociedade reveste-se de total invalidade, posto que a executada e, por conseqüente, seus sócios, estavam em débito por impostos relativos à Circulação de Mercadorias.

Em assim sendo, mesmo que, "ad argumentandum", fosse reconhecida a validade daquele documento de dissolução, em não tendo o embargante demonstrado a destinação dos bens sociais e provado o pagamento de seus credores, inclusive o fisco, indiscutível a responsabilidade emergente na espécie, nos termos da Lei Tributária (CTN, art. 135, III).

Agrava esse entendimento a natureza mesma do ICM que, como imposto indireto e não cumulativo representa uma quantia já arrecadada pelo contribuinte e o seu não recolhimento caracterizaria em apropriação indébita, aliada ao enriquecimento ilícito, como tipificado na lei penal e, previsto na lei civil.

Inafastável, portanto, a responsabilidade do embargante pela integralidade do débito em execução, como têm entendido as decisões pretorianas dominantes, "ad exemplum":

"EXECUÇÃO FISCAL — Sociedade de responsabilidade limitada Pessoas referidas no art. 135 do CTN — Legitimação passiva — Penhora de seus bens — Legalidade Recursos Extraordinário provido.

Execução Fiscal. Citação do sócio-gerente. Legitimação passiva das pessoas referidas no inciso III do art. 135 do CTN. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário provido." (RT 577/288).

"Execução Fiscal. Legitimação passiva.

As pessoas referidas no inciso III do art. 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsáveis por substituição, e, assim, sendo, aplica-se-lhes o disposto no art. 568, V do Código de Processo Civil, apesar de seus nomes não constarem no título extrajudicial.

Assim, podem ser citadas — e ter seus bens penhorados — independentemente de processo judicial prévio para a verificação da ocorrência inequívoca das circunstâncias de fato aludidas no art. 135 'caput' do CTN matéria essa que, no entanto, poderá ser discutida, amplamente, em embargos de executado (art. 749, parte final, do CPC). Recurso extraordinário conhecido e provido." (DJU de 13.11.87, p. 25113).

Por todo o exposto e, mais pelas razões de impugnação de fls. 29 a 37, as quais se reporta como se estivessem transcritas, para fazê-las parte integrante deste recurso, REQUER o Estado do Rio Grande do Sul seja dado total provimento à esta Apelação para reconhecer-se a responsabilidade do embargante pela integralidade do débito em execução, mantida a condenação no pagamento das custas e honorários. É o que se espera em nome da certeza e segurança da Lei e do Direito.

Porto Alegre, 23 de abril de 1989

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXECUÇÃO FISCAL.

Sociedade por quotas de responsabilidade limitada, constituída por marido e mulher.

Citação do sócio-gerente. Penhora dos bens do quotista-gerente.

Admissibilidade.

Dissolução da sociedade antes do resgate do débito fiscal.

Aplicação do art. 135, inc. III, do CTN.

Precedentes jurisprudenciais.

Improcedência dos embargos à execução.

APELAÇÃO CÍVEL
N.º 589 068881
L. R. 8.
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE
1.º APELANTE/APELADO;
2.º APELANTE/APELADO;

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM, à unanimidade, os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça prover a apelação do Estado, restando prejudicado o recurso do embargante, de conformidade com e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas, que integram o presente acórdão.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Exmos. Srs. Des. ELIAS ELMYR MANSSOUR, Presidente, e Des. TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 1989.

DES. CELESTE VICENTE ROVANI, Relator.

RELATÓRIO

O DES. CELESTE VICENTE ROVANI (RELATOR) — L. R. 8. opôs embargos à execução fiscal que contra si e 8 & S Ltda. promove o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, para haver crédito relativo ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM. Sustentou que a dissolução da sociedade 8 & S Ltda. se deu de forma regular, através de distrato social devidamente registrado na Junta Comercial do Estado, conforme preceitua o art. 338 do Código Comercial. Dessa forma, a responsabilidade do sócio fica limitada ao valor das quotas recebidas no ato do distrato, não procedendo, portanto, a pretensão do Fisco de cobrar de sócio quotista dívida de empresa extinta regularmente. De outra banda, alegou que o embargante não figura como devedor na certidão de dívida ativa, não sendo, por via de consequência lógica, parte na ação de execução. Logo, não pode sofrer a constrição de seus bens particulares. Asseverou, alfim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF exige, para penhora dos bens do sócio quotista, no mínimo, a prova de que este agiu com excesso de poderes ou com infração à lei ou ao contrato, do que, nos autos da execução, nem mesmo alegação há.

Respondeu o Estado.

O magistrado, de forma antecipada, julgou parcialmente procedentes os embargos, para limitar a execução, contra o embargante, ao valor das quotas recebido quando do distrato social. Entendeu que a dissolução da empresa executada se processou regularmente, em data anterior ao lançamento da

dívida ativa, razão pela qual a responsabilidade do sócio, integrado à execução, restringe-se ao limite de suas quotas à época do distrato social.

Dessa decisão, apelam ambas as partes.

Argumenta o embargante que só o fato de haver a sociedade se dissolvido regularmente, impõe a sua total irresponsabilidade pela dívida da empresa. De outro lado, e assim não sendo, sua responsabilidade deveria ficar restrita ao valor das quotas que tocou ao sócio, e não ao total das quotas da sociedade [sic]. Insurge-se, ainda, contra sua condenação, aos consectários sucumbenciais, asseverando a incidência, "in casu", do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil — CPC. Requer seja: a) isentado de qualquer ônus sucumbencial [sic]; b) irresponsabilidade pela dívida societária ou restringida sua responsabilidade ao valor das quotas que lhe tocaram na dissolução; e c) imputado tão somente ao embargado o ônus da sucumbência.

Sustenta o Estado que a responsabilidade do embargante exsurge por imposição legal do art 135, inc. III, do Código Tributário Nacional — CTN, consubstanciada ante ato praticado contrariamente à lei, qual seja, o inadimplemento de obrigações tributárias nascidas anteriormente ao registro do distrato social. Assevera, ademais, ser fraudulenta a intenção do embargante ao promover a dissolução da sociedade, sem antes satisfazer aos débitos fiscais, e em data posterior a que fora citado, como representante legal da empresa executada, dos termos da execução fiscal. Aduz que agrava esse entendimento a própria natureza do ICM, como tributo indireto e não cumulativo, cujo não recolhimento caracteriza apropriação indébita e enriquecimento ilícito.

Foram contra-arrazoados ambos os recursos.

Preparado o apelo do embargante, subiram, após, os autos a este Tribunal.

Manifestou-se o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo provimento do recurso do Estado, considerando prejudicado o apelo do embargante.

É o relatório.

VOTO

O DES. CELESTE VICENTE ROVANI (RELATOR) - Sem adentrar a polêmica e tormentosa divergência doutrinária e jurisprudencial em torno da responsabilidade solidária e ilimitada do sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, como substituto tributário, em face da norma do art. 135, inc. III, do Código Tributário Nacional — CTN, para mim, no caso em apreço, colhe o apelo do Estado.

São 4(quatro) as circunstâncias fácticas que me conduzem à conclusão da total improcedência dos embargos interpostos pelo sócio-gerente embargante.

Primo, trata-se de sociedade constituída por marido e mulher, embora rotulada de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (fl. 22), com capital inicial de Cr\$ 1.000.000 (um milhão de cruzeiros), subscrito em partes desiguais por cada cônjuge (fl. 22, cl. 4.ª), e aumentado, posteriormente, para Cz\$ 2.000.000,00 (fl. 25, cl. 4.ª), cabendo a administração geral da empresa ao sócio varão e à sócia mulher o exercício da "função administrativa,

podendo assinar pela empresa em conjunto ou quando houver poderes para assinar em separado" (fl. 22, cl. 5.^a).

Trata-se, em suma, de uma sociedade fictícia apesar da personalidade jurídica **externa corporis**, com o fito de aparentar separação patrimonial, entre o controlador e o sócio-gerente-mor, no caso, o varão, e a sociedade controlada ou gerida, pois, na lição de FÁBIO KONDER COMPARATO, "a pessoa jurídica nada mais é, afinal, do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral" ("O Poder de Controle na Sociedade Anônima", ed. 1976 pág. 362).

E pondera ainda o ilustre Professor: "Na jurisprudência brasileira, tem-se considerado, com freqüência, a personalidade jurídica de sociedades constituídas unicamente de marido e mulher, sob à alegação de nulidade (Op. Cit. pág. 365).

Ora, sendo a empresa devedora, constituída apenas por capital de marido e mulher com a pecha de nula, além de o marido enfeixar em suas mãos "administração geral da empresa", com todos os "poderes diretivos, podendo praticar quaisquer atos de negócios mercantil ou de representação, que dizem respeito aos interesses da sociedade" (fl. 22, cl. 5.^a), o capital desta, em última análise, confunde-se com o capital dele sócio-gerente-mor.

Dai, a responsabilidade ilimitada e subsidiária de L. R. 8. pelos débitos fiscais de empresa que gerenciou.

Secundo, a dissolução de fato, e irregular, da empresa aconteceu antes da propalada dissolução de direito.

Efetivamente, o meirinho, em 22.06.84, ao procurar a firma B. & S Ltda. para citá-la do pedido de execução por débito de Cr\$ 21.572.426,00 (vinte e um milhões, quinhentos e setenta e dois mil e quatrocentos e vinte e seis cruzeiros), decorrente de não-pagamento de Imposto de Circulação de Mercadorias — ICM — e consectários, foi informado pelo sócio-gerente, ora embargante, "a firma encontra-se desativada, não havendo bens para cobrir a dívida,....e por informação do próprio representante da mesma" (fl. 6 e v., dos autos do Processo de Execução n.º 01184008394 — PE-P1, e, em 10.04.84, por ensejo da citação da empresa devedora em relação ao débito fiscal da importância de Cr\$ 1.551.024,00 (um milhão, quinhentos e cinquenta e um mil e vinte e quatro cruzeiros), certificou o oficial de justiça: "...constatei não funcionar mais no local" — Av. Cristóvão Colombo, 2149, B. Floresta — "a empresa-ré, há mais de um (01) ano, tendo sido a sociedade desmanchada e desconhecidos seus titulares, conforme informações obtidas junto ao zelador do prédio" (fl. 5 e v., dos autos do Processo de Execução n.º 01184030458 — PE-A2).

O distrato do estatuto social foi assinado em 1.º de agosto de 1985, tendo sido reconhecidas as firmas no dia seguinte, e foi arquivado na Junta Comercial somente em 8 de outubro subsequente (fls. 26 e 27), quando, portanto, a devedora estava dissolvida de fato há mais de ano, e bem depois da citação na pessoa de seu representante legal, para o pagamento dos dois débitos fiscais executados.

Esta é a prova documental candente dos autos. Ante a evidência dos fatos, toda a discussão acerca da anterioridade ou não da citação do sócio-gerente-mor, ora embargante, é inútil, porque a dívida fiscal da firma já se constituíra antes do arquivamento do distrato.

Tertio, além da dissolução irregular da empresa, ocorrida antes da execução do débito fiscal, o instrumento do distrato social contém falsidade ideológica, pois a empresa em dissolução estava a dever para o Fisco Estadual, até 31.01.84, Cr\$ 1.551.024,62 (um milhão, quinhentos e cinquenta e um mil, vinte e quatro cruzeiros e sessenta e dois centavos) (fls. 2/3v.; do PE-A2) e, até 29.02.84, (Cr\$ 10.049.296,11 + Cr\$ 11.523.130,76 = Cr\$ 21.572.426,87 (vinte e um milhões, quinhentos e setenta e dois mil, quatrocentos e vinte e seis cruzeiros e oitenta e sete centavos) (fls. 2,3 v. e 4 v., dos autos do PE-P1), o que, sem a contabilização da correção monetária referente ao mês de fevereiro em relação à primeira parcela, resulta um dívida global de (1.551.024,62 + 21.572.426,87 =) Cr\$ 23.123.451,49 (vinte e três milhões, cento e vinte três mil, quatrocentos e cinquenta e um cruzeiros e quarenta e nove centavos), que até hoje não foi resgatada, enquanto o distrato social declara, em 1.º.08.85, 17 (dezessete) meses depois, expressamente na cláusula quarta:

"Não havendo contas Ativas ou Passivas de qualquer natureza, os sócios declaram dissolvida a presente sociedade, dando-se plena e geral quitação entre si e perante a sociedade, permanecendo os livros e documentos fiscais e contábeis, em poder dos sócios no endereço supramencionado, à apreciação de quem interessar possa, em qualquer tempo que for necessário" (fl. 26).

Há uma perfeita antinomia entre a realidade processual e a afirmativa do distrato. Essa contradição indissolúvel demonstra que o embargante está agindo de má-fé, pois cerra as portas da empresa, declarando a inexistência de obrigação fiscal, quando o Fisco do Estado está lhe cobrando um débito de vinte e um milhões de cruzeiros...

Quarto, a falta de recolhimento do ICM devido importa em duas infrações legais: o dever de resgatar o débito fiscal e apropriação indébita, de natureza penal.

Ocorrido o fato gerador, que, no caso, deflui da circulação da mercadoria, já que a execução é do débito relacionado com o ICM (fls. 3/4, dos autos do PE-A1, e fl. 3, dos autos do PE-A2), tem o sujeito passivo ou contribuinte a obrigação de recolher ao Erário do Estado o tributo devido, no prazo fixado pela lei (CTN, arts. 113 e 121). A empresa devedora não recolheu o ICM no prazo estabelecido pela lei, e por essa razão está sofrendo a execução. A falta de recolhimento do tributo devido no prazo estabelecido pela lei constitui infração à lei fiscal.

De outra parte, a responsabilidade tributária, ilimitada e subsidiária, emerge, na espécie, mais cristalina, a teor do art. 135, inc. III, do CTN, em razão da própria natureza do ICM executado, que, como imposto direto e não-cumulativo, representa uma quantia já arrecadada pelo contribuinte de seu cliente e a falta de recolhimento ao Tesouro do Estado caracteriza o crime

de apropriação indébita, aliada ao enriquecimento ilícito, aquela tipificada na lei penal, esse previsto na lei civil.

Em suma, o embargante é responsável subsidiária e ilimitadamente pelos débitos fiscais da empresa B & S Ltda., porque, na condição de sócio-gerente-mor, o que lhe confere a posição jurídica de substituto tributário dissolveu de forma irregular a sociedade constituída entre cônjuges, embora tenha, posteriormente, celebrado distrato social, sem, antes recolher o ICM devido (fls. 3/4 e 3 dos autos dos PE-A1 e PE-A2, respectivamente), além de não haver demonstrado a destinação dos bens sociais.

Não resta a menor dúvida de que tal hipótese, como na falta de requerimento de falência na impossibilidade de a empresa solver os débitos cíveis ou fiscais, ou no caso de extravio dos bens sociais (RTJ, 88/296; 100/1.320, 101/748 e 1.263; 102/823; 103/1.274; 105/334; 106/286; 106/878; RT, 577/288; 585/258; RJ-TJRGS, 94/418; 105/420; 112/430; 115/301; 115/304; 118/258; 126/434; 128/345, e 130/413).

De outra parte, tem reiterado a jurisprudência a admissibilidade da citação de sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, como substituto tributário, sem a necessidade de constar o nome de tal sócio da certidão de dívida ativa, com base no art. 135, inc. III, do CTN (RJ-TJRGS, 128/345; STF, RE n.º 95.022, j em 04.10.83, Rel. Min. ALDIR PAS-SARINHO, DJU, de 04.11.83, p. 17.146).

É a hipótese dos autos.

O embargante não diz a verdade quando afirma que o Estado, ao requerer-lhe a citação, não chegou a alegar que o citando se houve com excesso de poderes, com infração à lei ou ao contrato.

O requerimento de fl. 8/9 do Processo de Execução n.º 01184118394 é cabal desmentido de tal afirmativa, porquanto "... a empresa encontra-se dissolvida" e "a dissolução da firma, no entanto, não se fez nos termos da lei", por falta de registro na Junta Comercial, e, assim, requereu, nos termos do art. 135, inc. III, do CTN, fosse fixada a responsabilidade pessoal dos gerentes pelos créditos oriundos das obrigações tributárias.

O pedido foi devida e legalmente formalizado.

Em suma, calha para a espécie a lição do seguinte aresto:

"Se à empresa faltavam recursos para a satisfação de obrigações líquidas (como a que ora é exigida pela Fazenda), impunha-se aos sócios particularmente aos que exerciam a gerência, requerer a declaração de falência da sociedade, em termos de ser assegurada a 'par conditio creditorum'.

Afinal, o comércio não pode ser reduzido a uma atividade irresponsável, em que possam ser desprezados impunemente os direitos e interesses legítimos dos demais membros da comunidade, sem exclusão, claro está, do Poder Público. Omitindo as providências pertinentes à regular dissolução e liquidação da sociedade, o embargante infringiu a lei e tornou-se pessoalmente responsável pelo crédito correspondente à obrigação tributária, nos termos do art. 135, inc. III, do CTN.

Como responsável tributário tornou-se o apelante sujeito passivo da execução, nos termos do que determina o art. 568, V, do CPC. Nesse sentido a jurisprudência mais recente (RTJ 102/823; RJTJSP, ed. Lex, 78/116, 79/282 e 283, 80/228 e 81/279, 86/161 e 162)" (RT, 609/81).

Por tais motivos, dou provimento ao apelo do Estado para desacolher de todo os embargos à execução, correndo por conta do embargante as custas do processo e a verba honorária, que resta fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado do débito, com o que resta prejudicado o recurso do embargante.

É o voto.

O SR. PRESIDENTE (DES. ELIAS ELMYR MANSSOUR) — Revisei e estou de inteiro acordo com o minucioso voto do eminente Relator.

O DES. TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. ELIAS ELMYR MANSSOUR) — Apelação Cível n.º 589 06888 1, de Porto Alegre — "DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME"

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Administração indireta ver SERVIDOR — CEDÊNCIA — ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	
APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA — PROVENTOS PROPORCIONAIS	
— Aposentadoria voluntária com proventos proporcionais.	
— Parecer da Procuradora do Estado Rosa Maria Peixoto Sastos ..	67
CALENDÁRIO ROTATIVO — IMPLANTAÇÃO	
— Implantação do calendário rotativo. Apelação. Trabalho forense da Procuradora do Estado Márcia Porto Castro	197
Carreiras jurídicas — isonomia ver ISONOMIA	
CONCURSO PÚBLICO — IDADE LIMITE	
— Limite de idade para inscrição em concurso público.	
— Informações em Mandado de Segurança. Trabalho forense da Procuradora do Estado Sílvia Opitz	217
CONSTITUIÇÃO ESTADUAL 1989, ARTs. 35 e 36	
— Atualização do valor das obrigações pecuniárias devidas pela Administração a seus servidores. Parecer da Procuradora do Estado Eunice Nequete Machado	107
CONSTITUIÇÃO ESTADUAL 1989, ART. 128, I	
— Competência das Guardas Municipais. Parecer do Procurador do Estado Luiz Carlos Souza Leal	141
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 5, LV	
— A ampla defesa e contraditório na sindicância. Parecer do Procurador do Estado Maurício Azevedo Moraes	101
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ADCT, ART. 19	
— Aplicação do artigo 19, do ADCT ao contrato de trabalho suspenso. Parecer da Procuradora do Estado Clarita Galbinski	75
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 40, III, "C"	
— Aposentadoria voluntária com proventos proporcionais. Procuradoria do Estado Rosa Maria Peixoto Sastos	67
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 100	
— Créditos de caráter alimentar. Condenação judicial da Fazenda Pública a satisfazê-los. O precatório como a única forma para tanto prevista pela Constituição Federal. Parecer do Procurador do Estado Adnor Goulart	81
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 135	
— Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. Artigo do Procurador do Estado Mário Bernardo Sesta	11

CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 144, parág. 8º	
— Competência dos Guardas Municipais. Parecer do Procurador do Estado Luiz Carlos Souza Leal	141
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 155 parág. 2º, II, "b", XII, "a" e "f"	
— Manutenção de crédito fiscal do ICMS na exportação de industrializados. Parecer do Procurador do Estado Maurício Batista Berni	127
CONTRATO ADMINISTRATIVO — CORREÇÃO CAMBIAL	
— Correção cambial em contratos administrativos. Parecer do Procurador do Estado Caio Martins Leal	57
CONTRATO DE TRABALHO — SUSPENSÃO	
— Aplicação do artigo 19 do ADCT ao contrato de trabalho suspenso. Parecer da Procuradora do Estado Clarita Galbinski	75
CONVÊNIO — SUS —	
— Validade e eficácia do "Convênio-SUS" Parecer do Procurador do Estado Mário Bernardo Sesta	115
Correção cambial ver CONTRATO ADMINISTRATIVO — CORREÇÃO CAMBIAL	
Correção monetária — obrigações pecuniárias ver OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS — ATUALIZAÇÃO	
CRÉDITO DE CARÁTER ALIMENTAR — PRECATÓRIO	
— Créditos de caráter alimentar. Condenação judicial da Fazenda Pública a satisfazê-los. O precatório como a única forma para tanto prevista pela Constituição Federal. Parecer do Procurador do Estado Adnor Goulart	81
CRÉDITO TRIBUTÁRIO — CORREÇÃO MONETÁRIA	
— Correção monetária dos créditos tributários. Impugnação do embargo. Trabalho forense do Procurador do Estado Jorge Ubirajara Machado Osório	181
DIREITO CIVIL	
— A Constituição e o Direito Civil. Artigo da Procuradora do Estado Maria Amália Dias de Moraes	45
Diretor de Escola ver ESCOLA — DIRETOR	
Enriquecimento ilícito ver PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS — AUTORIZAÇÃO VERBAL	
ESCOLA — DIRETOR — ELEIÇÃO	
— Eleição de diretores de escola. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho forense do Procurador do Estado Caio Martins Leal	161
ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL	
— Aplicação do artigo 19 do ADCT ao contrato de trabalho suspenso. Parecer da Procuradora do Estado Clarita Galbinski	75
Fundação ver SERVIDOR — CEDÊNCIA — ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	

GUARDA municipal — COMPETÊNCIA	
— Competência das Guardas Municipais. Parecer do Procurador do Estado Luiz Carlos Souza Leal	141
ICMS — CRÉDITO FISCAL	
— Manutenção de crédito fiscal do ICMS na exportação de industrializados. Parecer do Procurador do Estado Maurício Batista Berni	127
IPTU — ATUALIZAÇÃO POR DECRETO	
— A atualização do IPTU por Decreto. Parecer da Procuradora do Estado Mercedes de Moraes Rodrigues	149
ISONOMIA	
— Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. Artigo do Procurador do Estado Mário Bernardo Sesta	11
LEI MUNICIPAL — INCONSTITUCIONALIDADE	
— O acesso do Vereador a informações da Administração Municipal e a independência dos poderes. Defesa da norma impugnada em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho forense do Procurador do Estado Paulo Roberto Pires	175
Licitação — Correção cambial ver contrato ADMINISTRATIVO — CORREÇÃO CAMBIAL	
LICITAÇÃO — NORMAS GERAIS	
— Licitação. Normas gerais. Parecer da Procuradora do Estado Sílvia La Porta	89
MAGISTÉRIO — DISSÍDIO COLETIVO	
— Dissídio coletivo do magistério público estadual. Contestação. Trabalho forense da Procuradora do Estado Marilene Petry Somnitz	207
OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS — ATUALIZAÇÃO	
— Atualização do valor das obrigações pecuniárias devidas pela administração a seus servidores. Parecer da Procuradora do Estado Eunice Nequete Machado	107
Polícia Civil ver SERVIDOR POLICIAL	
Precatório — Crédito de caráter alimentar ver CRÉDITO DE CARÁTER ALIMENTAR — PRECATÓRIO	
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS — AUTORIZAÇÃO VERBAL	
— Indenização de serviços prestados ao Estado com autorização de servidor. Parecer do Procurador do Estado Telmo Candiota da Rosa Filho	103
Produtos industrializados - Exportação ver ICMS — CRÉDITO FISCAL.	
Reciprocidade — Tempo de serviço ver TEMPO DE SERVIÇO — RECIPROCIDADE	
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA — SÓCIO — FALSIDADE IDEOLÓGICA	
— Falsidade ideológica caracterizadora de responsabilidade tributária	

do sócio. Apelação. Trabalho forense da Procuradora do Estado Helena Acauan Pizzato	221
SERVIÇOS TELEFÔNICOS — MUNICIPALIZAÇÃO	
— Municipalização dos serviços telefônicos. Parecer da Procuradora do Estado Maria Alice Costa Hofmeister	131
SERVIDOR — CEDÊNCIA — ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	
— Integração do servidor cedido à Fundação cessionária. Parecer da Procuradora do Estado Eunice Rotta Bergesch	71
SERVIDOR POLICIAL — ADICIONAL NOTURNO	
— Horas extras e adicional noturno dos servidores policiais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho forense da Procuradora do Estado Rosa Maria de Campos Aranovich	155
SERVIDOR POLICIAL — HORAS EXTRAS	
— Horas extras e adicional noturno dos servidores policiais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho forense da Procuradora do Estado Rosa Maria de Campos Aranovich	155
SINDICÂNCIA	
— A ampla defesa e contraditório na sindicância. Parecer do Procurador do Estado Maurício Azevedo de Moraes	101
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — CARGO DE CONFIANÇA — INVESTIDURA	
— O comissionamento nas Sociedades de Economia Mista. Parecer da Procuradora do Estado Marisa Soares Grassi	135
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — COMISSIONAMENTO	
— O Comissionamento nas Sociedades de Economia Mista. Parecer da Procuradora do Estado Marisa Soares Grassi	135
SUS	
— Validade e eficácia do "Convênio-SUS". Parecer do Procurador do Estado Mário Bernardo Sesta	115
TEMPO DE SERVIÇO — RECIPROCIDADE	
— A Lei da contagem recíproca e a nova Constituição. Parecer da Procuradora do Estado Elaine de Albuquerque Petry	95
Vencimentos — equiparação ver ISONOMIA	
VEREADOR — ACESSO A INFORMAÇÕES	
— O acesso do vereador a informações da Administração Municipal e a independência dos poderes. Defesa da norma impugnada em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho forense do Procurador do Estado Paulo Roberto Pires	175

ÍNDICE DE AUTOR

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Horas extras e adicional noturno dos servidores policiais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho forense	155
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Aposentadoria voluntária com proventos proporcionais. Parecer	67
BERGESCH, Eunice Rotta. — Integração de servidor cedido à fundação cessionária. Parecer	71
BERNI, Maurício Batista. — Manutenção de crédito fiscal do ICMS na exportação de industrializados. Parecer	127
CASTRO, Márcia Porto. — Implantação do calendário rotativo. Apelação. Trabalho forense	197
GALBÍNSKI, Clarita. — Aplicação do artigo 19 do ADCT ao contrato de trabalho suspenso. Parecer	75
GOULART, Adnor. — A satisfação dos créditos de caráter alimentar através do precatório. Parecer	81
GRASSI, Marisa Soares. — Comissionamento das sociedades de economia mista	135
HOFMEISTER, Maria Alice Costa. — Municipalização dos serviços telefônicos. Parecer	131
LA PORTA, Sílvia. — Normas gerais sobre licitação. Parecer	89
LEAL, Caio Martins. — Correção cambial em contratos administrativos. Parecer	57
LEAL, Caio Martins. — Eleição de diretores de escola. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho forense	161
LEAL, Luiz Carlos Souza. — Competência das guardas municipais. Parecer	141
MACHADO, Eunice Nequete. — Atualização do valor das obrigações pecuniárias devidas pela Administração a seus servidores. Parecer	107
MORAES, Maria Amália. — A Constituição e o direito civil. Doutrina	45
MORAES, Maurício. — A ampla defesa na sindicância. Parecer	101
OPITZ, Sílvia. — Limite de idade para inscrição em concurso público. Informações em Mandado de Segurança. Trabalho forense	217
OSORIO, Jorge Ubirajara Machado. — Correção monetária dos créditos tributários. Impugnação do embargado. Trabalho forense	181
PETRY, Elaine de Albuquerque. — A lei da contagem recíproca e a nova Constituição. Parecer	95
PIRES, Paulo Roberto. — O acesso do vereador a informações da administração municipal e a independência de poderes. Defesa da nor-	

ma impugnada em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho forense	175
PIZZATO, Helena Acauan. — Falsidade ideológica caracterizadora da responsabilidade tributária do sócio. Apelação. Trabalho forense ...	221
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. — A atualização do IPTU por decreto. Parecer	149
ROSA FILHO, Telmo Candiota da. — Indenização de serviços prestados ao Estado com autorização de servidor. Parecer	103
SESTA, Mário Bernardo. — Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. Doutrina	11
SESTA, Mário Bernardo. — Validade e eficácia do "Convênio-SUS". Parecer	115
SOMNITZ, Marilene Petry. — Dissídio coletivo do magistério público estadual. Contestação. Trabalho forense	207

A Revista da Procuradora-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vainin, 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 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