

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**

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vain, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sesta, quando passou a ser publicada pelo Instituto de Informática Jurídica. Em decorrência da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

RPGE	Porto Alegre	V. 18	nº 46	p. 1 a 194	1988
------	--------------	-------	-------	------------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.
v. 9 n. 24 — 1979 — Porto Alegre,
Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do
Sul, Instituto de Informática Jurídica.
v. 23 cm irregular
Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Es-
tado.

ISSN0101 - 1480

PEDRO SIMON
Governador do Estado

SINVAL GUAZZELLI
Vice-Governador do Estado

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA
Procurador-Geral do Estado

JORGE ARTHUR MORSCH
Procurador-Geral Adjunto

VERENA EMA NYGAARD
Coordenadora do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

Jorge Alberto Diehl Pires
Alexandre Henrique Gruszynski
Almiro Regis Matos do Couto e Silva
Bruno Sérgio de Araújo Hartz
Francisco Salzano Vieira da Cunha
Jorge Arthur Morsch
José Hugo Valvírio Castro Ramos
Mário Bernardo Sesta
Rosa Maria Peixoto Bastos

Maria da Graça Landell de Moura (Secretária do Conselho)

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO
Bel. Henriqueta Kopsch von Wackeritt

EXPEDIÇÃO
Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Ds princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica do Estado de Direito Contemporâneo	11
MARIO NUNES SOARES	Apontamento sobre a arguição de relevância da questão federal em recurso extraordinário	31
RENITA MARIA HÜLLEN	Organização administrativa municipal. O regime jurídico dos servidores municipais e o princípio da acessibilidade aos cargos públicos	33
MARIA DO CARMO R. BARBOSA	Casamento. Suprimento de idade e de consentimento	45

PARECERES

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Magistério. Reajuste automático de vencimentos	55
	Anexo: Representação n.º 1.425-8 RS.	
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	13.º vencimento	71
EUNICE NEQUETE MACHADO	Compensação de horário	73
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	Cargo público. Requisito para investidura	77
ADNDR GOULART	Bem público. Concessão de uso ..	81
SÍLVIA LA PORTA	Vigência das ordens de serviço ...	87
RDSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Justiça eleitoral. Requisição de servidores	89
MÁRIO BERNARDO SENTA	Tribunal de Contas	93

ASSUNTOS MUNICIPAIS

MARIA IZABEL DE A. R. FONYAT	Horário bancário	115
EULÁLIA MARIA DE C. GUIMARÃES	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza	121
ANA MARIA LANDELL DE MOURA	Licitação	127

TRABALHOS FORENSES

MARILENE PETRY SOMNITZ	Efetivação de celetistas	135
REGINA PIRES VIEIRA	Usucapião, Inquirição de testemunhas	143
LUIS ALBERTO D'AZEVEDO AURVAL-LE	ICM, Ação ordinária de reparação de danos	149
AVANI VALÉRIA RIGO BUSATO		
LAURDIS D. SEBBEN		
ELIANA DONATELLI DEL MESE	Usucapião: prescrição aquisitiva ..	155
DILMA DE SOUZA	Liminar em ação cautelar inominada. Limites para sua concessão ...	175

DOUTRINA

OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Prof. de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da UFRGS

1. Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial (a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; (b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por *freios e contrapesos (checks and balances)*; (c) a legalidade da Administração Pública e (d) a proteção da boa-fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.¹

A esses dois últimos elementos ou princípios — legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa-fé dos administrados — ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados.

Já se deixa entrever que o Estado de Direito contém, quer no seu aspecto material, quer no formal, elementos aparente ou realmente antinômicos. Se é antiga a observação de que justiça e segurança jurídica freqüentemente se completam, de maneira que pela justiça chega-se à segurança jurídica e vice-versa, é certo que também freqüentemente colocam-se em oposição. Lembre-se, a propósito, o exemplo famoso da prescrição, que ilustra o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica, ou da interrupção da prescrição, com o triunfo da justiça sobre a segurança jurídica. Institutos como o da coisa julgada ou da preclusão

¹ NORBERT ACHTERBERG. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. C.F. Müller, Heidelberg, 1982, p. 73/77; KONRAD HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1975, p. 79.

processual, impossibilitando definitivamente o reexame dos atos do Estado, ainda que injustos, contrários ao Direito ou ilegais, revelam igualmente esse conflito.

Colisões análogas a essas verificam-se entre o princípio da legalidade da Administração Pública e o da proteção da boa-fé ou da confiança dos administrados que acreditaram na legalidade dos atos administrativos que os favoreceram com vantagens, consideradas posteriormente indevidas por ilegais. É que o ordenamento jurídico, conforme as situações, ora dá mais peso e importância à segurança jurídica em detrimento da justiça, ora prescreve de maneira inversa, sobrepondo a justiça à segurança jurídica; ora afirma a preeminência do princípio da legalidade da Administração Pública sobre o da proteção da confiança dos administrados, ora proclama que aquele deve ceder passo a este.²

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço — tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária.

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça. Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos. Nem sempre é fácil discernir, porém, diante do caso concreto, qual o princípio que lhe é adequado, de modo a assegurar a realização da Justiça: o da legalidade da Administração Pública ou o da segurança jurídica? A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos — qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la — sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.

Só há relativamente pouco tempo é que passou a considerar-se que o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como inconstas-

tável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis.

O objetivo deste trabalho é o de analisar o princípio da segurança jurídica em suas intersecções com o princípio da legalidade da Administração Pública. Trata-se, já se vê de uma reflexão sobre o Estado de Direito, tal como é hoje entendido e com a problemática que apresenta neste final do século XX.

Começarei alinhando algumas observações sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, suas vertentes ideológicas, seu apogeu no Estado liberal burguês e a crise resultante da passagem do Estado liberal para o Estado social, arquétipo inspirador dos Estados democráticos contemporâneos, que dele buscam aproximar-se com maior ou menor sucesso, sem nunca conseguir alcançá-lo em plenitude.

2. O princípio da legalidade da Administração Pública é uma secreção do princípio da separação das funções do Estado, a que MONTESQUIEU deu feição definitiva. ARISTÓTELES, no Livro IV da Política (14-16), havia registrado a existência de diferentes funções dentro do Estado, sem, no entanto, preocupar-se em recomendar que órgãos distintos as exercessem, para que, desse modo, ficassem garantidos os indivíduos contra o poder estatal. Essa preocupação só vai surgir no pensamento político com o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, que laiciza a velha luta escolástica entre *ratio* e *voluntas* e trata de substituir a *voluntas*, — a vontade do monarca absoluto, livre das leis, a *legibus solutus* como o príncipe do discutido fragmento do Digesto, — pela *ratio* da lei. A corrente voluntarista, que dava sustentação ao absolutismo, recebera o apoio valioso que lhe emprestou a obra monumental de THOMAS HOBBES, propugnador da concentração de todos os poderes do Estado nas mãos do soberano e para quem, na frase famosa, **auctoritas non veritas facit legem**, com o que indicava, como se tira desde logo dessas palavras, que a lei não era razão, mas sim poder e vontade.³

JOHN LOCKE é que irá afirmar e dar contornos precisos ao pensamento liberal, como campeão das aspirações da burguesia, na afirmação dos direitos imanescentes ao homem nos conflitos com o Estado. LOCKE era defensor intransigente da propriedade privada, por ele mais valorizada do que a própria liberdade. O contrato social, que os homens celebraram ao sair do estado de natureza, tem por fim principal a conservação da propriedade. Mas, se o grande objetivo que os homens perseguem ao ingressar na sociedade civil, pelo contrato social, é gozar suas propriedades em paz e segurança, o grande instrumento para que isso se realize são as leis estabelecidas nessa sociedade. Assim, a primeira e fundamental lei positiva de qualquer comunidade é o estabelecimento do Poder Legislativo. É este o ponto culminante das idéias liberais de LOCKE, onde a distinção entre função legislativa e executiva adquire caráter instrumental, destinando-se a freiar o Poder do Estado. A partir daí, MONTESQUIEU, para deixar acabada sua teoria, só teria de retornar a ARISTÓTELES e recolocar como terceira função do Estado

² NORBERT ACHTERBERG, op. cit., p. 74.

³ HANS WELZEL. *Derecho Natural y Justicia Material*. Aguilar, Madrid, 1957 p. 149; CARL SCHMITT. *Verfassungslehre*, von Duncker & Humblot, Berlin, 1928, p. 140.

a judiciária, em lugar do Poder Federativo proposto por LOCKE e que consistiria, basicamente, no poder de fazer a guerra e a paz e estabelecer alianças.

Das três funções do Estado, a mais importante, na concepção de LOCKE e MONTESQUIEU, era a legislativa, de onde emanava a lei, a razão objetiva a que se submetia a vontade dos detentores do poder político, mas a que também estavam rigidamente ligados os juizes, destinados meramente a ser, como dizia MONTESQUIEU, "a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem sua força e nem seu rigor".⁴ Só assim atingia-se o ideal de que todos vivessem "non sub homine, sed sub lege", na fórmula de HENRY DE BRACON. Se HOBBS, por um lado, com seu voluntarismo, que é a contraparte, no plano político, do voluntarismo nominalista de OCKAM e ESCOTO, justificava o absolutismo, por outro, com o seu positivismo, trouxe algumas importantes contribuições para o futuro perfil do Estado de Direito e para a configuração do princípio da legalidade da Administração Pública. Para HOBBS, uma ação só é passível de pena se previamente existir uma norma que a proíba e que para ela estabeleça uma sanção. Isto é nada mais nada menos do que a enunciação do moderno princípio que informa o Direito Penal: "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege", na concisa expressão latina concebida por FEUERBACH.

A este axioma liga-se outro, pertinente à irretroatividade da lei penal, claramente expresso no LEVIATHAN nestes termos: "no law after a fact done, can make it a crime".⁵

É por si só evidente a importância destas posições de HOBBS para o pensamento liberal. Se apenas é crime o que a lei assim qualifica, tem o indivíduo a plena liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, identificando-se, assim, o silêncio da lei com a liberdade individual. Dito de outro modo, isso quer significar que qualquer restrição à liberdade individual só por lei pode ser estabelecida. Tal princípio, depurado do voluntarismo de HOBBS, é que se irá incorporar definitivamente ao patrimônio das conquistas liberais e que vem invariavelmente estampado nas Constituições democráticas modernas. No que se refere à liberdade é, em suma, o que OTTO MAYER denominará, já no fim do século XIX, de princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*), que, ao lado do princípio da primazia ou da preeminência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), também por ele nomeado, forma o princípio maior da legalidade da Administração Pública.⁶

Na composição da massa da qual irá sair, perfeito e acabado, o princípio da legalidade da Administração Pública, vimos que LOCKE e MONTESQUIEU entraram com a supremacia da função legislativa sobre as demais funções do Estado, e com a supremacia da lei sobre as demais manifestações do poder do Estado, e HOBBS com a idéia de que só mediante lei seria admissível restringir a liberdade individual.

Faltava, no entanto, dizer o que era lei, definir sua origem, identificar a vontade que deveria refletir e os requisitos que teria de apresentar. ROUSSEAU é que irá colocar o último componente, de acentuado caráter democrático, com sua noção da *vontade geral*, como expressão máxima da soberania, que já apare-

⁴ *L'Esprit des Lois*, Livro XI, 6.

⁵ Cap. XXVII; ADRIANO CAVANNA. *Storia del Diritto Moderno in Europa*. Giuffrè, 1979. p. 334.

⁶ *Deutsches Verwaltungsrecht*, von Duncker & Humblot, Berlin, 1895, vol. I, p. 68 e segs..

ce no vínculo instituidor do próprio Estado, no contrato social. Para ROUSSEAU, a lei há de ser geral num duplo sentido: geral porque é a vontade geral do povo e geral pela impessoalidade do seu enunciado. Na lei casam-se, pois, o dado democrático da sua elaboração com a afirmação plena do princípio da isonomia, da igualdade dos indivíduos perante o Estado em qualquer hipótese, mesmo diante da mais alta forma de manifestação do seu poder e da sua vontade, que é a lei.

"Quando eu digo" — escrevia ROUSSEAU — "que o objetivo das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os indivíduos como coletividade e as ações como abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular (...). Toda função que se relaciona a um objeto individual não pertence à função legislativa".⁷

Estava cunhado, desse modo, o conceito da lei a que se submete o Estado democrático: a norma resultante da vontade geral do povo e que também iria reger e disciplinar as relações entre os indivíduos e as relações dos indivíduos com o Estado.

A Constituição Americana de 1787, na linha das Constituições de alguns Estados americanos e, logo após, as demais Constituições votadas no fim do século XVIII e início do século XIX, transformaram em direito positivo o que até então eram páginas de filosofia ou fragmentos de pensamento político, esparsos na obra de prestigiados autores do século XVII e XVIII.

O conceito de Estado de Direito, ainda que só mais tarde viesse a ser batizado com esse nome, e os princípios da *rule of law* e da legalidade da Administração Pública, depois de longo período de gestação, saíram finalmente do mundo das idéias para ocupar lugar de especial destaque no quadro do repertório de instituições conformadoras do Estado liberal, que nasce da independência dos Estados Unidos e das cinzas da Revolução Francesa.

3. O Estado liberal, como é sabido, tratava exclusivamente de garantir o livre desenvolvimento das forças e impulsos sociais e econômicos, com um mínimo de interferência. Acreditava-se, com o otimismo que é típico da época, que o equilíbrio seria necessariamente encontrado, como se tudo estivesse prudentemente governado pela "mão invisível" da metáfora de ADAM SMITH.

Nesse contexto histórico, a discussão que por vezes se trava é sobre a extensão do princípio da legalidade e sobre o conceito rousseauniano de lei, com a exigência da dupla generalidade, a da origem, pois deve resultar da vontade geral e a do caráter abstrato e impessoal do seu enunciado. A experiência germânica é especialmente rica em discussões e controvérsias sobre esses temas. No que diz com a extensão do princípio da legalidade da Administração Pública, distingue a doutrina alemã do século XIX entre *proposições jurídicas* (*Rechtssätze*), e outras disposições que, conquanto emanadas do Estado, não poderiam contudo qualificar-se como jurídicas, porque destinadas a ter eficácia *interna corporis*, dentro dos lindes do próprio Estado. Tais, por exemplo, as regras pertinentes à organização do Estado, ou a vínculos designados por LABAND como "*relações especiais do poder*". Exemplos destas são as existentes entre o Estado e os servidores públicos civis e militares, os alunos das escolas públicas, os sujeitos a regime carcerário, os usuários de estabelecimentos públicos.⁸

⁷ *Le Contrat Social*, Livro I, Capítulo VI. Sobre o conceito de lei em Rousseau, veja-se CARRE DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1920, VOL. I, p. 290.

⁸ *Staatsrecht*, 1ª ed., vol. I, p. 386 e segs; OTTO MEYER, op. cit., vol. I, p. 102 e segs.

Como elucida PAUL LABAND, ... só ali onde a esfera da vontade do Estado que administra entra em contato com qualquer outra esfera de vontade reconhecida pelo Direito, pode haver espaço para uma proposição jurídica". E, em outro tópico: "as regras de comportamento que o indivíduo se dá a si próprio nunca podem ser preceitos jurídicos. Isso é igualmente certo no que respeita ao Estado".⁹ Em outras palavras, só quando a ação do Estado entrasse em colisão com a liberdade ou com a propriedade dos indivíduos é que seria necessária uma proposição jurídica, ou seja, uma lei.

Haveria, pois, no universo abrangido pelos atos normativos do Estado duas esferas perfeitamente definidas: a do *Direito*, integrada pelas regras que de algum modo interferem com a liberdade e a propriedade dos indivíduos e a do *Não-Direito*, dentro da qual se colocam as já mencionadas regras de organização do Estado ou referentes às várias relações especiais de poder.

Daí a distinção, na área dos regulamentos, entre regulamentos de Direito ou regulamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) e regulamentos meramente administrativos (*Verwaltungsverordnungen*). Só os primeiros, pelo que já se mostrou, dispoem sobre relações gerais de poder, integrariam o Direito Positivo; os outros, enquanto normas internas, estariam despidos de qualquer jurisdição, sendo, no entanto, completamente autônomos.

Por outro lado, PAUL LABAND e GEORG JELLINEK estabelecem o discrimine entre lei em sentido formal e em sentido material, definindo-se a primeira como qualquer ato emanado do Poder Legislativo, no modo prescrito à tramitação legislativa, independentemente do seu conteúdo, e a segunda com a proposição jurídica, de índole geral, abstrata e impessoal, independentemente da sua origem. Na verdade, as leis na acepção puramente formal seriam atos administrativos com roupagem de lei, de que o exemplo mais eminente, suscitador da distinção, era o orçamento. Natureza de leis, na acepção material, teriam, em contraposição, todos os atos do Estado, dotados de normatividade jurídica, proviessem de onde proviessem.¹⁰

Essas disquisições dos juristas alemães, já no crepúsculo do século passado, não chegam, porém, a complicar grandemente a estrutura jurídica da Administração Pública do Estado liberal, que atravessa boa parte do século XIX sem maiores perturbações. Se o Estado é simples, ocupando-se quase que somente dos serviços de segurança externa e interna, justiça, obras públicas, saúde e educação — em medidas incomparavelmente mais modestas das que hoje conhecemos — e destinando-se a tributação apenas a dar sustentação financeira a essas atividades, singelo é também o relacionamento entre o Estado e o Direito. O Estado é, pode dizer-se, inteiramente regido, na sua atuação administrativa, pelo Direito Público. Ao Direito Privado continua ele a sujeitar-se, como ocorria desde o Direito Romano, quando age como "*fiscus*", isto é, como qualquer particular, mas isso tem escassa significação na moldura geral dos tipos de ação do Poder Público. São os atos administrativos, portanto, o modo e o meio por excelência da atuação da Administração Pública, expressando sempre a superioridade, o poder, o *imperium* do Estado, assim como autorizado pela lei. Prende-se a esse

período a célebre distinção do Direito francês, hoje, obsoleta e quase esquecida, entre atos de autoridade e atos de gestão. Só os primeiros, os atos de autoridade, regidos pelo Direito Público, materializando o *imperium* estatal, eram atos administrativos. Os outros, os atos de gestão, submetidos ao Direito Privado, inseriam-se no rol dos atos jurídicos desse setor do Direito e eram classificados pelos critérios usualmente a eles aplicados.

A revolução industrial e os movimentos sociais, a que deu origem, determinaram profundas alterações do Estado, que ampliou enormemente os seus serviços, sobretudo em razão da sua atividade de intervenção no domínio econômico e na área social.

As linhas que separavam, de forma muito vincada, o Estado liberal da sociedade, começam a esfumar-se rapidamente, passando o Estado a desincumbir-se de tarefas que exercem uma função modeladora da própria sociedade, não apenas por meios coercitivos, por restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos, senão que também e sobretudo propiciando benefícios e vantagens, como quando assegura assistência e previdência sociais, promove programas habitacionais, dá créditos a juros baixos ou concede outras formas de subsídio ou subvenção para estimular o desenvolvimento de determinados setores, empreende campanhas de alfabetização, de distribuição de merenda escolar, etc. Numa palavra, o Estado liberal assumia a feição de Estado social. É interessante notar que a importância e o volume dos serviços que hoje se ocupam dessa nova administração, que os alemães denominam de *administração prestadora de benefícios* (*Leistungsverwaltung*), é consideravelmente maior, em todo o mundo, do que a clássica *"administração coercitiva ou interventiva"* (*Eingriffsverwaltung*).¹¹

4. A expansão do Estado contemporâneo, que se inicia já no século passado, mas que se acelera consideravelmente neste século, notadamente depois das duas últimas grandes guerras, transformou-o no que hoje costuma chamar-se de *Estado Administrativo*. A rápida e substancial ampliação da gama de serviços públicos acarretou implicações importantes no plano jurídico, com repercussões profundas sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, na sua formulação tradicional. Passarei, agora, a destacar resumidamente as que me parecem de maior realce, muitas das quais dão azo a que se fale numa crise do princípio da legalidade da Administração Pública.

(a) — O Estado dos nossos dias exige decisões prontas, impossíveis muitas vezes de serem tomadas pela via legislativa. Em razão disso, não prescinde o Estado moderno de formas institucionalizadas ou disfarçadas de delegação legislativa. Entre nós, embora a Constituição vigente consagre a delegação legislativa (nos seus arts. 46, IV e 52 a 54), tem ela ficado em desuso, preferindo-se o recurso à delegação atípica ou disfarçada que consiste na atribuição de competência amplíssima a entidades e órgãos da Administração Pública.

(b) — As formas veladas de delegação legislativa conecta-se diretamente a importância assumida pelas fontes infralegais do Direito Administrativo. Nenhum de nós ignora o significado e o poder dos regulamentos, resoluções, circulares, portarias, etc., pelas quais de um só golpe, como ocorre com as Resoluções do

⁹ op. cit., vol. II, p. 181.

¹⁰ DIETRICH JESCH. *Ley y Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 17.

¹¹ Isso verifica-se até mesmo nos países de mais arraigada tradição liberal, como os Estados Unidos. Sobre este ponto, BERNARD SCHWARTZ, *Administrative Law*, Boston, 1976, p. 6..

Conselho Monetário Nacional ou com as circulares do Banco Central, altera-se o desenho de importantíssimos setores da Nação. O problema, aliás, não é só nosso e encontra símile na maioria dos países democráticos do nosso tempo.

(c) — O Estado utiliza, cada vez mais, nos documentos normativos, cláusulas gerais, de conteúdo vago e elástico, e conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de conceitos tipo, em oposição aos conceitos classificatórios. Esses conceitos apresentam um núcleo de significação perfeitamente definido, de tal sorte que a aplicação desse núcleo e a respectiva subsunção do caso concreto se faz sem maiores dificuldades. Já o mesmo não sucede na área periférica do conceito, onde as dúvidas surgidas na operação de enquadramento dos fatos e da subsunção destes na regra são comuns e freqüentes. Conquanto, no plano estritamente lógico, não se cogite aí do poder discricionário do agente administrativo com competência para aplicar a norma, é irrecusável que, em termos práticos, passa ele a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação destes conceitos aos de exercício de poder discricionário.

(d) — Nos casos de dúvida quanto à subsunção de casos em cláusulas gerais ou em conceitos jurídicos indeterminados, a palavra final só poderá ser dada pelo Judiciário. É notório que os juizes modernos estão muito distantes da “*boca que pronuncia as palavras da lei*” ou dos juizes-autômatos, imaginados por MONTESQUIEU. Hoje, não somente no sistema da *common law*, do *judge made law*, mas também nos sistemas que, como o nosso, ligam-se ao do Direito Romano, os juizes se transformaram em legisladores. Por certo, não temos nós a regra do *stare decisis*, ou da força vinculativa dos precedentes, o que tem impedido que, no rigor da técnica, possa a jurisprudência ser considerada como fonte de Direito. Mas ninguém negará que a jurisprudência constante, uniforme, plenamente consolidada, exerce papel semelhante ao que desempenhava o *ius honorarium*, nos seus conflitos com o *ius civile*, no Direito Romano. Muito embora não pudessem o *ius honorarium* ab-rogar formalmente o *ius civile*, a ele, no entanto, se sobrepuja na prática, pois o Direito que era efetivamente aplicado era o *ius honorarium* e não o *ius civile*. Não é outra razão pela qual GAIO dizia que o *ius civile*, embora formalmente vigente, não passava de um *nudum jus*, um direito esvaziado de conseqüências e efeitos imediatos sobre a realidade.

A função de criação do Direito, assumida pelos juizes e estimulada pela inserção nas leis de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, suscita o problema, de difícil solução, da legitimação democrática para o desempenho dessas atribuições, pois, como advertia MONTESQUIEU, se o poder de julgar estiver confundido com o poder de legislar, “*o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário*”.¹² É o “*governo dos juizes*”, com o permanente risco de transformar-se, pela ausência de controles, na tirania dos juizes.

(e) — O impressionante crescimento dos serviços públicos induziu o Estado a buscar, nos repertórios do Direito Privado, conceitos, institutos e formas jurídicas, capazes de dar maior agilidade à Administração estatal, especialmente à chamada Administração prestadora de benefícios e vantagens. O Direito Privado que se aplica ao Estado, quando este atua visando a realizar fins imediatamente públicos, não é, de regra, absolutamente igual ao que se aplica às relações entre particulares. Normalmente a ele se misturam normas adaptativas, de Direito Pú-

blico, compondo um todo híbrido, ainda que com a prevalência de preceitos do Direito Privado, a que HANS JULIUS WOLFF, com os aplausos generalizados da doutrina, chamou de Direito Privado Administrativo.¹³ De qualquer forma, a Administração regida pelo Direito Privado ou pelo Direito Privado Administrativo goza de uma liberdade com relação à lei, consideravelmente mais ampla do que a desfrutada pela Administração que opera dentro dos limites do Direito Público.

É, todavia, incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública. A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O direito restringe e modela essa liberdade, para tornar possível sua coexistência com a liberdade dos outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração Pública não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão-somente a que a lei lhe concede, quer se trate de Administração Pública sob regime de Direito Público, de Direito Privado ou de Direito Privado Administrativo. É, inegável, porém, que a base legal para a ação administrativa sob normas de Direito Privado por vezes se reduz a uma regra sobre competência ou até mesmo a uma simples autorização orçamentária, como ocorre com certas subvenções, o que tem sido muito discutido e censurado pela doutrina.¹⁴ Quer isso dizer que o poder discricionário em mãos dos agentes da Administração Pública que se movem à sombra do Direito Privado é, em geral, extremamente dilatado, só encontrando barreira no princípio da igualdade perante os serviços públicos, aliás de claudicante observância.

(f) — A ampliação da área de atuação do Estado — fala-se hoje num *excesso de carga do governo*, em *overload government* ou em *Regierungsüberlastung* — correspondeu o desmesurado aumento da legislação, tornando impossível até mesmo aos especialistas (quanto mais ao homem comum) conhecê-la na integridade. Paralelamente, a complexidade de problemas técnicos, principalmente econômicos, objeto de legislação, da oportunidade a que muitos textos legais se tornem inteligíveis apenas para os iniciados, perdendo a linguagem jurídica a austeridade simplicidade que, nos diferentes períodos históricos, quase sempre a caracterizou. Ambos esses aspectos aqui sucintamente focados distanciam, obviamente, a lei dos seus destinatários, o que, se não torna o princípio da legalidade da Administração Pública uma falácia, pelo menos o enfraquece consideravelmente, se tivermos presente o sentido e a função para os quais foi concebido.

(g) — A generalizada adoção do planejamento na Administração Pública, aliada à necessidade de que certos problemas relevantes tenham solução por via legislativa, fez com que a lei perdesse, em muitas situações, as características fixadas por ROUSSEAU, quanto à abstração do seu enunciado. A oposição entre norma e medida, referida por CARL SCHMITT para mostrar a diferença entre os atos que exprimem, respectivamente, o exercício da função legislativa e da função administrativa ou executiva¹⁵, deixa de existir nesses casos, pois as leis editadas em tais hipóteses são, efetivamente, *leis medidas*, *Massnahmegesetze*, como as denominou ERNST FORSTHOFF, e que outros preferem chamar de leis-

¹² L'Esprit des Lois, Livro XI, Capítulo 6.

¹³ Verwaltungsrecht, C.H. Beck, München, 1974, vol. I, P. 108

¹⁴ DIETRICH JESCH, op. cit. p. 224 e seg.

¹⁵ op. cit. p. 138.

providência ou de leis de efeitos concretos.¹⁶ Comumente essas leis são um compósito da lei em sentido material e de ato administrativo sob forma da lei. Os planos urbanísticos são um exemplo delas, ao conter prescrições gerais e, ao mesmo tempo, determinações extremamente concretas, porque vinculadas a pontos geográficos precisos.

5. Se as particularidades que acabei resumidamente de assinalar de algum modo abalaram o princípio da legalidade da Administração Pública, na sua forma tradicional, não se pode deixar de dizer, por outro lado, que ele se estendeu a todos os tipos de relações entre os indivíduos e o Estado, abrangendo inclusive as relações especiais de poder, como as existentes entre o Estado e os alunos das escolas públicas, a população carcerária, os usuários dos estabelecimentos públicos, pois as relações especiais de poder são relações jurídicas, nas quais devem ser respeitados os direitos da pessoa, não se admitindo pensar, como fazia a doutrina alemã do século passado, que integrem o território do *Não-Direito*. Existe hoje uma tendência irreprimível a considerar que a Administração Pública está vinculada antes ao Direito do que propriamente à lei. Juristas eminentes chegam até mesmo a tirar do princípio da legalidade a conclusão da inexistência de poder discricionário, pois os atos que os expressam estão, como os demais atos administrativos, destinados à realização do interesse público e acham-se conformados por esse fim, ficando, pois, sempre aberta não só a possibilidade de sindicar a existência de interesse público, como também se a providência concretamente adotada é que mais adequadamente o atende. Descontados os exageros que creio existir na negação de uma área de discricionariedade administrativa e de um poder reconhecido ao agente de eleger, dentro dos limites da lei, os meios que lhe pareçam mais aptos a alcançar os objetivos de utilidade pública perseguidos, essas atuais tendências estão a evidenciar, quando menos, a preocupação em revigorar o princípio, diante das ameaças e das efetivas restrições sofridas em razão do crescimento do Estado contemporâneo.

6. Faz-se, modernamente, também, a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultantes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo das conquistas liberais obtidas no final do Século XVIII e início do Século XIX, e decorrente, igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o seu ordenamento jurídico.

A noção doutrinariamente reconhecida e jurisprudencialmente assente de que a Administração pode desfazer seus próprios atos, quando nulos, acentua este último aspecto, em desfavor das razões que levaram ao surgimento do princípio da legalidade, voltadas todas para a defesa do indivíduo perante o Estado. Serve à concepção de que o Estado tem sempre o poder de anular seus atos ilegais, a verdade indiscutida no Direito Privado, desde o Direito Romano, de que o nulo jamais produz efeitos, convalida, convalida ou sana, sendo ainda insuscetível de ratificação. Se assim efetivamente é, então caberá sempre à Administração Pública revisar seus próprios atos, desconstituindo-os de ofício, quando

eivados de nulidade, do mesmo modo como sempre será possível, quando válidos, revogá-los, desde que inexista óbice legal e não tenham gerado direitos subjetivos.

Aos poucos, porém, foi-se insinuando a idéia da proteção à boa fé ou da proteção à confiança, a mesma idéia, em suma, de segurança jurídica cristalizada no princípio da irretroatividade das leis ou no de que são válidos os atos praticados por funcionários de fato, apesar da manifesta incompetência das pessoas de que eles emanaram.

É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (*Treue und Glaube*) dos administrados. É o que admite expressamente FRITZ FLEINER, nas suas "Instituições do Direito Administrativo Alemão", (cuja primeira edição é de 1911), muito embora sem deixar claro se a afirmação feita no texto, de que o administrador não deveria, "por alteração do seu ponto de vista jurídico, sem necessidade cogente, declarar inválidos estados de posse dos cidadãos, que havia deixado subsistir sem contestação durante muitos anos",¹⁷ seria um imperativo ou uma simples recomendação.

Mais incisivo é WALTER JELLINEK. Dizia ele: "O agente público pode expressamente ratificar um ato defeituoso e renunciar, assim, à faculdade de revogá-lo. Pode, também, tacitamente ratificá-lo, pois agiria contra a boa fé se quisesse valer-se da irregularidade longamente tolerada".¹⁸

7. Apesar de JELLINEK aludir a revogação (*Wiederruf*) de atos irregulares, o que hoje seria tecnicamente inaceitável, compreende-se claramente que se cuida, na verdade, de anulamento. Entretanto, JELLINEK via ainda o problema só pelo lado do Poder Público, salientando apenas a faculdade que teria a Administração de renunciar ao poder de anular, se entendesse que é o que melhor consultaria ao interesse público. O anulamento não seria, pois, um dever, mas um poder e o ato que o decretasse não teria a natureza de ato vinculado, mas sim de ato facultativo ou discricionário.

Foi este, todavia, o primeiro degrau para que se atingisse o entendimento de que a invalidade, longamente tolerada pela Administração Pública, convalida, convalida ou sana, como é indistintamente aceito pela doutrina germânica moderna, tendo em vista, especialmente, a jurisprudência firmada pelos Tribunais alemães, na metade da década de 50, que eliminou a faculdade de invalidar os atos administrativos nulos por ilegais, quando, com a prolongada e complacente inação do Poder Público, hajam produzido benefícios e vantagens para os destinatários.

Esclarece OTTO BACHOF que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade

¹⁶ ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, C.A. Beck, München, 1973, p. 9; KARL ZEIDLER, *Massnahmegesetz und Klassisches Gesetz*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1961, p. 3 e segs.

¹⁷ *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1928, 8ª ed., parágrafo 13, p. 201, nota 62.

¹⁸ *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1929, parágrafo 11, IV.

de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.¹⁹

Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia *ex tunc* é sempre inaceitável e o com eficácia *ex nunc* é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria. É este, com algumas críticas, formuladas pelas autorizadas vozes de FORSTHOFF e BACHOF, o *status quaestionis* na Alemanha, como se pode ver dos manuais mais recentes.²⁰

8. Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso *affaire Dame Cachet*, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos *affaires Vallois* e *Gros de Beler*, ambos também de 1923 e pelo *affaire Dame Inglis*, de 1925, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de anuidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

HAURIU, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: "Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero não se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que deixaria à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo." E conclui: "Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente".²¹

Do *affaire CACHET* até hoje nada se alterou no Direito Francês, com referência à revogação e o anulamento dos atos administrativos. Tanto uma quanto

outra hipótese só pode verificar-se no prazo de dois meses, que é igual ao do recurso contencioso de anulação. Fora desse prazo o ato de anulamento será inválido.

RIVERO esclarece que a razão disto está em que "a jurisprudência considera a segurança jurídica mais importante do que a própria legalidade"²². Completamente uniformes, sobre este tema, são as opiniões de LAUBADERE²³, FRANCIS-PAUL BÉNOIT²⁴, GEORGE VEDEL²⁵ e MARCEL WALINE.²⁶

9. MICHEL STASSINOPOULOS, depois de lembrar a orientação vigorante no Direito francês, adianta que no Direito grego vige, igualmente, o princípio que inibe a revogação dos atos administrativos que geraram direitos, bem como o que impede o anulamento (ele fala, impropriamente, em *révocation*) dos atos administrativos ilegais desde que, na última hipótese, (a) tenha transcorrido razoável lapso de tempo desde sua emissão e (b) o beneficiário encontre-se em boa fé, quer dizer, não haja contribuído para a emissão do aludido ato com comportamento fraudulento. A definição do que deva entender-se por razoável lapso de tempo, dependerá das condições especiais de cada caso.²⁷

10. No Direito italiano a posição da doutrina e da jurisprudência é mais cautelosa. Aceita-se sem controvérsia que a Administração tem a faculdade e não o dever de anular seus atos ilegais, havendo situações relevantes em que o interesse público estaria a recomendar o não-exercício daquela faculdade.

O ato de anulamento seria, portanto, de natureza discricionária, cabendo à autoridade competente decidir sobre a conveniência e oportunidade da medida. Contudo, registra CINO VITA que se compreende que um anulamento excessivamente tardio, sem forte razão de interesse público, seja definido pela jurisprudência como viciado por excesso de poder.²⁸ UMBERTO FRAGOLA, na sua conhecida monografia sobre os atos administrativos, externa opinião de que "na falta de um prevalente interesse público, ainda atual, é melhor manter vivo um ato irregular do que anulá-lo, desconsiderando, sem razões plausíveis, situações consolidadas no tempo, interesses particulares e, por vezes, o próprio interesse público."²⁹

Mais peremptório é ALDO SANDULLI, ao afirmar que o ordenamento jurídico italiano "não fixa limite de tempo para o anulamento de ofício dos atos administrativos inválidos. Contudo, na aplicação do princípio da necessidade de certeza das situações jurídicas, admite-se — seja na doutrina, seja na jurisprudência — que não são mais anuláveis os atos que, embora inválidos, hajam irradiado incontestadamente os seus efeitos por um período de tempo adequadamente longo, o que é de ponderar-se caso a caso e em correlação com o interesse público".³⁰

11. Em Portugal, a jurisprudência igualmente reconhece o valor do princípio da segurança jurídica, sobrepondo-o ao da legalidade da Administração

¹⁹ *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, Tübingen, 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.

²⁰ NORBERT ACHTERBERG, op. cit. p. 469; PAUL BADURA — ERICHSEN e MARTENS. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ed. de Gruyter, 1981, vol. I, p. 226 e segs.; HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982, p. 212-213.

²¹ *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, Paris, 1929, vol. II, p. 105-106.

²² *Droit Administratif*, Dalloz, 1973, p. 103

²³ *Traité de Droit Administratif*, PARIS, 1976, VOL. I, p. 339

²⁴ *Droit Administratif*, Dalloz, 1968, p. 568.

²⁵ *Droit Administratif*, PUF, 1973, p. 199.

²⁶ *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1969, vol. I, p. 387/8.

²⁷ *Traité des Actes Administratifs*, Athènes, 1954, p. 256 e segs.

²⁸ *Diritto Amministrativo*, 1962, Torino, vol. I, p. 488-9.

²⁹ *Gli Atti Amministrativi*, Napoli, 1964, p. 195.

³⁰ *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1974, p. 491 e 507.

quando evitados de vícios que os tornam ilegais, por que deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Bem se vê que a faculdade de anulamento dos atos administrativos inválidos por ilegais não comporta, nos termos desta Súmula, como também na de n.º 346 ("A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos") qualquer exceção.

Pronunciamentos isolados do STF foram modificando essa posição extremamente conservadora e que se poderia qualificar até mesmo de atrasada, se posta em confronto com as adotadas em outros países. Assim é que no Recurso de Mandado de Segurança n.º 13.807, da Guanabara (RTJ, 37/248), a 3ª Turma do STF (decidindo caso relacionado com situação de aluno que se formou e passou a exercer profissão amparado em medida liminar em mandado de segurança, depois revogada na sentença), guiada pelo voto do Ministro PRADO KELLY, entendeu que a liminar gera causa a uma situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada. Não era isso outra coisa do que o reconhecimento da sanatória do nulo. No recurso do Mandado de Segurança n.º 17.144, da Guanabara (RTJ 45/589), reiterou-se, em caso semelhante ao anterior, a mesma orientação.

Mas o *leading case* nessa matéria é o apreciado pela primeira Turma do STF no Recurso Extraordinário n.º 85.179, do Rio de Janeiro, Relator o Min. BILAC PINTO.

Nesse acórdão, que também trata, como os anteriores, de efeitos gerados por medida liminar em mandado de segurança, são invocados os precedentes jurisprudenciais aqui já referidos e a lição de MIGUEL REALE, também já exposta, para afirmar-se, em conclusão a impossibilidade de tardio desfazimento do ato administrativo, "*já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou*", como se lê na ementa.

15. Finalizando e em síntese: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por longo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa-fé, convalidam, convalescem ou sanam. Diante do ato inválido no nosso sistema jurídico, não me parece que tenha a Administração Pública, de regra, como é afirmado na doutrina, o *poder* e não o *dever* de anular o ato. O anulamento não é uma faculdade, mas algo que resulta imperativamente do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via da ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo ou discricionário, essa consequência jamais poderia produzir-se.

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o *dever* (e não o *poder*) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o *dever* (e não o *poder*) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser

inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou direitos subjetivos.

A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz BERNARD SCHWARTZ, "*toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade*".⁴⁵

A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça.

Este trabalho não tem outro objetivo senão o de, modestamente, contribuir para que a injustiça não continue a ser feita em nome da legalidade.

45 op. cit., p. 134.

APONTAMENTO SOBRE A ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

MÁRIO NUNES SOARES
Procurador do Estado
do Rio Grande do Sul

A retórica visa à persuasão; essa, a sentença favorável nos processos judiciais, vale dizer: a adesão do juiz. A retórica específica para o foro tem peculiaridades próprias da técnica processual, independentemente de quanto se possa utilizar da retórica geral, centrada essa no *argumento* (Ch. Perelman, *Logique Juridique*, *Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, 12^e édition, 1979, p. 55). Há maneiras específicas de argumentar à luz da lei processual para lograr a persuasão ou adesão, enfim a decisão favorável do juiz (Idem, *ibidem*, p. 161).

Visto como a decisão final de um processo pode advir em recurso extraordinário, o desenvolvimento da retórica deve ser com vistas à argumentação capaz de persuadir e fundamentá-lo tecnicamente, (a) incluindo-se o *prequestionamento*, constituindo-se em premissa indispensável de argumentação, oportuna e previamente avançada, preparando o futuro *jus* de ingresso do recurso, e (b) incluindo-se, ao seu turno, a demonstração da *relevância da questão federal*, indispensável na maioria das vezes, cuja argumentação mostre o caso aberto a admitir a devolução extraordinária, como premissa. Assim: posto que há *prequestionamento*, admite-se o recurso; posto que há *convincente* argüição de relevância, admite-se o recurso. Isto, claro, além de outros pressupostos dos quais não se está tratando.

A viabilidade do recurso extraordinário não depende apenas da manifestação de vontade, mas desafia a demonstração de admissibilidade e cabimento dentre as estritas hipóteses, cujos pressupostos convençam ser caso de exame visando à cassação ou à reforma pelo STF.

Quanto à relevância da questão há o seguinte: que a matéria seja relevante para então ser caso de conhecimento em recurso extraordinário, é esse um pressuposto constitucional. Sucede haver os casos em que a relevância é considerada tal por força da própria conceituação constitucional (alíneas *b* e *c*, do dispositivo próprio) e da definição regimental do STF (incisos I a X, do artigo 325); as demais exigem argüição formal, reconhecimento (adesão) e acolhimento pelos Ministros reunidos em Conselho.

Contudo, há diferença entre as duas situações: no que posto adequadamente o *prequestionamento*, com efeito o pressuposto está pronto, pelo menos para o juízo de admissão, a viabilizar o recurso; com respeito à relevância da questão federal é diferente: a argumentação *contanto que seja bem lançada* pode prometer o êxito da admissão, no tocante a esse pressuposto.

Em suma, para ser admitido o recurso extraordinário, pressupostos-premissas há para convencimento que têm elaboração fixada e remota, dispostos

na técnica processual: (a) o prequestionamento adequado e tempestivo, e (b) a relevância da questão federal *convincente*.

O tema não se reduz à técnica processual, mas envolve elementos retóricos ligados às normas processuais e regimentais.

Trata-se do seguinte: ligar, aproximar, desde cedo a expressa norma federal ao fato da causa, e sobretudo à sua motivação de fundo, enfatizando o relevo dessa coalização, diz com a boa técnica de argumentação, a persuadir e a contribuir para o intento e para o desfecho do recurso. Ademais, plasma-se a relevância; e eventuais provas terão oportunidade de ser requeridas e produzidas para caracterizá-la, se for o caso.

Conquanto a relevância da questão fique estimada num sensível grau de subjetivismo dos Ministros, há uma configuração legal norteadora, expressa no § 1º, do artigo 327, do Regimento Interno do STF, a partir da Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985. Tornar transparentes esses motivos envolvidos (morais, econômicos, etc.), consubstancia manifestação persuasiva de importância, pois o Conselho de Ministros atentarà para os "reflexos na ordem jurídica" que resultem da decisão e do precedente, aos quais já se procurou dar relevo nos arrazoados anteriores ao acórdão recorrido e nele mesmo.

Antes, pensamos, mesmo na instância ordinária, a ênfase desses aspectos já aparece com utilidade: juízes e tribunais atentam de forma cuidadosa para os *motivos* ventilados no dispositivo regimental, os quais, positivamente, exprimem bases para razões de decidir, fundamentos, afinal tão significativos, que têm força para alçar o conhecimento da espécie para além do segundo grau, vale dizer, à instância extraordinária. Digamos: a motivação em causa rompe o limite da instância ordinária e clama pela interferência da Suprema Corte. Lançar cedo a motivação de fundo, e configurar a matéria federal em relevo, nos moldes dos requisitos regimentais, é uma providência importante e necessária para o convencimento, já para a admissão e, sem dúvida, para o deslinde do recurso extraordinário sujeito à arguição de relevância.

PORTO ALEGRE, setembro de 1987

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA MUNICIPAL. O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS E O PRINCÍPIO DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS.

PENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Estamos nos aproximando da inauguração de novas bases constitucionais.

A fim de que as instituições sejam aperfeiçoadas, é importante uma apreciação crítica do sistema vigente, nesta hora, tendo em mira possíveis reformulações ou inovações, a serem sufragadas pela Assembléia Nacional Constituinte. Além disso, não podemos esquecer que ainda conviveremos algum tempo com o sistema constitucional atualmente em vigor.

As alterações sócio-econômicas e concomitante progresso da ciência dilataram enormemente a ação do poder público.

Mais relevante é que a própria natureza da atividade da Administração Pública se modifica. Não se atém a gerir o presente: tem a missão de preparar o futuro.

Esta postura prospectiva demanda instrumentos novos, tais como planos de desenvolvimento, de urbanismo, diretivas etc., e enseja o questionamento de muitas das soluções hoje postas em prática e que, em breve, talvez já não sejam aptas à realização dos fins públicos.

Estão sendo procurados novos métodos, inclusive na organização estrutural administrativa.

Por outro lado, as técnicas científicas de informação e de gestão e, principalmente, o desenvolvimento dos computadores instalam problemas, de que não é possível prever todas as implicações.

Segundo Jean Rivero, especialista francês na matéria, que faz tais ponderações, pode-se prever profundas transformações no direito administrativo daqui para frente, exigidas por um mundo renovado.

2. O Direito Administrativo desenvolveu-se após o surgimento do Estado de Direito ou Estado Constitucional Moderno, que é fundamentado na idéia de "*um governo de leis e não de homens*", considerando a necessidade de imposição de limitações ao poder dos governantes, para a proteção dos valores fundamentais de convivência social.

Texto revisto e ampliado de palestra proferida na reunião ordinária do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, em 18 de junho de 1986, adaptado para a exposição feita, em data de 26 de novembro de 1986, no Curso de Direito Municipal, promovido pela Escola Superior de Advocacia, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, nos dias 27 e 28 de novembro de 1986, em Porto Alegre.

"Pode-se definir os cargos com as mais simples e indivisíveis unidades abstratas criadas por lei, com denominação própria e número certo, que sintetizam um centro de competências públicas, da alçada da organização central, a serem exercidas por um agente." (Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 17).

Está é uma definição técnica, do ponto de vista do direito administrativo.

Os especialistas desse ramo do direito consideram as definições legais de cargo público existentes como meras descrições, que mais valem para objetivos práticos, do que como definições propriamente ditas.

7. O status de funcionário público é adquirido mediante a investidura em cargo público. A investidura cria a relação jurídica de funcionário público, que é uma relação de caráter institucional, de direito público.

Mostra Pontes de Miranda que o Estado (país) é um sistema de instituições de direito público, subordinadas a uma instituição fundamental que é o próprio Estado como finalidade. Entre essas instituições está o binômio cargo e funcionário público.

Comenta o eminente jurista que ao contrário do que acontece nos contratos (onde predomina a vontade dos sujeitos que formam a respectiva relação jurídica), na relação de funcionário público, a vontade de seus figurantes (Estado e funcionário) como que desaparece. O elemento predominante, quase exclusivo, é o institucional. Esse elemento afasta, por impossibilidade de definição (na expressão de Pontes de Miranda), qualquer assimilação da relação de funcionário público com categorias ou figuras do direito privado, como o mandato, a locação de serviços, ou qualquer correspondência com o que se chama, em sentido estrito, contrato.

A relação jurídica institucional repele a noção de pura contratualidade (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, Tomo III, página 429 e seguintes).

O binômio cargo público-funcionário público é essencial ao princípio da acessibilidade, na sua forma hoje vigente.

8. Consoante o sistema da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, todas as relações de trabalho com vínculo à administração centralizada, isto é, a executada diretamente pela União, pelos Estados e pelos Municípios, devem ser criadas, em princípio, sob o regime institucional (estatutário).

Ficaram excepcionadas, exclusivamente, as hipóteses previstas no artigo 106 da Emenda n.º 1/69.

É facultado, por esse artigo 106, à União Federal, aos Estados e aos Municípios, cada qual em sua esfera de competência (que caracteriza sua autonomia), editar o regime especial previsto, para admissões para serviços de caráter temporário, ou contratações para funções de natureza técnica especializada.

Por outro lado, ao invés da criação de regime especial, é admitida a adoção do direito do trabalho, para os casos especificados no artigo 106, independentemente de lei local dispondo a respeito.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, as quais são organizadas nos moldes do direito privado, devem aplicar ao seu pessoal o direito do trabalho, a teor do artigo 170, § 2.º, da Constituição Federal.

9. A aplicação do direito do trabalho no âmbito público, dentro do permissivo constitucional, comporta um certo temperamento. Deve sofrer a ne-

cessária adaptação ao conjunto de princípios e normas que condicionam e limitam a ação do poder público em geral.

Certas liberalidades, que o empregador privado poderia praticar, estão proibidas no âmbito público. Exemplo disso poderia ser a concessão de estabilidade em caráter especial. É de considerar-se também que o regime dos cargos de confiança da Consolidação das Leis do Trabalho é incompatível com o sistema público.

10. Do conjunto das normas da Constituição da República pode-se extrair a inferência de que o critério que obriga ou desobriga da aplicação do regime estatutário é o da forma da organização, para a prestação do serviço a cargo do Poder Executivo.

Certos serviços privativos do Estado (poder público) são indelegáveis e, em razão disso, devem ser desempenhados sob a forma de organização pública. Como decorrência, a relação de trabalho respectiva deve reger-se pelo regime público (institucional, também denominado estatutário).

São indelegáveis as atividades do Poder Legislativo e as do Poder Judiciário sendo que, em razão disso, consta, no artigo 108, § 2.º, da Constituição, que os órgãos respectivos somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, por lei aprovada pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes.

São igualmente indelegáveis determinados tipos de atividades a cargo do Poder Executivo, as quais não podem ser descentralizadas, portanto.

Em toda a organização sob a forma de pessoa jurídica de direito público, a atividade administrativa correspondente deve ser exercida por funcionários submetidos ao regime público (institucional, estatutário), ressalvados apenas e tão-somente os casos previstos no artigo 106 da Constituição Federal.

Quanto aos serviços ou atividades que sejam delegáveis, pode haver a organização descentralizada, sob o regime de direito privado, que corresponde às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Tem-se então o regime da CLT, para reger as relações de trabalho dos respectivos empregados (Constituição, artigo 170, § 2.º).

11. As considerações até aqui tecidas têm em mira o exame da Lei federal n.º 6.185, de 11 de dezembro de 1974, e a demonstração de sua inconstitucionalidade.

Essa lei tem sido muito copiada nas denominadas "reformas administrativas" de Municípios.

A referida lei federal inaugurou total subversão dos sistema constitucional, por meio de artifício mais ou menos engenhoso, que a seguir será mostrado.

Consta na Lei n.º 6.185/74:

"Artigo 1.º. Os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias, ou pela legislação trabalhista em vigor."

No dispositivo transcrito, a referência à legislação trabalhista em vigor seria irrepreensível, se abrangesse apenas e tão-somente o permitido pelo artigo 106 da Constituição, o qual desobriga do regime institucional quanto aos casos que especifica (admissões para serviços de caráter temporário ou contratações para funções de natureza técnica especializada, cujo regime jurídico pode ser estabelecido em lei especial).

Porém não é disso que trata a lei, indo muito além.

Nos dois artigos seguintes, estabeleceu o referido diploma legal discriminação ilegítima, com base em critério não autorizado pela Constituição, posto no início do enunciado do seu artigo 2º, assim redigido:

Artigo 2º Para as atividades inerentes ao Estado como poder público, sem correspondência no Setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e contribuições previdenciárias, e no Ministério Público, só se nomearão servidores, cujos deveres, direitos e vantagens sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do artigo 109 da Constituição Federal."

O elenco de atividades desse dispositivo corresponde às que são indelegáveis, as quais, por essa razão, devem, necessariamente ser exercidas sob o regime público (estatutário), não podendo ser objeto de descentralização, sob qualquer modalidade de delegação.

Entretanto, usando o critério da indelegabilidade (traduzido como "as atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado"), a Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, criou uma discriminação ilegítima.

Tal discriminação, quanto ao tratamento jurídico dos servidores públicos, não encontra justificativa no sistema normativo constitucional. A distinção no tratamento jurídico só se justifica quando há organização nos moldes do direito privado, mediante a criação de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Sem atender a esse requisito, a lei referida discrimina ilegítimamente, mediante um ardil, chocando-se contra o princípio da acessibilidade aos cargos públicos, quando assim dispõe:

"Artigo 3º. Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e de sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço."

A parte final do artigo 3º exclui, além do mais, até mesmo a possibilidade de o servidor vir a tornar-se estável nos termos da CLT. É excluído o direito de opção entre o regime do FGTS e o da estabilidade, alternativamente admitidos, consoante o artigo 165, inciso XIII, da Constituição Federal, e regulados pela legislação ordinária.

É inconstitucional a discriminação em causa, na medida em que, à revelia das normas constitucionais, restringe a criação de cargos públicos, ou os sonega, e, conseqüentemente, também restringe ou exclui a aplicação do regime institucional. Prejudica e frustra uma e outra das garantias instituídas em prol dos cidadãos e do serviço público.

12. Para o efeito de determinar qual deve ser o regime jurídico aplicável aos servidores na esfera da atuação do Poder Executivo, cabe perquirir se se trata de Administração centralizada ou descentralizada, ou ainda se o caso é ou não enquadrável no artigo 106 da Lei Maior.

A Constituição não autoriza nem permite, implícita ou explicitamente, que se distinga entre "atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado" e as demais atividades assumidas pelo Estado ou a ele inerentes, para o efeito de ser fixado o regime jurídico dos respectivos servi-

dores ou funcionários. (Entenda-se que "Estado", no caso, tem o significado de poder público em geral).

A clivagem operada através da Lei nº 6.185/74, agride de forma oblíqua, descarçada, o princípio da acessibilidade aos cargos públicos.

Sendo sonegados os cargos públicos ou restringida a sua criação, fica prejudicada a participação dos cidadãos na atividade administrativa. Ficando os cidadãos sujeitos ao regime contratual da legislação trabalhista, é arredado o regime constitucionalmente exigido, como regra geral, pelo qual deve haver submissão à lei (estatuto), que dita a vontade do poder público. Através de relações contratuais ilegítimas, tem-se estabelecido, à revelia da Constituição, a submissão dos servidores à vontade da autoridade pública que detém o poder. Isso pode prejudicar o interesse público e favorecer ilegítimamente certos interesses privados, além da lesão ao princípio da acessibilidade.

13. A inoperância do sistema instituído, para controle da constitucionalidade de leis e de atos do poder público, desestimula qualquer ação no sentido de impugnar produções legislativas do tipo criado pela Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974.

Surgem, em decorrência disso, todos os tipos de deturpações possíveis, sem que entrem em funcionamento os mecanismos jurídicos de controle existentes.

14. Corresponde, geralmente, aos serviços privativos do Estado, como poder público, a organização centralizada, isto é, os serviços são executados diretamente pelas entidades públicas (União, Estados e Municípios), ou pelas pessoas jurídicas administrativas criadas segundo o direito público (autarquias). Porém, há serviços privativos do Estado que podem ser delegados e, portanto, executados por pessoas jurídicas de direito privado (como de energia elétrica, comunicações, etc.).

Os serviços inerentes ao Estado, assim como os assumidos pelo Estado, que se pode dizer não privativos do Estado como poder público, devem ser executados de forma centralizada, ou de forma descentralizada. Isso depende da necessidade ou da conveniência administrativa, ou seja, da conveniência do interesse público, que se identifica com o interesse da coletividade.

Tratando-se de serviços centralizados, os servidores respectivos devem ser regidos pelo regime público — institucional, também dito estatutário. Ressalvados estão os casos do artigo 106 da Constituição, para os quais pode ser editado regime especial, ou adotado o da CLT. As relações de trabalho nas atividades dos órgãos da Administração Indireta (descentralizadas) regem-se pelo direito privado (CLT). As autarquias participam, a rigor, da Administração Direta, embora se costume classificá-las como Administração Indireta.

Os regimes jurídicos em causa são determinados pelas disposições constitucionais dos artigos 97 a 111 e do artigo 170, § 2º, como já foi dito.

O regime estatutário (compreendido no direito público) é também o regime aplicável aos servidores das autarquias. Estão excepcionadas apenas as dedicadas a certas atividades especiais, como as atinentes, por exemplo, à disciplina de profissões, dirigidas por integrantes das respectivas categorias profissionais (v.g. Ordens e Conselhos — OAB, CREA, etc...), cujos servidores regem-se pela CLT (conforme Pontes de Miranda, Comentários..., Tomo III, p. 420).

15. As distorções implantadas, num simulacro de legitimidade (inclusive me-

dante a realização de concurso público), devido a leis ordinárias do tipo da Lei federal nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, chegaram a tal ponto, que hoje causa surpresa ou espanto qualquer atuação no sentido de impugnar leis ou atos desconformes com o regime constitucional dos servidores públicos.

Não basta que seja adotada a forma de concurso público, para que se cumpra o estatuído pela Constituição Federal. É necessário que haja cargos públicos. Sendo os cargos públicos suprimidos, fraudase o princípio constitucional da acessibilidade aos cargos públicos.

Consoante a acepção constitucional do concurso público, significa ele a forma de proporcionar igual oportunidade de acesso aos cargos públicos, e não a outra coisa, como contrato regido pela CLT, ou pelo direito civil, etc. Os requisitos postos, através de lei ordinária, para o ingresso no serviço público, devem estar de acordo com a Constituição Federal. Evidentemente, não podem frustrar os princípios e as garantias constitucionais.

Mediante a realização de cada concurso público, na acepção constitucional, deve ser visado um efeito específico, qual seja a classificação de candidatos a nomeação para uma espécie determinada de cargos públicos de provimento efetivo, que tenham sido criados por lei. O cargo público deve ter a configuração exigida pela Constituição. A investidura em cargo público é a única forma de criar a relação de funcionário público, cujo regime jurídico deve ser o estatutário.

16. Remarca-se que o recrutamento para o ingresso nos serviços de caráter permanente das entidades públicas deve ser feito mediante concurso público, para investidura em cargos públicos. Se, em tal hipótese, o competitivo público tiver por objeto a seleção para a formação de relações contratuais, sob o regime privado, ao invés do provimento de cargos públicos, haverá transgressão do princípio constitucional da acessibilidade, consubstanciada sob a forma de fraude, em razão da sonegação dos cargos públicos.

Os competitórios que possuem apenas a forma de concurso público, sem que seja visada a investidura em cargos públicos, pelo que se verifica, na prática, atraem menos e diferentes, ou inferiormente qualificados interessados, do que a disputa de cargos públicos.

É fácil constatar que isso ocorre em razão da qualidade do objeto ofertado, ao qual faltam as garantias constitucionais (como a efetividade e a estabilidade), postas para assegurar certa independência, perante a autoridade administrativa, independência essa que propicia a profissionalização e o aprimoramento do funcionário no serviço público.

Essa reflexão parece suficiente para revelar que há prejuízo aos cidadãos, assim como ao serviço público, face ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos, quando os próprios cargos públicos são sonegados ou subtraídos, por uma contrafação aos princípios e normas constitucionais.

Não há como satisfazer o princípio da acessibilidade, sendo suprimido o elemento essencial para isso, que é o cargo público. Nem pode ser satisfeito o referido princípio com uma imagem, ou imitação esdrúxula de cargo público, travestida, como em certas leis municipais, que pretendem a criação de cargo público, sob o regime da CLT... Pode-se classificar tal ficção de heresia jurídica, segundo o jargão profissional. É um absurdo, uma contradição jurídica, que não cria absolutamente nada, porque contraria a lógica jurídica.

Consoante o sistema constitucional em vigor, faltando o cargo público, sen-

do ele sonegado ou suprimido, enfim, inexistindo cargo público, fica prejudicado o princípio da acessibilidade, em qualquer que seja a forma de admissão ou ingresso no serviço público, em se tratando de serviços de caráter permanente, na organização centralizada ou autárquica.

17. Essa anomalia configura fraude à Constituição, seja a formação da relação de trabalho precedida ou não, de concurso público. E isto por motivo do desrespeito aos termos das garantias de acesso e de permanência no serviço público, postas a nível constitucional.

O princípio da acessibilidade aos cargos públicos é indisponível e imposter-gável, tanto para os legisladores, quanto para os governantes, porque deve ser cumprido o estatuído na Constituição. E não apenas formalmente, mas sobretudo substancialmente.

Conforme as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, especialista em direito administrativo,

"violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada" (Elementos de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 250).

18. SUMARIANDO o exposto, destacam-se os seguintes tópicos, de grande relevância para nortear a organização administrativa municipal:

1 — A Administração Pública, seja entendida no sentido de órgão, bem como de agente e de atividade, está inteiramente submetida ao direito.

Os agentes públicos ou administrativos (inclusive os condutores políticos), porque não são donos da coisa pública (dinheiros, bens e serviços), só podem fazer o que lhes resulta autorizado, nos termos do sistema de normas jurídicas, que traça a esfera legítima de sua atuação. Em todo e qualquer ato da Administração, há sempre vinculação direta ou indireta a normas jurídicas, iniciando pelo sistema constitucional. Ainda quando há discricionariedade, esta só existe nos termos deferidos pela norma de direito à autoridade pública.

2 — Os regimes jurídicos dos órgãos da organização administrativa, centralizada e descentralizada, assim como os regimes dos servidores respectivos, devem cifrar-se aos parâmetros básicos, estabelecidos na Constituição Federal (artigos 97 a 111 e artigo 170, § 2º, em especial).

3 — Os Municípios poderão utilizar a forma de organização de serviços nos moldes do direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), exclusivamente no caso de descentralizarem atividades que comportem essa forma e cujo volume e complexidade justifiquem uma estrutura organizacional específica, em face do interesse da coletividade. Assim é, dado que a própria razão de ser da Administração Pública, o fim que deve atingir, é o interesse público, entendido como o interesse da comunidade.

4 — Em princípio, todas as relações jurídicas de trabalho, com vinculação ao Município, ou a uma autarquia municipal, devem ser, obrigatoriamente, submetidas ao regime estatutário.

5 — Podem recair sob o regime do direito do trabalho, no âmbito público — (Administração centralizada ou autarquia municipal) — somente as admissões para serviços de caráter temporário, ou contratações para funções de natureza técnica especializada. E isto se o Município não tiver editado o regime especial previsto no artigo 106 da Constituição, através de lei especial.

6 — Sendo sonogado ou suprimido o cargo público, enfim, inexistindo cargo público, quanto aos serviços de caráter permanente, e sendo, em seu lugar, adotado o regime contratual, configura-se infringência do princípio constitucional da acessibilidade, posto no artigo 97 e § 1.º da Lei Maior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propósito de cogitações para a nova Constituição, parece oportuno trazer à reflexão as seguintes considerações de Pontes de Miranda.

Afirmou o eminente e saudoso jurista (nos seus Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969) que existem dois tipos *a priori* de Estado, com cujos elementos se organiza — hoje em dia — a Administração Pública: o Estado popular e o Estado de funcionários.

No Estado popular, as funções públicas teriam de ser exercidas, exclusivamente, por cidadãos escolhidos por certo tempo, ou enquanto permanecesse a vontade popular de os prover no cargo.

Estaría excluída, portanto, qualquer noção de caráter profissional, permanente, na qualidade de funcionário público. Essa forma, hoje rara, onde existe, já se encontra sensivelmente atenuada, como nos Cantões suíços, segundo Pontes de Miranda.

No Estado de funcionários, o funcionamento da Administração Pública é caracterizado, subjetivamente, pela existência de grupo, ou de grupos, fechados, de funcionários públicos de profissão (Comentários ... Tomo III, p. 432).

Como uma terceira forma de organização da Administração Pública, Pontes de Miranda refere que seria a do provimento ao arbitrio dos dirigentes, dizendo que isso só se observou em momentos de pleno absolutismo.

2. No plano municipal, interessa que a nova Constituição, ao estabelecer normas para gizar a esfera legítima da ação pública, leve em consideração as peculiaridades dos Municípios.

No Brasil, os Municípios não são meras entidades administrativas, como são os Municípios de outros países. A federação brasileira guindou os Municípios à categoria de pessoas jurídicas de capacidade política. Detêm os Municípios brasileiros uma posição ímpar, não encontrada em outros países. Foram dotados de autonomia sob tríplice aspecto: político, administrativo e financeiro. Possuem governo próprio (Prefeito e Câmara de Vereadores, eleitos pelo povo) e competências exclusivas, sendo estas decorrentes diretamente da Constituição Federal, que estabeleceu a autonomia no concernente ao peculiar interesse municipal. A autonomia implica competência para legislar, isto é, para editar o direito no pertinente ao peculiar interesse local.

Em nosso país, embora todos os Municípios tenham idêntico *status*, do ponto de vista político-jurídico, as diferenças, no plano da realidade, manifestam-se

através de uma imensa gama de variações e aspectos, como o tipo de cultura, recursos materiais, território, população, tipo de vida da comunidade etc.

Na atualidade, verifica-se que em muitos Municípios há resistência à aplicação do sistema constitucional dos funcionários públicos em vigor, sob a justificativa de que representa oneração excessiva para a sua capacidade econômico-financeira.

3. Passando-se a outro plano, com vistas à Assembléia Nacional Constituinte, é de ter-se em conta certos fatos que vêm ocorrendo nas entidades públicas. Observa-se que servidores que vinham sendo admitidos sob o regime da CLT, após o decurso de certo lapso de tempo, ou ao ensejo do encerramento de certas gestões administrativas públicas, tiveram providenciada a sua efetivação, através de leis. A efetivação consiste na transformação de servidores contratados em funcionários públicos, passando eles a ocupar cargos de provimento efetivo e a serem regidos pelo regime estatutário.

Seria o caso de pensar-se em soluções que evitem efetivações inconstitucionais. Não obstante essas, verifica-se que persiste a tendência no sentido de privilegiar o regime contratual da CLT, ou outro privado, como o chamado "*regime civilista*", de que se fala na Administração federal. É de perguntar-se se essa tendência teria realmente em vista a função de melhor operacionalizar a execução dos serviços públicos. Se teria em mira a função de melhor atender ao interesse público, ou a outros interesses menos nobres.

4. É de fundamental importância que o sistema de controle da constitucionalidade das leis e atos do poder público seja reformulado, na nova ordem jurídica a ser instaurada, a fim de tornar-se operante. Deve abranger também as leis municipais. A imprevisão quanto à apreciação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese, das leis municipais, no sistema vigente constitui lacuna injustificável, considerando-se terem sido os Municípios dotados de poder legiferante.

5. Pouco vale o enunciado da Constituição, se os cidadãos interessados em ingressar no serviço público não são contemplados com os meios necessários para fazerem respeitar o princípio da acessibilidade. Seria o caso, por exemplo, de participarem, diretamente ou por intermédio de entidades de classes profissionais (que não sejam de funcionários), na iniciativa de impugnações de leis inconstitucionais, que restrinjam as oportunidades de acesso, ou frustrem as garantias constitucionais postas com vistas ao ingresso e à permanência no serviço público. Trata-se de prestigiar eficazmente o direito público subjetivo à oportunidade de ingresso, e não apenas direitos dos funcionários.

6. De qualquer modo, é de ponderar-se que o princípio da acessibilidade dos cidadãos ao serviço público, sob condições iguais, não pode ser tido como uma simples regra de organização da atividade pública, e sim deve ser devidamente entendido como um dos princípios firmadores de uma ordem democrática, da mesma forma que os direitos e garantias individuais, postos na Constituição.

Parece não ser outra a razão pela qual esse princípio faz parte dos inscritos na Declaração Geral dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, onde é assim enunciado:

7.

"Cada individuo tem o direito ao ingresso, sob condições iguais, no serviço público de seu país."
Cabe, portanto, meditar a respeito, com vistas aos termos em que deve o princípio figurar na nova Constituição.

CASAMENTO. SUPRIMENTO DE IDADE E DE CONSENTIMENTO

MARIA DO CARMO RODRIGUES BARBOSA
Assistente Judiciária

- I — SUPRIMENTO JUDICIAL DE CONSENTIMENTO PARA CASAR
- II — SUPRIMENTO DE IDADE PARA CASAR
- III — SUPRIMENTO DE IDADE E DE CONSENTIMENTO PARA CASAR

I — SUPRIMENTO JUDICIAL DE CONSENTIMENTO PARA CASAR

Índice geral

1. Aspectos de Direito Material

- 1.1. Dispositivos legais pertinentes
- 1.2. Autorização dos pais ou representante legal
- 1.3. Retratabilidade de Consentimento
- 1.4. Suprimento Judicial do Consentimento para casar
- 1.5. Regime de Bens
- 1.6. Consequência da falta de consentimento dos pais ou representantes legais

2. Aspectos de Direito Processual

- 2.1. Procedimento adotado
- 2.2. Intervenção do Ministério Público
- 2.3. Nomeação de Curador Especial
- 2.4. Ônus da prova
- 2.5. Legitimidade para requerer a medida
- 2.6. Recurso
- 2.7. Competência
- 2.8. Documentos
- 2.9. Jurisprudência pertinente à matéria processual
- 2.10. Dispositivos legais que fundamentam a inicial

1. Aspectos de Direito Material

1.1. Dispositivos legais pertinentes

Código Civil, arts. 180, inciso III; 185 a 188; 183 inciso XI c/c o art. 209, inciso III, 426, inciso I e 453; 258, parágrafo único, inciso IV.

1.2. Autorização dos pais ou representante legal

As pessoas sujeitas ao pátrio poder, bem como os demais incapazes não podem casar sem a prévia anuência de seus representantes legais: pais, tutores ou

O presente trabalho será publicado em três partes

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 45-52, 1988

curadores. A denegação do consentimento, por parte dos mesmos, enseja o competente pedido de suprimento judicial desse consentimento. Dentre os documentos exigidos para a habilitação ao casamento, nos termos do art. 180, inciso III, da lei civil, encontra-se a autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem os contraentes, ou ato judicial que a supra.

Os menores de 21 anos, mas que já atingiram a idade nupcial — 18 anos no caso do varão e 16 anos no caso da mulher — estando sujeitos ao pátrio poder e sendo filhos legítimos, dependem, para contrair matrimônio, do consentimento de ambos os pais, consoante preceitua o art. 185 do CC.

Aliás, dentre os atributos inerentes ao pátrio poder, no que tange à pessoa dos filhos menores, inclui-se a prerrogativa de conceder ou negar aos mesmos, consentimento para casarem (artigo 384, inciso III, do CC). Tal assentimento deve ser dado por escrito, com firmas reconhecidas, a fim de instruir o processo de habilitação para o casamento, nele constando o nome e identificação da pessoa com que o menor vai casar.

Em caso de discordância entre os pais a respeito, prevalecerá a vontade paterna ou, estando o casal separado judicialmente, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge com quem estiverem os filhos (art. 186, "caput"). Assim, a vontade do pai prevalece, a menos que, nas hipóteses supramencionadas, tenha a mãe a guarda dos filhos.

Se se tratar de filho ilegítimo, bastará o consentimento de quem reconhecer o menor e, se não reconhecido, o assentimento materno (parágrafo único do art. 186). E se ambos os pais houverem reconhecido o filho ilegítimo? Neste caso, os dois devem ser ouvidos, com prevalência da vontade paterna.

Quanto aos filhos adotivos, estes dependem de autorização do adotante, e não do pai natural.

Wilson Bussada, in "CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADO PELOS TRIBUNAIS", vol. 2, Tomo I, 1980, pág. 211, neste particular, assim se pronuncia: "O filho adotivo, ou adotado, precisa de consentimento para casar, por parte dos pais adotivos. E, assim deve ser, em virtude do disposto nos arts. 378 e 392, IV, que preceituam, respectivamente, que os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo; e que o pátrio poder se extingue pela adoção. Ora, se o adotado está sob o pátrio poder (...), forçosamente necessitará do consentimento dos pais que têm o pátrio poder". Em assim sendo, extinguindo-se o pátrio poder pela adoção e transferindo-se a potestade paterna dos pais de sangue para os adotivos, são estes últimos que têm a prerrogativa constante no inciso III do art. 384 do Código Civil.

— Os menores sob tutela necessitam do consentimento dos tutores para contrair matrimônio, nos termos dos arts. 183, inciso XI e 426, inciso I, da lei civil.

Destarte, o processo de habilitação para o casamento de pessoas que não atingiram os 21 anos de idade deve ser instruído ou com a prova da emancipação, ou então com a autorização escrita de um ou de ambos os pais, ou, ainda, com a anuência do tutor, se o menor for tutelado, hipótese em que deverá ser apresentada, igualmente, a certidão de tutela. Caso contrário, deverão os nubentes apresentar o competente alvará judicial de suprimento de autorização dos respectivos representantes legais.

O incapaz maior interditado depende, para casar, do consentimento do curador, nos termos do art. 183, inciso XI e do artigo 453, c/c o art. 426, inciso I, todos do CC.

Quanto a este aspecto, existem distinções a serem feitas.

Com efeito, os loucos de todo o gênero e os surdo-mudos que não tiverem condições de manifestar, inequivocamente, a sua vontade, não poderão consorciar-se, mesmo com a anuência do curador, visto que são pessoas incapazes de consentir, ou manifestar, validamente, seu consentimento, incluindo-se os mesmos, portanto, na hipótese prevista no inciso IX do art. 183 da lei civil. Caso venham a contrair matrimônio, este é anulável por força do dispositivo legal supracitado.

Os surdo-mudos que não tenham condições de enunciar manifestação de vontade, por falta de instrução adequada, estão sujeitos à curatela (arts. 5º, inciso III e 446, II, do CC), eis que padecem de deficiência mental, em face da deficiência física e da ausência de educação apropriada. Entretanto, atendendo ao grau de desenvolvimento mental dos mesmos, o juiz fixará os limites da curatela (art. 451, do CC), graduando, assim, a incapacidade desses interditos, constando na sentença os atos que tais pessoas podem praticar, medida que visa a solucionar as situações intermediárias entre a incapacidade absoluta e a capacidade plena. Neste caso, só poderão casar se o juiz da curatela não haja disposto em sentido contrário, mas com o consentimento de seus curadores.

Os surdo-mudos que tenham perfeitas condições de expressar inequívoca e validamente seu consentimento são plenamente capazes e, por conseguinte, poderão contrair matrimônio livremente.

Os pródigos podem casar, eis que sua incapacidade se relaciona apenas com atos relativos ao direito de propriedade e de natureza patrimonial (art. 459, do CC). Em função do vício da disposição, no entanto, só podem consorciar-se com a autorização de seu curador. É que, no casamento dos pródigos curatelados, há transferência ou disposição de bens, por força do regime adotado no casamento, bem como transferência da curatela, que passará a seu cônjuge, portanto, nos termos do art. 451, "caput", do CC, um cônjuge é, de direito, curador do outro, quando interdito.

Em assim sendo, temos:

1º) os loucos de todo o gênero não podem, de modo algum, casar e, se o fizerem, o matrimônio é anulável, nos termos do artigo 183, IX, do CC.

2º) quanto aos surdo-mudos a situação é a seguinte:

a) se não tiverem condições de manifestar inequivocamente seu consentimento, não podem consorciar-se. O ato matrimonial é anulável, por força, igualmente, do art. 183, IX, do CC;

b) em casos de situações intermediárias entre a incapacidade absoluta e a capacidade plena só poderão casar se o juiz da curatela não haja disposto de forma diversa, porém, para tanto, faz-se mister o consentimento do curador;

c) se tiverem plenas condições de emitir declaração de vontade não são incapazes e, por conseguinte, poderão, livremente, contrair matrimônio.

3º) Os pródigos podem casar, entretanto dependem da autorização do curador.

1.3. Retratabilidade do consentimento

Não é irretratável a autorização dada pelo responsável, com o requerimento de habilitação, eis que pode ser revogada até a celebração do casamento, consoante estatui o art. 187 da lei civil. Neste caso, o representante legal declarará os motivos da retratação, a qual, se arbitrária e injustificável, dará ensejo ao competente pedido de suprimimento judicial.

O Código fala em "até a celebração do matrimônio". Logo, a retratação do consentimento pode dar-se, ou por escrito, se ocorrer antes de a documentação ser entregue ao oficial do registro civil, ou oralmente, se se der no ato da celebração do casamento, sendo que, no segundo caso, o oficial do registro fará constar no termo a retratação.

1.4. Suprimimento judicial do consentimento para casar

A denegação do consentimento dos pais, tutores ou curadores, quando injusta e arbitrária, poderá ser suprida judicialmente, conforme estatui o art. 188 da lei civil. Assim, quando o assentimento de todos eles é negado e os interessados não se conformam com o ato dos pais, tutores ou curadores, podem requerer o suprimimento judicial da autorização denegada. Tanto os incapazes sob o pátrio poder ou sob tutela como aqueles curatelados que podem contrair matrimônio com a autorização de seus curadores têm o benefício da ação supletória do consentimento de seus representantes legais para casar, inobstante os casos mais frequentes na prática refiram-se a menores de 21 anos que se encontram sob o poder parental.

Tanto a denegação do consentimento como a sua retratação ensejam o pedido de suprimimento judicial por parte dos interessados.

O CC não definiu nem exemplificou as hipóteses de injustiça na recusa, deixando ao critério do juiz a apreciação dos fatos em cada caso concreto.

Washington de Barros Monteiro, *in* Curso de Direito Civil, vol. 2, 19ª edição, 1980. Edição Saraiva, págs. 27/28, assim preleciona:

"Não declara a lei os casos em que injusta se mostra a denegação; a critério do juiz, segundo o seu prudente arbítrio, caberá, destarte, aferir da procedência ou improcedência, relevância ou irrelevância, dos motivos de recusa invocados pelos pais, ou outros representantes legais.

Todavia, assentou a jurisprudência que justos motivos constituem para a denegação: a) costumes desregrados ou mau procedimento por parte do pretendente; b) não ter este aptidão para sustentar a família; c) existência de impedimento legal; d) grave risco de saúde para o incapaz; e) rapto e condução da menor, em seguida, para casa de tolerância. Mas não justificará a recusa ser esta for baseada em preconceitos raciais ou religiosos.

Se os recusantes não fazem prova da ocorrência de motivo relevante para a denegação, e o filho faz prova de seus predicados, defere-se o pedido."

Suprido judicialmente o consentimento do representante legal, será expedido o respectivo alvará, que será juntado ao processo da habilitação ao casamento.

1.5. Regime de bens

Os casamentos realizados com autorização judicial estão necessariamente sujeitos ao regime da separação legal de bens, nos termos do art. 258, parágrafo único, inciso IV, do CC.

1.6. Consequência da falta de consentimento dos pais ou representantes legais

A ausência do consentimento dos pais ou representantes legais do nuben do suprimimento judicial do assentimento denegado torna o casamento anulo, conforme estatui o art. 183, inciso XI c/c o art. 209, ambos da lei civil.

Trata-se de *impedimento matrimonial relativamente dirimente*, porque sua infração conduz à *anulabilidade* do casamento.

2. Aspectos de Direito Processual

2.1. Procedimento adotado

O atual CPC não prevê especificamente a outorga judicial do consentimento, como e nos termos em que fez o estatuto processual civil de 1939, em seus arts. 625 a 628. A outorga judicial do consentimento era concedida, e o é ainda, em caso de recusa ou impossibilidade do assentimento exigido por lei para a prática de certos atos jurídicos. Com a advento do CPC vigente, a ação supletória do consentimento passou a seguir o rito dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, regulado pelos artigos 1103 e seguintes.

2.2. Intervenção do Ministério Público

A intervenção do M. P. é obrigatória, sob pena de nulidade do processo, conforme art. 1105 c/c os arts. 82, inciso I e 84, todos do CPC, devendo o interessado requerer a medida na peça preambular.

2.3. Nomeação de curador especial

Como a ação supletória de consentimento para casar é movida precisamente contra o representante legal recusante, faz-se mister a nomeação de curador especial nos termos do art. 9º, inciso I, 2ª parte, do CPC, uma vez que os interesses do representante legal colidem com os do incapaz.

Se o incapaz não tiver representante legal, faz-se mister, igualmente, a nomeação de curador especial, como determina o art. 9º, inciso I, 1ª parte, do estatuto processual civil. Assim, se um menor é órfão de pai e mãe e não tem tutor, ou se um dos genitores faleceu, e o outro encontra-se em lugar incerto e não sabido, tem aplicação o dispositivo legal supracitado.

2.4. Ônus da prova

Nas ações de suprimimento de consentimento para casar é ao representante legal do incapaz que incumbe o ônus da prova e não ao pretendente da medida judicial.

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 45-52, 1988

dicial. São os pais ou representantes legais que devem comprovar a existência de motivos relevantes para a denegação de seu assentimento, porquanto a referida ação tem o objetivo de compelir os mesmos a dar em juízo as razões de sua recusa. Há inversão do ônus da prova. É a orientação doutrinária e jurisprudencial a respeito da matéria.

Jurisprudência já decidiu que "na ação supletória de consentimento dos pais para o casamento de filho menor, é aos pais que se transfere o ônus de justificar os motivos de sua oposição ao ato". (Apel. n.º 78.478 — 2.ª C. Cível do TSSP — RT, 263/195). In "Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais" — Wilson Bussada — Volume 2 — Tomo I — 1980 — pág. 31 — Verbete n.º 27.

2.5. Legitimidade para requerer a medida

Requerente da outorga judicial do consentimento é o incapaz que pretende contrair núpcias. Em caso de inexistência de representante legal ou de colisão de interesses, a pretensão é deduzida pelo próprio interessado, sendo-lhe nomeado curador especial, hipóteses em que, não podendo o incapaz constituir procurador e não tendo quem o faça, a inicial será subscrita pelo advogado, além do que, na peça preambular, é de ser requerida a providência consubstanciada no art. 9.º, inciso I, do CPC.

Tratando-se de menor sob o pátrio poder e existindo ambos os genitores, se partir a denegação do pai, cuja vontade é considerada prevalente por lei, pode esse menor intentar a ação representado ou assistido pela mãe, o mesmo ocorrendo em caso de o pai encontrar-se em lugar incerto e não sabido e, portanto, impossibilitado de externar sua anuência; nada impede aqui seja o pedido formulado pela mãe do pretendente ao matrimônio.

A jurisprudência já decidiu que tem legitimidade para requerer a outorga judicial, além da menor, o seu noivo, que tem, igualmente, interesse legítimo na realização do casamento. O CC, no artigo 76, permite o ingresso em juízo a quem quer que tenha legítimo interesse econômico ou moral, além do que é de se invocar, outrossim, o artigo 3.º do CPC. Neste particular, já decidiu o Tribunal de Justiça de nosso Estado, em decisão publicada na Revista de Jurisprudência do T. J. R. G. S. n.º 88/344, onde encontram-se as lições de Eduardo Espínola e Carvalho Santos neste sentido. Assim já foi decidido, igualmente, pela 2.ª Câmara Cível do TJERJ, na Apelação Cível n.º 14. 625, julgado em 23.12.80. e que teve como Relator o Des. Amaro Martins de Almeida. (In "Dicionário de Direito de Família — Paulo Dourado de Gusmão — 1.ª edição — 1985 — Editora Forense — pág. 201). O M. P. pode, também, provocar o procedimento (art. 1104, CPC).

Faz-se mister, outrossim, a indicação e qualificação de alguém (parente ou qualquer pessoa idônea), para servir de tutor ao menor, por ocasião do ato matrimonial especificamente para consentir no casamento.

2.6. Recurso

O art. 188 do CC dispõe que, quando o consentimento é negado injustamente, o juiz poderá supri-lo, com recurso para a instância superior. Em face da redação do texto legal, discute-se acerca da natureza deste recurso referido na parte final do dispositivo, ou seja, se é voluntário, facultativamente interposto pelos in-

teressados, ou o *ex-officio*. A melhor exegese do art. 188 é aquela no sentido de que, da decisão que supriu a vontade dos representantes legais, cabe recurso voluntário dos interessados ou do M. P., e não o oficial. O art. 475 do atual CPC, discriminando os casos de recurso necessário, não inclui o relativo ao julgado que se pronuncia sobre o suprimimento judicial do consentimento para casar como sujeito ao duplo grau de jurisdição. De acordo com a sistemática do CPC vigente o recurso é o de Apelação (art. 1110 c/c o art. 513, ambos do CPC).

2.7. Competência

Competente para o pedido é o juiz da Vara de Família, nas Comarcas em que houver, ou do Cível, onde não existir Vara especializada. Se se tratar de menor em situação irregular, competente é o Juiz de Menores, nos termos do art. 89, inciso I, da Lei n.º 6.697, de 10.10.79.

Quanto à competência territorial, W. B. M. (ob. cit., página 28) preleciona que "pedidos dessa índole processam-se no domicílio dos pais, ou representantes legais do incapaz". Aplica-se aqui a regra geral sobre competência, consubstanciada no art. 94, *caput*, do CPC; as ações fundadas em direito pessoal serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.

Se os pais ou representantes legais estiverem em lugar incerto ou ignorado, a ação será intentada onde os mesmos forem encontrados ou no foro do domicílio do incapaz, requerente da medida judicial, incidindo, pois, o disposto no § 2.º do art. 94, do estatuto processual civil: se incerto ou desconhecido o domicílio do réu, será ele demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor. Assim, por exemplo, se um menor é órfão de mãe e pai, encontra-se em lugar incerto e não sabido há vários anos, a ação supletória de consentimento paterno para casar será proposta no foro do domicílio do menor que pretende consorciar-se.

Quando se tratar de menor em situação irregular, a competência será da autoridade judiciária da Comarca onde estão domiciliados os pais ou responsável, segundo a regra geral sobre competência territorial, estabelecida no artigo 88, inciso I, do Código de Menores. À falta de pais ou responsáveis, ou se estiverem eles em lugar incerto e não sabido, tem aplicação o inciso II do artigo 88, da lei especial, ou seja, a competência será determinada pelo lugar onde se encontrar o menor.

2.8. Documentos

- a) certidão de nascimento do requerente;
- b) certidão de nascimento do outro pretendente ao matrimônio. É de serem juntadas, também, as certidões de nascimento dos dois nubentes, quando ambos forem os requerentes, visando à medida supletória de seus respectivos representantes legais;
- c) entendemos convenientes a juntada de documento comprobatório de que o nubente varão trabalha e, portanto, tem condições de sustentar uma família.

2.9. Jurisprudência pertinente à matéria processual

Suprimimento de consentimento materno para casamento de menor de vinte anos.

O noivo é parte legítima, como interessado, para pedir o suprimento do consentimento da genitora de noiva menor que, vindo a juízo, manifestou expressamente sua livre vontade, perante o juiz, de se casar com o postulante, com quem já convive maritalmente há mais de dois anos.

Exame dos fatos ligados às alegações da genitora impugnante e à conveniência da realização do pretendido casamento." (Apelação Cível nº 14.625 — 2ª CC do TJERJ — Rel. Des. Amaro Martins de Almeida — j. em 23.12.80). In "DICCIONÁRIO DE DIREITO DE FAMÍLIA" — Paulo Dourado de Gusmão — 1ª edição — 1985 — Editora Forense — pág. 201.

A seguir, a seguinte decisão do TJRS:

"Apelação Cível nº 37.393 — 1ª Câmara Cível — Porto Alegre.

CONSENTIMENTO PARA CASAR

Suprimento pelo juiz, nos termos do art. 188, do CC. O pretendente ao casamento é parte legítima para requerer seja suprido o consentimento denegado ao outro pretendente pelos pais destes. Magistério de Eduardo Espínola e de Carvalho Santos. É lícito à pretendente menor, representada por curador especial, nomeado a pedido do M. P., ingressar como litisconsorte do autor, ratificando o processado". (Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro — v. un. em 31 de março de 81). In "Revista de Jurisprudência do TJRS" nº 88/344 — 347, 1981.

"Na ação supletória de consentimento dos pais para o casamento de filho menor, é aos pais que se transfere o ônus de justificar os motivos de sua oposição ao ato". (Apel. nº 78.478 — 2ª C. Cível do TJSP — RT, 263/195. In "CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADO PELOS TRIBUNAIS — Wilson Bussada — Vol. 2, Tomo I, 1980 pág. 31 — Verbete nº 27.

O teor do acórdão publicado na "RJ TJRS" nº 88/344 encontra-se na Biblioteca de Unidade de Assistência Judiciária, em cópia reprográfica, para consulta dos interessados.

2.10. Dispositivos legais que fundamentam a inicial

Art. 183, inciso XI c/c os arts. 185, 186 e 188, todos do C.C. Em caso de reatuação do responsável: Art. 183, inciso XI c/c os arts. 185 a 188, todos do Código Civil.

PARECERES

MAGISTÉRIO. REAJUSTE AUTOMÁTICO DE VENCIMENTOS

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 7.103

RAZÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE do artigo 4º da Lei estadual nº 8.026, de 14 de agosto de 1985, que estabelece reajuste automático de vencimentos para o pessoal do Magistério vinculado à variação do salário mínimo.

Consulta o Senhor Procurador-Geral do Estado sobre a constitucionalidade da Lei nº 8.026, de 14 de agosto de 1985.

2. A Lei nº 8.026/86 resultou do encaminhamento ao Legislativo do acordo celebrado entre o Estado do Rio Grande do Sul, na pessoa de seu então Governador, Doutor JAIR SOARES, e o Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul — CPERGS, com o objetivo de estabelecer procedimentos visando ao atendimento de reivindicações do magistério público estadual e, com isso, pôr fim à paralisação da categoria ocorrida em meados do ano de 1985.

3. O acordo celebrado entre o Governo do Estado e o CPERGS, que contou com o apoio da Assembléia Legislativa, continha inúmeras cláusulas. Algumas delas dependiam de providências meramente administrativas e outras de provimento legislativo. Para consecução das últimas, foi enviado projeto de lei à Assembléia que resultou na edição da já referida Lei nº 8.026.

4. Após fixar, em suas disposições preliminares, tanto para os professores do Quadro de Carreira como para os do Quadro Único, em extinção, o vencimento em valor monetário determinado, a contar de 1º de julho de 1985, o diploma tratou de, em seu artigo 4º, assegurar o reajuste automático da categoria para o futuro, nos seguintes termos:

“Artigo 4º — O vencimento básico do Quadro de Carreira do Magistério será reajustado de acordo com os índices e prazos seguintes:

a) em 1º de novembro de 1986 — 1,5 (um e meio) salário mínimo vigente àquela data;

b) em 1º de fevereiro de 1986 — 2 (dois) salários mínimos vigentes àquela data;

c) em 1º de maio de 1986 — 2 (dois) salários-mínimos vigentes àquela data;

d) em 1º de novembro de 1986 — 2,5 (dois e meio) salários mínimos vigentes àquela data;

e) a partir de 31 de dezembro de 1986, o vencimento básico corresponderá ao valor de 2,5 (dois e meio) salários mínimos, reajustável sempre que houver alteração daquele valor de referência.

Parágrafo único — O disposto neste artigo aplica-se ao Quadro Único do Magistério Público Estadual criado pela Lei nº 6.181/71, servindo, igualmente, de referência para os salários dos membros do Magistério extranumerários e contratados.”

5. Ao deslinde da matéria não pode deixar de ser mencionado que no magistério "vencimento básico" ou "piso inicial" "é o fixado para a classe inicial da Carreira, no nível de habilitação mínima" e que "os vencimentos das classes da Carreira obedecerão a uma progressão não inferior a dez por cento do vencimento básico" (artigo 64 e 65 do Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul estabelecido pela Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974).

6. O anterior Governo vinha cumprindo a disposição do artigo 4.º da Lei n.º 8.026, inclusive após a edição do denominado Plano de Estabilidade Econômica editado pelo Governo Federal com o Decreto-lei n.º 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, alterado e revigorado pelo Decreto-lei n.º 2.284, de 11 de março de 1986, alcançando ao pessoal do magistério os reajustes das letras "a", "b", "c" e "d" do dispositivo da lei estadual em exame.

Deixou, no entanto, de recompor a remuneração dos professores quando o salário mínimo sofreu sua primeira alteração após o período de congelamento, o que se verificou em meados de janeiro do corrente ano.

7. Nesta situação assumiu o novo Governo em 15 de março que, igualmente, viu-se impedido de atender aquela disposição legal. Não só pela grave e notória situação das combalidas finanças do Estado como também porque houve de se render a obstáculo eminentemente jurídico, qual seja o da inconstitucionalidade da medida.

8. Com efeito, ao vincular os vencimentos dos professores estaduais ao salário mínimo, a lei estadual transferiu à União a prerrogativa da fixação do seu *quantum*, já que é esta quem detém a competência para fixar o nível da remuneração mínima do trabalhador (artigos 115 e 116 da Consolidação das Leis do Trabalho combinados com o artigo 165, I da Constituição Federal).

9. Assim o fazendo, o Estado abriu mão de sua competência privativa indelegável, assegurada constitucionalmente, para reger a relação com os seus servidores, mormente quando se trata de sua remuneração.

10. O sistema constitucional exige que o vencimento e demais vantagens dos funcionários tenha seu valor fixado em lei. De outra parte, às entidades jurídico-políticas, é reconhecida a prerrogativa de legislar sobre seu direito administrativo. É vedada, ainda, a delegação de competência e assegurado o princípio federativo.

Não é, pois, constitucionalmente admissível obrigar-se o Estado a responder pela remuneração de servidor seu cujo *quantum* não esteja fixado em lei estadual, mas em ato praticado pelo Chefe do Poder Executivo da União.

11. A lei estadual ao delegar a sua competência privativa para estabelecer o valor da remuneração de seu pessoal à União, afronta tanto a norma do artigo 6.º, parágrafo único da Carta Federal bem como a do artigo 13, I, III e V, na medida em que impede a participação exclusiva do Estado em processo legislativo do qual não pode ser afastado. Reconhece, a Constituição, que compete à entidade política a quem pertence o serviço conhecer das reais possibilidades de suas finanças e, por isso, decidir, casuisticamente, a cada reajuste, o que vai poder pagar a seus servidores.

12. Mas o vício de inconstitucionalidade não reside tão só na transgressão daquelas normas constitucionais. Igualmente violado se acha o artigo 98, parágrafo único. A maisnada disposição estadual estabelece majoração auto-

mática de vencimento com vinculação à variação do salário mínimo, de sorte que toda a vez que o valor do último se altera (e note-se que no corrente ano por duas vezes já foi alterado), haverá reflexos sobre a remuneração de todo o professor estadual, de forma indireta e progressiva. Não só nos vencimentos básicos de cada classe, mas caso a caso, nas vantagens individuais cuja forma de cálculo incide sobre aquele valor.

13. Exatamente este mecanismo distorcido e incontrolável de remunerar os servidores públicos foi o que quis repelir o legislador constituinte de 1967 que, pela primeira vez, inseriu tal regra na Magna Carta. No emprego da expressão "de qualquer natureza" fica explicitamente vedada qualquer vinculação ou equiparação tanto do vencimento de um cargo para outro dentro da mesma órbita política, como de uma órbita para outra, como, ainda, a fatores alheios ao serviço público, como a fixação dos níveis do salário mínimo estabelecido para o trabalhador privado, ou a quaisquer índices de reajuste decorrente da perda do valor aquisitivo da moeda.

14. Não é outro o ensinamento que se extrai da tranqüila jurisprudência do Pretório Excelso.

Na Representação n.º 1.027 de São Paulo, extrai-se do voto do Ministro RAFAEL MAYER, a seguinte lição:

"O Sr. MINISTRO RAFAEL MAYER: — Sr. Presidente, impressiona-me muito o argumento, que aliás é constante de um voto anterior do eminente Ministro Soares Muñoz, no sentido de que essa adoção da emenda constitucional de São Paulo afetasse os princípios do processo legislativo, que se aplicam, por imposição do artigo 13, III, aos Estados.

Haveria, no caso, uma negativa da participação do executivo, no processo legislativo, com a sua iniciativa, nos moldes reconhecidos pela Constituição Federal (arts. 6.º e 57). Mas me impressionam muito mais os argumentos de S. Ex.ª, o eminente Relator, quando se refere à própria sistemática aplicável aos funcionários públicos federais e que se aplicam aos funcionários públicos estaduais, em termos até duplicados e reiterados na Constituição, porque não é só no art. 13 que se refere à obrigação dos Estados, em observá-la, mas o próprio capítulo dos Funcionários Públicos há dispositivo, que é o 108, dizendo que o disposto nessa seção se aplica aos funcionários dos três Poderes e aos dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

Referiu-se S. Ex.ª, ao art. 98, para demonstrar como há necessidade, sempre, de manifestação legislativa, para que não haja superação ou desequilíbrio de vencimentos. Mas parece-me que o parágrafo deste artigo, que estabelece a proibição da vinculação e de equiparação de qualquer natureza, para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, embora na sua origem, ou na sua colocação tópica, tenha a ver com aquelas equiparações entre funcionários, na verdade, ao referir-se, também, à vinculação de qualquer natureza — e a vinculação é uma relação de dependência para com um segundo termo — entendo que seja compreensivo de que vincular vencimentos dos Estados a fatores diversos, como são as fixações de níveis de salários mínimos, no plano federal, importa numa vinculação proibida, porque

se retira aquela independência, ou aquele casuísmo reclamado pela Constituição, na fixação dos vencimentos.

Na verdade, aqui se aplicaria aquele axioma da hermenêutica que diz que, onde está proibido o menos, está proibido o mais — porque, na verdade, seria o mais, vincular vencimentos a padrões estranhos ao quadro funcional.

Nestes termos, estou de inteiro acordo com os fundamentos do voto do eminente Relator, julgado procedente, *in totum*, a representação."

15. Na Representação nº 754-GB, o Supremo fez constar da emenda do acórdão a afirmativa de que "a lei não pode fixar vencimentos de servidor público à base de salário-mínimo profissional".
16. Já na Representação de nº 745-OF decidiu que a vinculação dos vencimentos de engenheiros ao salário-mínimo profissional é inconstitucional. E mais, que "salário móvel não se concilia sem essa exigência constitucional, porque está sujeito a modificação automática, em função do salário-mínimo à revelia da iniciativa do Poder Executivo".
17. No mesmo sentido, o Ministro MOREIRA ALVES, então Procurador-Geral da República, na Representação nº 915-GB, afirmou:
"A expressão 'de qualquer natureza' contida nesse dispositivo tem precisamente o sentido de impedir que, de maneira indireta ou dissimulada, se estabeleçam vinculações."
18. Na Representação nº 898-RS, o Ministro ROORIGUES ALCKMIM sustentou em seu voto, a respeito da remuneração dos juizes:
"Vinculou ela, para o futuro, o Estado, à legislação ordinária federal, em assunto que ao Estado cabe dispor: o vencimento de seus magistrados.
Nem se diga que, acordes Executivo e Legislativo, com o impugnado preceito, aí se manifestou a autonomia que se diz ofendida. Não é possível confundir o acordo de critérios de exercentes de Poderes do Estado, em determinado momento, quanto à fixação de vencimentos, e a exclusão de prerrogativas inerentes às funções de futuros ocupantes desses postos, submetidos a obediência a leis ordinárias federais, no que tange à remuneração de juizes. Estas prerrogativas não são elimináveis. Seria a invocação da autonomia do Estado a fim de excluir, para o futuro, essa mesma autonomia" (grifo nosso) (Representação nº 898 — Relator Ministro Luiz Gallotti - *in* Revista da Consultoria-Geral do Estado, PA, 5(12): 326-48, 1975).
19. Ao apreciar a Representação nº 1.027-SP o Ministro DJACI FALCÃO como relator no STF, se expressou do seguinte modo:
"... o Poder Executivo não pode, em plano algum, ser singelamente excluído do trato de um tema como o reajuste dos vencimentos do funcionalismo. Na verdade, a reserva em favor do Chefe do Governo da iniciativa das leis que aumentem vencimentos, normalmente com o caráter de reajuste decorrente da inflação e que se verifica anualmente, não comporta um sistema automático de revisão, sem se atentar para as possibilidades reais da Fazenda Pública." (grifei)

20. O Professor CAIO TÁCITO, também se manifesta a respeito:

"Princípio relevante inserido na Constituição de 1967 é o atual artigo 98, parágrafo único, que vedou terminantemente a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público. A norma, de feitos imediatos, revogou todas as vinculações ou equiparações existentes e proibiu que outras se instituíssem, ressalvados apenas os direitos adquiridos às remunerações já percebidas.

A vedação é ampla, e não se limita aos vencimentos dos cargos públicos, mas a quaisquer vínculos empregatícios, pondo termo aos reajustamentos em cadeia, tão nocivos ao equilíbrio orçamentário e aos sistemas de classificação de cargos e funções.

O STF, aplicando a princípio, declarou a inconstitucionalidade de equiparações entre ativos e inativos, assim como a vinculação do *valor de atribuição ao salário mínimo*, conforme julgamentos em representações relativas às Constituições de Minas Gerais, Guanabara e Estado do Rio." (Revista de Direito Público, São Paulo, (20): 26-31, out./dez. 73). (grifei).

21. Aliás, sobre esse aspecto da vinculação de vencimentos de funcionários estaduais a índices estranhos, como é o caso da lei sob análise, que se reporta a um índice oriundo do Poder Executivo Federal, o Supremo Tribunal Federal nos anos de 1984 e 1985, teve ensejo de julgar dezenas de casos originários do Estado do Rio Grande do Sul, referentes aos ferroviários, onde aqueles funcionários estaduais cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A, pretendiam gratificação adicional por tempo de serviço não de acordo com o estabelecido na lei estadual dos seus cargos, mas de acordo com o valor dos salários pagos pela RFFSA.

Em todos esses julgamentos foi negada a pretensão por violação aos artigos 98, parágrafo único, 65, 13 *caput*, inciso V e 6º, parágrafo único da Constituição Federal.

22. Também na Representação nº 1087-2, oriunda deste Estado, o Supremo julgou inconstitucional a Emenda Constitucional nº 15, que estabelecia majoração periódica dos vencimentos do funcionalismo com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal.

O voto do Relator, Ministro CUNHA PEIXOTO, extraímos o seguinte parágrafo:

"A iniciativa do legislador sul rio-grandense, sem dúvida, é de grande apelo popular. Evidentemente que, na conjuntura financeira atual, com a deterioração cíclica da moeda, mercê de vários fatores econômicos, representa ato de largo alcance social. Entretanto, hoje, são indissociáveis os fatores sociais e econômicos, não havendo como medidas governamentais inspiradas por um ângulo, de plano não atinjam ao outro. É por isso, certamente, que não está na Carta Federal — pelo menos por enquanto — medida que, levando-nos a uma última indagação, seria fator de realimentação inflacionária."

23. Em face de tais considerações, respaldadas sobretudo nas lições da Suprema Corte sobre a matéria, temos, em conclusão, como eivado de inconstitucionalidade o artigo 4º da Lei nº 8.026, de 14 de agosto de 1985, por contrariar principalmente os artigos 6º, § único, 13, I, III e V e 98, § único da Constituição Federal, motivo pelo qual entendemos que se impõe a necessidade de sua arguição perante o Excelso Pretório, através do titular da ação competente, o

Senhor Procurador-Geral da República, nos termos da Lei federal nº 4.337, de 1º de junho de 1964.

É o novo parecer.

PORTO ALEGRE, 8 de maio de 1987.

D.J. 12.02.88
18.12.1987.

Representação nº 1.425-8

Representante:

Representados:

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO Nº 1489 — 1 TRIBUNAL PLENO

Rio Grande do Sul

Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul

Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA: — REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 8.026, de 14/8/1985, do Estado do Rio Grande do Sul, que, no art. 4º, vinculou reajuste automático de vencimento básico do Quadro de Carreira do Magistério à variação dos índices do salário mínimo fixados pelo Governo Federal, e, no parágrafo único do mesmo dispositivo, estendeu o tratamento ao Quadro Único do Magistério Público Estadual (Lei nº 6.181/71), bem como aos membros do Magistério extranumerários e contratados.

Representação julgada procedente.

Firmou-se a jurisprudência do S.T.F. no sentido de que a lei estadual, mesmo com iniciativa do Poder Executivo, não pode autorizar reajustes automáticos de vencimentos dos funcionários públicos do Estado, menos ainda os vinculando às variações de salário-mínimo, ditadas pelo Poder Executivo Federal.

Entendeu-se, nas várias ocasiões em que o tema foi enfrentado, que tal critério viola, sobretudo, o princípio irremovível da autonomia do Estado, pois a remuneração do funcionalismo estadual acaba automaticamente reajustada por efeito de ato do Governo Federal.

Consideraram-se violados, em tal situação, senão todos, ao menos alguns dos seguintes dispositivos da C.F.: artigos 6º, § único, 13, incisos I, III e V, 98, § único, 57, I e II, 65, 108 e 200.

Rp nº 1.425-8 — RS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a representação e declarar a inconstitucionalidade do art. 4º, suas alíneas e parágrafo único da Lei nº 8.026, de 14.08.85, do Estado do Rio Grande do Sul.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 1987.

RAFAEL MAYER
Presidente

SYDNEY SANCHES
Relator

RELATOR:
REPRESENTANTE:
REPRESENTADOS:

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
GOVERNADOR E ASSEMBLÉIA LEGISLATI-
VA DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES:

1. O ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. MOACIR ANTONIO MACHADO DA SILVA, no parecer de fls. 84/92, assim resumiu a espécie e, em seguida, opinou pela procedência da presente representação:

"Atendendo solicitação do Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio Grande do Sul, a presente representação argui a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 8.026, de 14/08/85, do mesmo Estado, que apresenta a seguinte redação:

"Art. 4º — O vencimento básico do Quadro de Carreira do Magistério será reajustado de acordo com os índices e prazos seguintes:

- a) em 1º de novembro de 1985: 1,5 (um e meio) salário-mínimo vigente àquela data;
 - b) em 1º de fevereiro de 1986: 2 (dois) salários-mínimos vigentes àquela data;
 - c) em 1º de maio de 1986: 2 (dois) salários-mínimos vigentes àquela data;
 - d) em 1º de novembro de 1986: 2,5 (dois e meio) salários-mínimos vigentes àquela data;
 - e) a partir de 31 de dezembro de 1986, o vencimento básico corresponderá ao valor de 2,5 (dois e meio) salários-mínimos, reajustável sempre que houver alteração daquele valor de referência.
- Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao Quadro Único do Magistério Público Estadual criado pela Lei nº 6.181/71, servindo, igualmente, de referência para os salários dos membros do Magistério extranumerários e contratados".

Nas razões contidas no expediente inicial, adotadas como fundamento jurídico da representação, esclarece inicialmente o Chefe do Poder Executivo que a Lei estadual nº 8.026, resultou de acordo celebrado entre seu predecessor e o Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul, com o apoio da Assembléia Legislativa, para pôr fim à greve dos professores ocorrida em meados de 1985.

Acrescenta que o Governo cumpriu o disposto na regra transcrita, mesmo na vigência do Plano de Estabilidade Econômica, instituídos pelos Decretos-leis federais nºs 2.283 e 2.284, de 1986, deixando, porém, de recompor a remuneração dos professores, quando o salário-mínimo sofreu sua primeira alteração após o período de congelamento, em face não só da grave situação financeira do Estado, como também da inconstitucionalidade da medida.

Alega, em seguida, o requerente que o dispositivo impugnado: a) é incompatível com os arts. 6º, parágrafo único, e 13, I, III e V, da Constituição Federal, porque retira ao Estado a competência privativa de fixar a remuneração de seus servidores, delegando-a à União; e b) ofende o art. 98, parágrafo único, da Lei Maior, que veda vinculação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, o que abrange a hipótese de majoração automática em decorrência da variação do salário-mínimo, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal.

Em sessão de 21 de maio de 1987, o egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal, acolhendo voto do eminente Relator, Ministro SYDNEY SANCHES, suspendeu a eficácia do dispositivo impugnado, em decisão assim emendada:

"Representação de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 8026, de 14.08.1985, do Estado do Rio Grande do Sul, que prevê reajustamento automático de vencimentos de cargos públicos (do Magistério Estadual), conforme variação do salário mínimo, este fixado por decreto federal, tudo em face do disposto nos artigos 6º, parágrafo único, 13, I, III e V, e 98, parágrafo único, 57, I e II, 65 e 108 da Constituição Federal. Indicação de precedentes do S.T.F.

Plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e risco de grave prejuízo para o erário público, ante a possibilidade de demora no julgamento (*periculum in mora*).

Medida cautelar de suspensão da eficácia da lei, até o julgamento final da representação.

Precedentes também quanto à cautelar".

Nas informações, o Chefe do Poder Executivo reitera as razões expostas no expediente inicial.

A egrégia Presidência da Assembléia Legislativa do Estado, por seu turno, após enfatizar que a Lei nº 8.026, de 1985, resultou de acordo entre os Poderes Executivo e Legislativo e o Magistério Público do Estado, defende a legitimidade da norma impugnada, alegando, em síntese, que:

a) não ocorre delegação proibida, porque, ao adotar o salário-mínimo como ponto de referência para a fixação e o reajustamento dos professores, o Poder Executivo não abriu mão de sua competência constitucional, tanto que o diploma parcialmente impugnado resultou de projeto de sua iniciativa;

b) não incide o preceito impugnado em ofensa ao art. 98, § único, da Constituição Federal, visto que o salário-mínimo serve de simples parâmetro para a fixação e o reajustamento dessa remuneração, em virtude do aviltamento sofrido pela moeda por fatores inflacionários.

Assim delimitado o âmbito da controvérsia constitucional, passamos ao exame do mérito das arguições.

Segundo a fórmula adotada no art. 4º da Lei nº 8.026, de 1985, os vencimentos do Quadro de Carreira do Magistério são permanen-

tes e automaticamente reajustados cada vez que a legislação federal altera o salário-mínimo, independentemente de novo ato legislativo do Estado.

Tal critério de reajustamento automático, a nosso ver, é incompatível com as regras constitucionais de processo legislativo concernentes à fixação e ao aumento de vencimentos dos servidores públicos, que exigem a iniciativa do Poder Executivo e a aprovação do Poder Legislativo (Constituição Federal, arts. 57, II, 65 e 43, V), de obrigatoria observância pelos Estados-membros, por força do disposto nos arts. 13, III e V, e 200 da mesma Lei Maior.

É certo que a Lei nº 8.026, de 1985, resultou de projeto de iniciativa do Governador do Estado, aprovado pela Assembleia Legislativa. A questão que se põe, todavia, não diz respeito a vício de feitura, ou seja, a aspecto de inconstitucionalidade formal desse diploma, mas sim a incompatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais mencionadas.

O critério de reajustamento permanente e automático da remuneração dos servidores públicos, com efeito, interfere na própria competência constitucional dos Poderes do Estado de fixar tais vencimentos em lei especial. Trata-se de prerrogativa constitucional irrenunciável dos órgãos políticos do Estado, que dela, portanto, não podem abdicar.

Por isso mesmo, no julgamento da Rp nº 745-DF (RTJ 45/1) e da Rp nº 754-GB (RTJ 50/218), ambas relatadas pelo eminente Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o salário-móvel não se concilia com as normas da Constituição da República, impositivas para o Estado-membro, referentes à competência para legislar sobre fixação e aumento de vencimentos dos servidores públicos. Este trecho da ementa do acórdão proferido no primeiro precedente indicado bem esclarece a orientação então adotada pela Corte Suprema na matéria:

"A lei que fixa vencimentos a servidores públicos depende de iniciativa do Poder Executivo. Salário móvel não se concilia com essa exigência constitucional, porque está sujeito a modificação automática, em função do salário-mínimo, à revelia da iniciativa do Executivo..."

Dir-se-ia que o legislador estadual, a qualquer tempo, poderia revogar a lei anterior e retomar o pleno exercício de sua competência legislativa. Note-se porém, que a inconstitucionalidade da lei não pode ser sanada, ou excluída pela possibilidade de sua revogação. As normas impugnadas, que definem critério permanente de reajustamento da remuneração dos servidores públicos estaduais, têm, enquanto em vigor, caráter vinculativo para os Poderes do Estado, inclusive o Executivo, ao qual a Constituição atribui a iniciativa de lei sobre a matéria.

O legislador estadual, a pretexto do exercício de competência emergente da Constituição Federal, não pode despojar-se dos poderes inerentes a essa própria competência, subtraindo ao Estado, mediante regras que o vinculam para o futuro à legislação federal, exata-

mente o poder que a Lei Fundamental lhe outorgou, vale dizer, o controle quanto à oportunidade e ao valor dos reajustamentos dos servidores públicos estaduais.

Em voto proferido na mesma Rp. 745-DF, observou, a propósito, o eminente Ministro ELOY DA ROCHA:

"Além da regra sobre a iniciativa do Presidente da República, outro preceito constitucional se impõe: não se fixa, nem se aumenta vencimento, a não ser por lei. Por lei especial, prescrevia Constituição Federal de 1946. O impugnado artigo (...) vulnera princípio constitucional, porque, ao dispor que as remunerações iniciais dos aludidos profissionais não poderão ser inferiores a seis vezes o salário-mínimo da região, estabelece, no serviço público regra móvel de fixação de vencimentos, em função do salário-mínimo. Cada vez que se altera o salário-mínimo, são alterados os vencimentos daqueles servidores públicos. O salário-mínimo é fixado por ato executivo, após o processo de estimativa desse salário. Pode o Poder Público, mesmo o federal, sujeitar-se a uma norma desse caráter? Ainda que a norma tenha sido editada por lei federal, ela não pode substituir, sequer, a lei federal especial e muito menos a estadual, ou a municipal".

Destaque-se, por igual, este trecho do voto do eminente Ministro RODRIGUES ALCKMIN, proferido na Rp nº 898-RS:

"Vinculou ela, para o futuro, o Estado, à legislação ordinária federal, em assunto que ao Estado cabe dispor: os vencimentos de seus magistrados.

Nem se diga que, acordos Executivo e Legislativo, com o impugnado preceito, aí se manifestou a autonomia que se diz ofendida. Não é possível confundir o acordo de critérios de exercentes de Poderes do Estado, em determinado momento, quanto à fixação de vencimentos, e a exclusão de prerrogativas inerentes às funções de futuros ocupantes desses postos, submetidos à obediência a leis ordinárias federais, no que toca à remuneração de juizes. Estas prerrogativas não são elimináveis. Seria a invocação da autonomia do Estado, a fim de excluir, para o futuro, essa mesma autonomia".

Seja como for, o critério fixado no art. 4º da Lei estadual nº 8.026, de 1985, é claramente ofensivo ao art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual é vedada vinculação de qualquer natureza para o efeito da remuneração do pessoal do serviço público.

A expressão "de qualquer natureza", contida no citado preceito constitucional, inclui a vedação tanto as majorações automáticas decorrentes de alteração da remuneração do cargo para dignidade, quanto às provenientes de variações do salário-mínimo.

Referida expressão, como salientou o eminente Ministro MOREIRA ALVES, então Procurador-Geral da República, em parecer na Rp nº 915-GB, tem precisamente o sentido de impedir vinculações indiretas ou dissimuladas, que importem em aumen-

tos automáticos da remuneração dos servidores públicos (RTJ 72/329). Na mesma linha, acentua H. L. MEIRELLES (Dir. Administrativo Brasileiro, 6ª ed., 1978, p. 404):

"Ressalvada a hipótese do *caput* do artigo 98, autorizando a equiparação dos cargos dos Poderes Legislativo e Judiciário que possuam atribuições iguais ou assemelhadas aos correspondentes cargos do Poder Executivo (paridade), a Constituição proíbe o tratamento jurídico paralelo de cargos com funções desiguais (equiparação) e a subordinação de um cargo a outro, dentro ou fora do mesmo Poder, ou a qualquer fator que funcione como índice de reajustamento automático, como o salário-mínimo, ou a arrecadação orçamentária (vinculação), para fins de remuneração do pessoal administrativo".

No julgamento da R.p. nº 825-MT, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado de Mato Grosso que estabelecia vinculação idêntica. Assinalou, a propósito, o eminente Relator, Ministro BARROS MONTEIRO (RTJ 57/366): "A vinculação dos vencimentos dos serviços públicos às alterações do salário-mínimo regional choca-se com o que dispõe o art. 98, parágrafo único, da Constituição. Nesse sentido, são reiterados os pronunciamentos desse Excelso Tribunal, como a lembrada declaração de inconstitucionalidade de idêntico preceito da Constituição da Guanabara — R.p. 754, *in* RTJ 50/218".

Na R.p. nº 759-MT, essa Colenda Corte declarou inconstitucionais preceitos da Constituição do mesmo Estado de Mato Grosso, acentuando, então, o eminente Relator, Ministro DJACI FALCÃO: "Consoante observa a Procuradoria-Geral da República, as disposições sob exame afrontam não só a regra proibitiva de vinculação (art. 96 da Lei Magna), mas também o princípio da iniciativa governamental para as leis de aumento de vencimentos (art. 60, inciso II, c/c o art. 13, inciso III da Constituição de 1967)".

Cite-se, por último, a decisão proferida na R.p. nº 1.027-SP, relatada pelo eminente Ministro DJACI FALCÃO, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de emenda à Constituição do Estado de São Paulo, que estabelecia reajuste automático e permanente de vencimentos, salários e proventos, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação Federal, além de correção monetária (RTJ 99/555).

Em face do exposto, o parecer é no sentido da procedência da representação, declarada a inconstitucionalidade do art. 4º e seu parágrafo único da Lei nº 8.026, de 14 de agosto de 1985, do Estado do Rio Grande do Sul" (fls. 84/92).

2. O eminente Procurador-Geral da República Dr. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, aprovou o parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, mas aduziu a fl. 92:

"Reservo-me, entretanto, *"data venia*, para maior reflexão sobre a afirmada ofensa do parágrafo único do art. 98 C.F., aliás, desnecessária à conclusão, que subscrevo". (fl. 92).

É o RELATÓRIO.

VOTO

1. O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES (Relator):

Acolho a manifestação do Ministério Público Federal. Adoto, ainda, os fundamentos do parecer da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, com que instruído o ofício do Exmo. Sr. Governador ao Procurador Geral da República (fls. 13/27) e os das informações de fls. 53/58.

2. Com efeito: firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a lei estadual, mesmo com iniciativa do Poder Executivo, não pode autorizar reajustes automáticos de vencimentos dos funcionários públicos do Estado, menos ainda os vinculando às variações de salário-mínimo, ditas pelo Poder Executivo Federal.

Entendeu-se, nas várias ocasiões sem que o tema foi enfrentado, que tal critério viola, sobretudo, o princípio irremovível da autonomia do Estado, pois os vencimentos do funcionalismo estadual acabam automaticamente reajustados por efeito de ato do Governo Federal.

Consideram-se violados, em tal situação, senão todos, ao menos alguns dos seguintes dispositivos da Constituição Federal: artigos 6º, parágrafo único, 13, incisos I, III e V, 98, parágrafo único, 57, I e II, 65, 108 e 200.

3. "Mutatis mutandis", com invocação de tais dispositivos, no todo ou em parte, comportam referência os seguintes julgados: R.p. 745-DF (RTJ-45/1), R.p. 754-GB (RTJ-50/218), R.p. 898-RS, R.p. 1.087-RS (DJU 2.4.82, Emendário 1248/1), R.p. 1.027-SP (RTJ-99/555), R.p. 716 (RTJ-52/293), R.p. 915 (RTJ-72/329), R.p. 826-MT (RTJ-57/358), R.p. 759-MT (RTJ-63/583), R.p. 1.030-GO (RTJ-96/972), RR.EE. 65.197 (RTJ-50/132), 95.751-1-MG (JSTF-Lex-66/120).

4. De todos esses precedentes, destaque especial merecem os seguintes, pela semelhança maior de situações jurídicas:

a) — R.p. nº 745-DF, relator o saudoso Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, T.P., j. a 13/3/1968, publicado em 22/5/1968:

"Representação. Salário dos engenheiros, arquitetos e agrônomos, na base do *salário-mínimo*, sua fixação em lei. Sua constitucionalidade parcial. A lei que fixa vencimentos a servidores públicos *depende de iniciativa do Poder Executivo*. *Salário móvel* não se concilia com essa exigência constitucional, porque está sujeito a modificação automática, em função do *salário-mínimo*, à revelia da iniciativa do Poder Executivo. Aplicação da lei a quantos se acham subordinados ao seu regime, servidores públicos, ou autárquicos ou empregados, de empresas privadas. Recebida em parte a representação para julgar inconstitucional a lei, somente em relação aos servidores públicos e autárquicos não sujeitos à Consolidação das Leis do Trabalho e constitucional àqueles a ela subordinados".

b) — R.p. nº 754-GB, relator também o saudoso Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, T.P., j. a 19/3/1969, publicado em 13/8/1969:

"1. A lei não pode fixar vencimentos de servidor público, na base de *salário móvel* profissional. Inconstitucionalidade dessa prática porque suprime a iniciativa do Poder Executivo na fixação dos vencimentos dos funcionários públicos estaduais sujeitando-os a *salário-móvel*. Inconstitucionalidade do art. 73, letra "I", da Constituição do Estado da Guanabara ...".

c) — Rp nº 1.027-9-SP, relator o eminente Ministro DJACI FALCÃO, T.P., j. a 4/9/1980, D.J.U. 14/11/1980, Ementário nº 1.192-1, "RTJ" 99/555;

"Emenda à Constituição Estadual, estabelecendo reajuste automático e permanente de vencimentos, salários e proventos de servidores dos Três Poderes do Estado, além da correção monetária, contraria o princípio da independência e harmonia dos Poderes (art. 6º, c/c o art. 13, inciso I, da Constituição Federal). Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10, de 30 de agosto de 1979, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Representação julgada procedente".

(Anoto que, nesse caso, o reajustamento dos vencimentos dos servidores do Estado havia sido vinculado ao reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anual anterior).

d) — Rp nº 1.087-RS, relator o eminente Ministro CUNHA PEIXOTO, DJU-2/4/1982, Ementário nº 1.248-1:

"Representação — Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, de 06.11.80, do Estado do Rio Grande do Sul, que estabelece *majoração periódica* nos vencimentos do funcionalismo do Estado, vez que fere os princípios firmados nos arts. 65, *caput*, c/c o art. 13, III, e 57, II, todos da Constituição Federal. Representação julgada procedente".

5. Aliás, na sessão plenária da semana passada, a 10/12/1987, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, relator o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, pelas mesmas razões (senão todas, ao menos algumas), invocadas nos precedentes já referidos, ao julgar a Representação nº 1.426-6, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 8.020, de 1º/7/85, e do art. 4º da Lei 8.032, de 4/9/1985, ambas do Estado do Rio Grande do Sul, a primeira referente aos quadros de pessoal do Estado e a segunda ao pessoal da Assembléia Legislativa.

Um e outro assim redigidos:

"Art. 4º — A contar do exercício financeiro de 1986, nos meses de maio e novembro, serão concedidos reajustes semestrais, cujos percentuais não serão inferiores à variação semestral do INPC integral do período, aplicável aos reajustes salariais dos referidos meses, ficando instituída a semestralidade aos servidores que trata esta lei".

No julgamento dessa Representação nº 1.426-6-RS, só foi declarada a constitucionalidade do art. 5º das mesmas leis gaúchas, porque a maioria do Plenário entendeu que se aplica apenas aos servidores celetistas a norma vinculativa de vencimento básico a um *único* salário-mínimo, invocando o princípio do inciso I do art. 165 da C.F.

6. No caso, o art. 4º e suas alíneas "a" a "e" da Lei nº 8.026 de 14/8/1985, ora impugnada (fl. 81), trata de servidores estatutários, pertencentes ao Quadro de Carreira do Magistério do Rio Grande do Sul. E vincula reajuste automático de seus vencimentos a *mais de um salário-mínimo* (1,5 a 2,5). Não é de se observar, portanto, o precedente, que se apoiou em outro princípio, qual seja, o do mínimo salarial (único).

E, quanto ao § único do mesmo artigo, que aqui também é acoimado de inconstitucional (fl. 2, *in fine*), seu teor, permitindo reajuste automático, nas

mesmas proporções previstas nas referidas alíneas do mesmo artigo, ou seja, de 1,5 a 2,5 salários-mínimos, aplicável ao Quadro Único do Magistério Público Estadual criado pela Lei nº 6.181/71, e aos salários dos membros do Magistério extra-numerários e contratados, pelas mesmas razões aqui expostas, é igualmente inconstitucional, pois se não viola o princípio da autonomia estadual e da iniciativa do Governador, afronta proibição de vinculação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público (art. 98, parágrafo único, da C.F.).

7. Por todas essas razões e pelo mais que ficou dito no parecer do Ministério Público Federal e nos precedentes referidos, julgo procedente, *in totum*, a representação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º, suas alíneas e parágrafo único da Lei nº 8.026, de 14/8/1985, do Estado do Rio Grande do Sul.

SECRETARIA DO PLENÁRIO

EXTRATO DA ATA

Rp 1.425-8 — RS

Rel.: Min. Sydney Sanches. Rpte.: Procurador-Geral da República. Rpdos.: Governador e Assembléia do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Julgou-se procedente a Representação e declarou-se a inconstitucionalidade do art. 4º, suas alíneas e parágrafo único da Lei nº 8.026, de 14.08.85, do Estado do Rio Grande do Sul. Decisão unânime. Votou o Presidente. Plenário, 18.12.87.

Presidência do Senhor Ministro Rafael Mayer. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Djaci Falcão e Oscar Corrêa.

Procurador-Geral da República, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.

13.º VENCIMENTO

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 7.120

Leis n.ºs 8.020/85 e 8.026/85.
Impossibilidade legal de ser efetuado o pagamento do 13.º vencimento proporcional aos funcionários que não foram efetivos no mês de dezembro.

Consulta esta Procuradoria-Geral do Estado, o SENHOR SECRETÁRIO DA FAZENDA, a respeito do pedido do ex-funcionário detentor de cargo em comissão na Assembleia Legislativa do Estado, L. V. R., que, exonerado a pedido em 6 de novembro de 1986, pretende o recebimento do 13.º vencimento correspondente aos dez meses e seis dias do ano em que foi efetivo na função pública.

É o relatório.

As Leis n.ºs 8.020 e 8.026, ambas de 14 de agosto de 1985, vieram estabelecer para o funcionalismo público em geral e magistério, respectivamente, o 13.º vencimento, em substituição ao abono de Natal instituído pelas Leis n.ºs 7.826, de 28 de novembro de 1983 (Magistério) e 7.922, de 26 de junho de 1984 (para as demais categorias funcionais).

A pretensão do requerente teria apoio no artigo 6.º da Lei n.º 8.020/85 que, em redação semelhante ao artigo 5.º da Lei n.º 8.026/85, assim dispôs:

"Artigo 6.º — Em dezembro de cada ano, a partir do exercício de 1986, será pago o 13.º (décimo terceiro) vencimento, em valor correspondente à remuneração vigente naquele mês.

§ 1.º — O 13.º (décimo terceiro) vencimento será calculado na razão de 1/12 (um doze avos) por mês de efetivo exercício, incluindo-se no seu valor as gratificações por regimes especiais de trabalho.

§ 2.º — Quando se tratar de pagamento parcial de 13.º (décimo terceiro) vencimento, serão levados em conta os meses do ano em que o servidor houver percebido remuneração, considerando-se mês completo a parcela de mês superior a 15 (quinze) dias."

Instituiu, deste modo, a disposição em apreço, a partir do exercício de 1986, o 13.º *vencimento* cujo valor corresponde à remuneração do mês de dezembro, nele incluído não só o vencimento básico como também as gratificações naquele momento auferidas. Em outras palavras, é um vencimento a mais a ser percebido em dezembro e com valor igual a este, como se o ano possuísse, por ficção, mais um mês — o décimo terceiro.

A cabeça do artigo estabeleceu tanto a época da satisfação da vantagem — dezembro — como o valor a ser pago — a remuneração de dezembro. Mas este valor expressa, também a base de cálculo do benefício para as hipóteses em que o funcionário não teve efetividade "cheia" durante todo o ano civil.

Com efeito, conjugando a regra geral com as regras acessórias estabelecidas nos parágrafos do artigo, temos que o funcionário que esteve em efetivo exercício, quer real, quer ficto, durante *tudo* o ano civil, terá direito ao 13.º vencimento em "*quantum*" idêntico à remuneração a que fez jus no mês de dezembro. Em contrapartida, o funcionário que teve lacunas em sua efetividade, o cálculo da vantagem deverá levar em conta os parágrafos que fixam a fração a ser procedida sobre a remuneração de dezembro, sendo esta última, por isso, a base de cálculo do benefício.

De um lado, o parágrafo primeiro do artigo nos fornece o *modo* de calcular a vantagem, estabelecendo a fração de 1/12 (um doze avos) por mês de efetivo exercício. Composta a fração (12/12, 11/12, 10/12, etc.) ela incidirá sobre a base de cálculo enunciada no "*caput*".

Já o parágrafo segundo nos dá tanto a diretriz sobre como computar o tempo trabalhado, ao autorizar a contagem como, mês completo, a parcela de, no mínimo, 16 dias de efetividade, como também nos permite pagar o 13.º vencimento proporcional ou parcial. Nesta hipótese, a fração já não será de 1/12 por mês trabalhado, mas de 1/11, 1/10, 1/9 e assim por diante, conforme forem os meses em que o funcionário manteve vínculo com o Estado. Não houvesse tal regra, não existiria permissão para pagar o 13.º proporcional porque não seria possível compor a fração de 1/12.

A dúvida da consulta reside exatamente aqui: permite a lei o pagamento do 13.º vencimento proporcional apenas aos que ingressarem no curso do ano e que eram efetivos no mês de dezembro ou alcança os que se desligaram da função pública antes daquele último mês?

Penso que esta última hipótese é inviável juridicamente, já que só é possível interpretar as regras acessórias em consonância com o enunciado da regra geral, que estabelece a época e a base de cálculo do 13.º.

Não há previsão legal nem para antecipar o pagamento da vantagem para a época em que o funcionário se desligou da função pública, nem para considerar para efeito de base de cálculo o valor da última remuneração percebida.

A solução afirmativa à pretensão não se afigura viável, por ora, senão normatizando-a via interpretativa, o que, como se sabe, não se admite em se tratando da concessão de vantagem pecuniária ao funcionalismo.

A vantagem tipicamente trabalhista denominada de 13.º salário (que a rigor é gratificação) não pode ser trazida como paralelo à solução da questão porquanto, além de possuir natureza jurídica diversa, tem enunciado legal expresso (Lei federal n.º 4.090/62, artigo 3.º) autorizando o pagamento proporcional antecipado nas situações também configuradas nas Súmulas n.ºs 2 e 3 e o Prejulgado n.º 32 do Tribunal Superior do Trabalho.

Respondendo, em CONCLUSÃO a consulta, entendo que os funcionários que não estiverem em exercício, quer real quer ficticiamente, no mês de dezembro de cada ano, a contar de 1986, não fazem jus ao 13.º vencimento de que tratam as Leis n.º 8.020 e n.º 8.026.

Em consequência, opino pelo indeferimento da pretensão de L. V. R. ventilada neste expediente.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 28 de maio de 1987.

COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 7.139

COMPENSAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS ALÉM DO HORÁRIO DO EXPEDIENTE COM ABONO DE FALTAS.

Inadmissibilidade. Desconto em folha dos dias não trabalhados.

FÉRIAS.

As férias constituem um direito a ser obrigatória e anualmente exercido, dele decaindo o servidor que não o frui no período anual seguinte ao de sua aquisição, sendo, pois, inacumuláveis com as de outros períodos aquisitivos, a teor do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Vem, a esta Procuradoria-Geral expediente em que E.W.S.M., Jornalista, Classe R, da Assembléia Legislativa, cedido ao Poder Executivo, sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens, e em exercício no Escritório de Representação deste Estado no Rio de Janeiro, recorre da decisão do Departamento de Pagamento de Pessoal da Secretaria da Fazenda que lhe determinou o desconto dos vencimentos correspondentes a oitenta e três dias em que teria faltado ao serviço imotivadamente.

Em que pese ter sido comunicada por aquela Representação plena efetividade daqueles dias, em face dos noticiários locais terem divulgado que o jornalista integrava equipe de rede privada de comunicações que fazia a cobertura jornalística da Copa do Mundo por último acontecida no México, requereu e obteve a Secretaria da Fazenda junto à Polícia Federal todos os registros de saída e retorno ao país do nominado, em cotejo com os quais concluiu pela irregularidade da comunicação de sua frequência ao serviço e, conseqüentemente, lhe impôs o desconto, com notificação do servidor e de seu chefe imediato.

Pela Subchefia da Casa Civil do Gabinete do Governador foi o processo encaminhado ao conhecimento do chefe da representação do Estado, para a adoção das medidas que julgasse cabíveis.

Entretanto, em resposta, informou o Dirigente da Equipe daquele escritório que o jornalista foi autorizado a gozar dois períodos de férias a contar de 9 de novembro de 1981, e de 30 de janeiro de 1982, as quais, por necessidade de serviço, não foram gozadas naquelas datas e sim em 1982, com adição de dez dias de

compensação por serviços prestados em caráter extraordinário; de 9 a 18 de dezembro de 1981 gozará de 10 dias de compensação; de 4 a 13 de julho de 1983, mais dez dias, o mesmo ocorrendo de 17 a 26 de agosto de 1983. De 2 de junho a 1º de julho de 1986 gozará férias e mais 16 dias de compensação; observando a informação, ao final, que no período de 27 de maio a 17 de julho de 1986, além das férias, o funcionário teria tido vinte e dois dias de compensação por serviços prestados extraordinariamente, donde se conclui que cinco dias de dita compensação foram gozados no período imediatamente anterior ao das férias e dezesseis no posterior.

2. Segundo o define o Estatuto do Funcionário Público Civil, artigo 70, "*vencimento é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo correspondente ao padrão fixado em lei*".

A teor do artigo 72, determina a lei que o funcionário que não esteja no exercício do cargo, somente poderá percebê-lo nos casos legalmente previstos.

E tais hipóteses vêm connumeradas no dispositivo seguinte, *in verbis*:

"I — durante o período de férias e licença-prêmio;

II — na realização de provas parciais e finais, bem como nos de exames vestibulares, de licença ginásial ou de admissão a que estiver sujeito o funcionário inscrito ou matriculado em estabelecimento oficial de ensino superior, secundário ou técnico profissional, mas somente durante os dias em que os mesmos se realizarem;

III — quando faltar até 8 (oito) dias consecutivos por motivo de casamento ou de luto por falecimento de cônjuge, ascendentes, descendentes, sogros e irmãos;

IV — quando licenciado para tratamento da própria saúde ou de pessoa da família pelos prazos previstos no presente Estatuto, salvo se for segurado na Caixa ou Instituto de Aposentadoria e Pensões, e tiver direito a auxílio-doença, caso em que se fará a redução correspondente;

V — quando licenciado por motivo de acidente em serviço, doença profissional, ou em virtude de agressão não provocada, no exercício de suas atribuições, pelo prazo que durar a sua licença;

VI — quando faltar até três (3) dias por mês, por motivo de moléstia devidamente comprovada;

VII — quando convocado para o serviço militar e outros obrigatórios em lei. Se receber o convocado contraprestação pecuniária pelo desempenho do cargo imposto pela convocação, só se lhe pagará a diferença entre essa vantagem e o vencimento do cargo;

VIII — quando se tratar de gestante; e

IX — durante o exercício de mandato de vereador, se optar pelo vencimento do cargo."

Item este ao qual se acrescentam as hipóteses constantes do artigo 123, VIII, combinado com o artigo 136 de licença para concorrer a cargos públicos eletivos.

O artigo 74 estabelece, a seu turno e expressamente, que, ressalvados os casos previstos no Estatuto, o funcionário perderá o vencimento do dia quando não comparecer ao serviço, bem como:

"§ 1º — No caso de faltas sucessivas serão computados, para efeito de desconto, os domingos e feriados intercalados."

§ 2º — Quando comparecer ao serviço dentro da hora seguinte à marcada para o início do expediente ou quando se retirar até uma hora antes de findo o período de trabalho, o funcionário perderá um terço do vencimento diário."

Assim sendo, se em tempo oportuno são apuradas as faltas imotivadas devem ser as mesmas integralmente descontadas quando do pagamento da remuneração do mês em que as mesmas se verificaram, não importando o índice sobre a mesma que as faltas representem.

No entanto, quando houve pagamento indevido de vencimentos pelos dias de falta, seu desconto assume o caráter de reposição devida pelo funcionário pelo que se lhe aplica a regra disposta no artigo 76 de que "*as reposições devidas pelos funcionários e as indenizações que causarem à Fazenda Estadual, serão descontadas do vencimento, não podendo o desconto exceder a 5ª parte da importância líquida deste*".

No caso em tela, efetivamente, não se vislumbra hipótese em que a ausência ao serviço garante ao servidor a percepção de sua remuneração.

Na lei em exame não há qualquer previsão de compensação por trabalho extraordinário com dispensa do comparecimento, ou melhor dizendo, do exercício correspondente a um ou mais expedientes.

Ao contrário, dispõe o parágrafo 3º do artigo 78 que, sempre ressalvados os casos expressamente previstos, é vedado dispensar o funcionário do ponto e abonar faltas ao servidor.

Ademais, reserva o Estatuto, além daqueles afastamentos pelos quais o servidor não perde o vencimento, tão-somente a possibilidade de sua ausência com autorização ou designação expressa do Chefe do Poder competente, para realização de estudo ou missão de qualquer natureza, com ou sem ônus para o Estado (cf. artigo 39).

Tal norma foi regulamentada pelo Decreto nº 21.112, de 12 de maio de 1971, o qual prevê que o funcionário público estável pode ser designado para realizar estudos, pesquisas ou trabalhos contidos nas atribuições do cargo, mesmo fora do Estado, quando ocorrer relevante interesse da Administração (cf. artigo 1º). Entretanto, somente sem ônus para o Estado, pode ser autorizado a interromper o exercício de seu cargo para freqüência a curso oficial ou reconhecido, ou quando contemplado com bolsa, para estudos que não correspondam às atribuições de seu cargo ou cargos de provimento efetivo de que seja titular o interessado (cf. artigo 3º). O mesmo critério para a manutenção ou interrupção do pagamento do vencimento é eleito pelo artigo 6º do Decreto sob exame, para a concessão de licença para participação em congressos ou seminários ou projetos ou programas para o desenvolvimento de regiões carentes, orientados por Universidade oficial ou reconhecida, ou por Órgão do Governo Federal ou Estadual, contanto que não excedam a trinta dias (cf. §§ 1º e 2º).

Entretanto, determina o artigo 8º que o servidor aguarde em exercício a publicação do ato permissivo do afastamento, sob pena de incorrer em abandono de cargo ou função.

Portanto, ainda que se considerasse, *ad argumentandum*, que o afastamento ou afastamentos do país se tivessem verificado para realização de missão contida nas atribuições de seu cargo e função, de relevante interesse para a Adminis-

tração, ter-lhe-ia faltado o fundamental requisito da expressa e prévia autorização do Chefe do Poder competente.

Demais disso, igualmente não poderia ter sido autorizado o afastamento, mesmo com prejuízo de seus vencimentos, para ser posto à disposição de pessoa de direito privado, como no caso teria sido à rede privada de comunicações, face à vedação contida no artigo 13 do Decreto nº 21.112.

3. Outra questão ainda exsurge do expediente, qual seja o de gozo de férias acumuladas em períodos anuais posteriores, a respeito da qual o Estatuto Funcional é taxativo:

"Artigo 100 — O funcionário gozará obrigatoriamente e anualmente 30 (trinta) dias consecutivos de férias, que não poderão ser interrompidas." (Grifamos)

Assim que nesta Casa se encontra enunciado tal princípio tal como se vê da ementa ao Parecer nº 6.615, da lavra do Procurador do Estado **JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO**: *"obrigatoriedade, anualidade e inacumulabilidade das férias (trinta dias) dos funcionários públicos em geral"*.

Como o direito a férias é adquirido após o primeiro ano de exercício, tem-se que terão de ser gozadas impreterivelmente dentro do próximo período anual.

E pela obrigatoriedade e anualidade de seu gozo depreende-se que se decai o direito às mesmas quando não fruídas no tempo oportuno.

Assim sendo, o servidor que a título de férias vencidas há mais de dois anos se afasta do exercício do cargo por trinta dias incorre, ou ao menos, em tese, pode incorrer em abandono de cargo, pelo que deveria ser processado administrativamente.

Entretanto, regulando-se a prescrição da falta que igualmente configura crime, pela lei penal, esgotou-se tal prazo a contar do retorno do servidor ao serviço, eis que tal fato ocorreu há mais de dois anos, pelo que não mais será punível quer na esfera administrativa quer na esfera criminal, consoante orientação já traçada pelo Conselho Superior deste Órgão Consultivo pelo Parecer nº 5.203, da lavra do Procurador do Estado Ney Sá.

Todavia, no caso em tela, sendo sido afastamentos irregulares os dos chamados dias de compensação, praticados com a manifesta anuência da Chefia imediata do servidor, tanto com relação àquele como com relação a esta devem ser instaurados os competentes procedimentos administrativos tendentes à aplicação das sanções cabíveis.

Finalmente, cumpre-nos salientar que os autos noticiam, ainda que não comprovadamente, a possibilidade de estar o mesmo servidor em acúmulo vedado de cargo e função, por ser talvez detentor de vínculo com a Radiobrás. E, também esta circunstância é de ser apurada em processo para que, uma vez confirmada, possa a irregularidade ser cessada.

4. São as razões pelas quais, **EM CONCLUSÃO**, opinamos pela admissibilidade dos descontos efetuados, ainda que, não tendo obedecido à proporção de 5ª parte dos vencimentos do servidor, já se tornou questão vencida, pelo implemento da totalidade dos mesmos, bem como pela imediata instalação do procedimento competente para apuração das faltas do servidor e do abono que às mesmas deu sua chefia imediata, sempre observados os prazos prescricionais atinentes.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 11 de junho de 1987.

CARGO PÚBLICO. REQUISITO PARA INVESTIDURA

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

PARECER Nº 7.169

CARGO PÚBLICO. REQUISITOS PARA INVESTIDURA.

A satisfação das obrigações eleitorais é obrigatória para os naturais de Portugal no acesso aos cargos públicos.

Artigo 17 da Lei nº 6.672/74.

E.E.B.M., candidata nomeada em caráter efetivo para o cargo de Professor, Classe A, Nível 1, regime de vinte horas semanais, por ato inserido no Boletim nº 05045/86, do Diário Oficial de 8 de agosto de 1986, não teve a posse autorizada na Secretaria de Recursos Humanos e Modernização Administrativa por haver deixado de apresentar comprovante da satisfação das obrigações eleitorais (título de eleitor).

A interessada justifica a omissão já que não vota no Brasil *"por não possuir cidadania brasileira"* e não vota em Portugal *"porque o voto é livre e não obrigatório, não tendo por isso título de eleitor"*.

Consta dos autos que a interessada exerce a função de professora junto à Prefeitura Municipal de Cruz Alta desde 9 de agosto de 1983.

Consta igualmente o preenchimento dos demais requisitos para a investidura no cargo pleiteado.

Havendo dúvidas quanto ao tratamento a ser dispensado à espécie, o processo é remetido a esta Procuradoria-Geral do Estado para opinamento.

É o relatório.

1. Prevê o artigo 17 da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, que são requisitos para a investidura em cargo de magistério, cumprindo à autoridade que der posse verificar se estão satisfeitos, entre outros, ser brasileiro (item I) e estar no gozo dos direitos políticos e em dia com as obrigações eleitorais (item V).

2. No que concerne ao primeiro requisito, qual seja, a nacionalidade brasileira, faz-se necessária a interpretação da norma à luz do princípio inscrito nos artigos 145, item II, n.3, e 199 da Constituição da República de 1967, na redação da Emenda nº 1, de outubro de 1969.

Por impulso de tais preceitos os portugueses se encontram parificados aos brasileiros, admitida a reciprocidade.

Diz, com efeito, o artigo 199 retroaludido que "respeitando o disposto no parágrafo único do artigo 145" (não respeitante à hipótese presente) "as pessoas naturais de nacionalidade portuguesa não sofrerão qualquer restrição em virtude da condição de nascimento, se admitida a reciprocidade em favor de brasileiros."

Em comentário à norma constitucional esclarece MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que "este dispositivo, inovação da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, equipara os direitos do português, aos direitos do brasileiro naturalizado, independentemente da naturalização para gozar dos direitos de brasileiro. Exclui, porém, os direitos de brasileiro nato, que são os estabelecidos no artigo 145, parágrafo único, da Constituição e noutros preceitos" (Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1986, p. 727).

3. No que tange à "reciprocidade" cumpre se tenha presente que foi ela consubstanciada na "Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses", aprovada pelo Decreto legislativo (federal) n.º 82, de 24 de novembro de 1971, e promulgada pelo Decreto (federal) n.º 70.391, de 12 de abril de 1972, havida como "lei substantiva" da reciprocidade.

Pelo artigo I da Convenção resta estabelecido que "os portugueses no Brasil e os brasileiros em Portugal gozarão de igualdade de direitos e deveres com os respectivos nacionais".

4. De outra parte, a regulamentação da Convenção feita através do Decreto (federal) n.º 70.436, de 18 de abril de 1972, havida como "lei adjetiva" da matéria, assegura, no seu artigo 14:

"O português, no gozo dos direitos e obrigações civis, pode exercer o comércio, a indústria, a agricultura e o **magistério** em qualquer grau." (grifei)

5. Virtualmente, portanto, a interessada é beneficiária das normas supracitadas, restando, para que possa usufruir dos direitos dali advenientes, que adquira formalmente a igualdade de direitos e obrigações civis, cumprindo o procedimento aludido nos artigos 5.º e seguintes do Decreto (federal) n.º 70.436, de 18 de abril de 1972.

Isso quer significar que não basta ter cidadania portuguesa e residência no Brasil para que a requerente possa ser provida em cargo público equiparadamente ao brasileiro (item I do artigo 17 da Lei n.º 6.672); é indispensável, ainda, que manifeste formalmente a vontade de ter reconhecida a igualdade de direitos e obrigações civis, seguindo os lineamentos dos artigos 5.º e seguintes do Decreto (federal) acima apontado.

6. No caso presente é de se atentar, ainda, para a circunstância de que a Lei n.º 6.672, no seu artigo 18, determina que "a posse verifique-se até trinta dias após a publicação do ato de provimento no Diário Oficial", podendo o prazo ser prorrogado, por motivo justificado, até trinta dias, findo o qual o ato de provimento será tornado sem efeito.

7. Do exame dos elementos constantes dos autos, considerando que a interessada foi nomeada por ato publicado no Diário Oficial de 8 de agosto de 1986 parece-me já axaurido o prazo a que se refere o artigo 18 da Lei n.º 6.672, com as consequências legais daí defluentes.

8. Todavia, o processo encerra outro questionamento, este ligado ao fato de que a professora não comprovou estar no gozo dos direitos políticos e

em dia com as obrigações eleitorais, ambos requisitos para a investidura conforme artigo 17, item V, da Lei n.º 6.672 e artigo 7.º, item I, da Lei (federal) n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral).

9. Tratando do gozo dos direitos políticos como um dos efeitos da aquisição da igualdade, o artigo 13 do Decreto (federal) n.º 70.436, de 18 de abril de 1972, refere ser "lícito ao português, a quem foi reconhecido o gozo dos direitos políticos, ingressar no serviço público do mesmo modo que o brasileiro".

10. Assim como ocorre em relação aos direitos e obrigações civis, para a aquisição da igualdade dos direitos políticos, entre o nacional e originário de Portugal, faz-se necessário o cumprimento do procedimento narrado nos artigos 5.º e seguintes do Decreto (federal) n.º 70.436, de 18 de abril de 1972, desta vez necessitando o pedido de instrumentação mais completa, finda a qual, se deferida, será expedida portaria em favor do requerente.

11. Uma vez adquirido o direito político, o cidadão português requererá o seu alistamento, assegurado nos termos da Convenção sobre a Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, segundo as instruções que regulam a condição de eleitor, na forma baixada pelo órgão competente da Justiça Eleitoral, obtendo o respectivo título eleitoral.

Aliás, é precisamente este último documento que, para os efeitos do artigo 17, item V, da Lei n.º 6.672 — Estatuto do Magistério, solicita a Secretaria dos Recursos Humanos e Modernização Administrativa a respectiva apresentação, comprovando estar o nomeado para a função pública no gozo dos direitos políticos e em dia com as obrigações eleitorais.

12. Na hipótese específica, embora a interessada seja virtual destinatária do Estatuto da Igualdade, tudo leva a crer que não tenha se submetido ao procedimento do artigo 5.º e seguintes do Decreto (federal) n.º 70.436 (Regulamentação da Convenção), não estando no gozo dos direitos políticos no Brasil e, conseqüentemente, sem condições regulares e legais para obtenção do título eleitoral.

13. Destarte, à falta do cumprimento de requisito para a investidura, efetivamente não poderia ter sido empossada no cargo de professor estadual.

14. Em nada milita favoravelmente à interessada a alegação encontrável no expediente de que não vota no Brasil por não possuir cidadania brasileira, o que já se viu, nos termos do artigo 145, item II, n.º 3, combinado com o artigo 199 da Constituição da República de 1967, na redação vigente, não é circunstância impeditiva do gozo dos direitos políticos e especialmente do direito de voto, para o exercício do qual requer-se o título de eleitor.

15. Obviamente, não tendo a interessada apresentado junto à repartição competente o comprovante a que se refere o item V do artigo 17 do Estatuto do Magistério, dentro do prazo a que se refere o artigo 18 e seus parágrafos do mesmo Diploma Legal, deve o ato de nomeação inserido no Boletim n.º 05045/86, do Diário Oficial de 8 de agosto de 1986, ser tornado sem efeito.

16. POR TODO O EXPOSTO, concluo que não tendo a Professora E.E.B.M. requerido formalmente a igualdade dos direitos e obrigações civis, bem como a igualdade dos direitos políticos, segundo o procedimento descrito nos artigos 5.º e seguintes do Decreto (federal) n.º 70.436, de 18 de abril de 1972, deixa de satisfazer os requisitos para a investidura em cargo de magistério constantes do artigo 17, itens I e V da Lei n.º 6.672/74 e artigo 7.º item I, do Código

Eleitoral, razão pela qual deve o respectivo ato de provimento em cargo público ser tornado sem efeito, sendo nesse sentido o parecer.

PORTO ALEGRE, 1º de julho de 1987.

BEM PÚBLICO. CONCESSÃO DE USO

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Civil na Unisinos

PARECER Nº 7.236

CONCESSÃO ONEROSA DE BEM PÚBLICO A PARTICULAR.

Natureza jurídica do ajuste.

Desnecessidade de autorização legislativa para sua efetivação.

Salvaguarda dos princípios de isonomia e da moralidade administrativa, através da realização de certame licitatório.

Análise da matéria à luz da doutrina e legislação pertinente.

A SENHORA SECRETÁRIA DA JUSTIÇA dirige-se a esta Casa, expondo que aquela Pasta dispõe de uma gleba de terras agriculturável, sem qualquer aproveitamento, com a metragem aproximada de quatrocentos hectares e que, em razão de suas características de várzea, presta-se ao cultivo de arroz.

Em vista disso, resolveu aproveitar em torno de trezentos e vinte hectares da mencionada área, através da entrega da mesma a particulares, para que estes promovam sua exploração, mediante contraprestação.

No momento de eleger o instrumento jurídico mais adequado para a consecução do objetivo em causa e, tendo recaído inicialmente a escolha sobre o contrato de arrendamento, constatou a existência de óbice legal — o artigo 94 e parágrafo único da Lei federal nº 4.504 de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra) — à utilização do mesmo.

Refere, então, que esta Procuradoria-Geral, em diversos pronunciamentos, tem firmado orientação no sentido da utilização, pela Administração Pública Estadual, de cessão ou concessão de uso, nas hipóteses em que decide explorar próprios seus, por via da entrega do uso dos mesmos a particulares.

Visando a obter pronunciamento desta Casa, consulta aquela autoridade sobre qual o instrumento que melhor atende os objetivos pretendidos.

Solicita, por último, seja procedido o exame da minuta do edital de licitação de chamamento aos interessados, o qual já foi efetuado e entregue àquela autoridade, com as alterações que entendemos convenientes.

É o relatório.

Como colocação inicial, somos pela não-utilização de instrumento jurídico-administrativo que se caracterize pela unilateralidade, quer seja, a permissão e autorização de uso. E isto porque, dada a precariedade do vínculo a ser estabelecido, tal poderia determinar o desinteresse, por parte dos administrados, em participar da licitação.

Nossa opinião se reforça, na medida em que, passando-se os olhos pela minuta do edital de chamamento aos interessados, constata-se a existência de razoável carga de exigências a eles impostas.

Ora, se se juntar a isso a escolha de instrumentos da natureza dos anteriormente citados, corre-se o risco de ver afastados os eventuais licitantes, ao ensejo do chamamento ao certame licitatório.

Por tais motivos, fica a sugestão de que se adote, para consignar a avença concertada entre a Administração Pública e o futuro vencedor da concorrência, a concessão de uso, a qual, em consonância com a melhor doutrina, caracteriza-se como contrato administrativo.

A propósito, não é demais auscultar-se os administrativistas, em ordem a verificar-se como se desenha esse instituto.

Dessa sorte, assevera EDMIR NETTO DE ARAÚJO ("Contrato Administrativo", Revista dos Tribunais S. Paulo, 1987, p. 101/102):

"Tendo a natureza de contrato de direito administrativo, a concessão de uso é portanto, consensual, comutativa e sinalagmática, realizada *intuitu personae* e formal. Entretanto, nesse caso específico, pode ser onerosa (pagamento ao concedente de uma remuneração pela concessão, ou realização de investimento no bem público) ou gratuita, podendo-se essa gratuidade fundamentar-se em razões de cunho social ou mesmo no interesse público na utilização específica no bem.

O conceito enunciado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na mesma linha dos administrativistas modernos, adeptos da tese contratualista para as concessões em geral, é bastante singelo e claro: "*Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização de um bem público, para que a exerça conforme sua destinação*".

Possui as características comuns aos contratos administrativos em geral, ou seja, o consenso, os interesses e finalidades das partes são opostos, produz efeitos jurídicos para ambas as partes, e está sujeito a regime jurídico de direito público, contendo explícita ou implicitamente cláusulas de privilégio pelas quais a Administração firma sua supremacia sobre o concessionário de uso do bem público."

Na mesma direção, HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*:

Concessão de uso — Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo a sua destinação específica. O que caracteriza a *concessão de uso*, e a distingue dos demais institutos assemelhados — *autorização e permissão de uso* — é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que utilize com exclusividade e nas condições convencionadas com a Administração (*in* "Direito Administrativo Brasileiro". Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição atualizada, S. Paulo, 1964, p.436).

Muito embora não conte expressamente da consulta, manifestou verbalmente a autoridade consultante sua preferência pela adoção de instrumento que não exija autorização legislativa, já que pretende desencadear o procedimento licitatório com a máxima brevidade, a fim de que o licitante vencedor possa iniciar o plantio já na safra que se avizinha.

Por força disso, cumpre averiguar se, para firmar o ajuste do que acima se cogitou, existe ou não a necessidade da busca daquela chancela.

A matéria é controvertida, existindo nesta Casa pronunciamentos em ambos os sentidos (pela dispensa, os pareceres n.ºs 2041 e 3944; pela necessidade de dita autorização, os de n.ºs 4199, 5032 e 5690).

Entre os doutrinadores, há os que simplesmente, passam ao largo do assunto, sem qualquer referência a respeito. Outros, como é o caso de HELY LOPES MEIRELLES (op.cit., p.436), apenas afirmam a necessidade de dita autorização, deixando de fundamentar a posição assumida.

O mesmo acontece com JOSÉ CRETELLA JR. "Teoria e Prática do Direito Administrativo", Forense, 1ª edição, 1979 p. 88/89), com a particularidade, ao mencionar que existem leis orgânicas municipais que determinam expressamente a necessidade daquela outorga, transcrever os dispositivos legais que a impõem, e aí se constata que tais preceitos normativos estão a disciplinar a concessão de direito real de uso. Ora, na hipótese presente, a concessão de que se trata é figura que se insere apenas na esfera obrigacional.

Diante dessa insegurança e da ausência de fundamentação nas posições assumidas pelos doutrinadores, tentaremos uma abordagem do assunto, tendente a encontrar resposta ao deslinde da questão.

Em nosso modo de sentir, a matéria é daquelas que estão compreendidas na esfera de competência do Chefe do Executivo, diretamente ou por intermédio de seus órgãos auxiliares, visto tratar-se do poder de auto-organização a ele conferido, por força dos artigos 4º e 66, II e VII, da Carta Estadual, sem que, para tanto, necessite de autorização do Poder Legislativo.

Assim concluímos, face à natureza do instituto da concessão de uso de bem público. Trata-se, consoante já se esclareceu anteriormente, de contrato administrativo; isto equivale dizer que a Administração Pública, ao firmá-lo, estará praticando ato de gestão ordinária, isto é, cessão temporária, e não, alienação de um bem integrante de sua dominialidade.

Caso se tratasse de ato da segunda espécie, já aquela autorização se faria necessária, por imposição expressa de lei, conforme adiante se verá.

Tal também ocorreria, se a hipótese fosse a da concessão de direito real de uso, porque sobre esse instituto inflete a maioria dos princípios dogmáticos que informam a prática dos atos de disposição.

Não bastasse isso, tenha-se presente que o ajuste pretendido pela autoridade que nos consulta, sê-lo-á a título oneroso, não acarretando, via de consequência, qualquer prejuízo ou desvantagem patrimonial à Administração e descaracterizando-se também como outorga de privilégio a um administrado, em detrimento dos demais.

Poder-se-ia objetar, doutro lado, que a autorização legislativa, *in casu*, torna-se imperiosa, em ordem a resguardar os princípios da isonomia e moralidade administrativa.

A tal argumento responde-se com o fato de que dita concessão será objeto de licitação, estando, por isso mesmo, resguardados os princípios em causa.

Diversa seria a situação se o ato a ser praticado o fosse a título gratuito e *intuitu personae*; aí sim, entenderíamos necessária sobre dita autorização.

Justificamos nossa assertiva com o argumento de que esta é uma das hipóteses de inexibibilidade de licitação (art. 23 do Decreto-lei n.º 2.300/86). Em razão

disso, haveria o risco de serem fraudados os princípios antes postos em realce, visto como o administrador público poderia, de forma arbitrária e por motivos pessoais, privilegiar um particular, em detrimento do interesse da coletividade.

Outra espécie de objeção que pode eventualmente ser levantada é a de que pode a Administração estar avaliando mal a realidade, ao entregar a particular um bem seu, quando o mais conveniente seria ela mesma explorá-lo de forma direta, ou, ainda, com a prática de tal ato, causar lesão ao patrimônio público.

A isso se responderia que, caso assim proceda, os administrados terão a seu dispor instrumentos jurídico-processuais para que a mesma desfça o ato causador do prejuízo, e.g., através de ação popular, com a conseqüente responsabilização da mesma.

Ademais, a se admitir a necessidade de autorização legislativa para a prática, pelo Poder Executivo, de atos da natureza daquele objeto desta consulta, sobre configurar invasão indevida de um poder na esfera de competência de outro, poderia tolher demasiadamente a ação de dito poder, havendo o risco de conduzi-lo ao imobilismo, ou, quanto mais não seja, obrigá-lo a atuar mais vagarosamente do que já o faz.

Aliás, não se pode perder de vista que o Legislativo, como poder fiscalizador dos atos do Executivo, dispõe de mecanismos constitucionais para exercer adequadamente dita fiscalização.

Exemplos disso, tem-se dentre outros, no que se encontra estabelecido pelos artigos 25 e 27, X, XIV, XX e XXI, todos da Constituição do Estado.

Muito embora, na opinião de CAIO TÁCITO, tal controle seja caracterizada de efeito indireto, é inegável sua existência.

Após esclarecer que, em casos excepcionais, o Legislativo Brasileiro participa direta e materialmente da função administrativa, explica o eminente autor como se processa aquele controle:

"A ação principal do Poder Legislativo em matéria administrativa se verifica, porém, através do processo orçamentário. A aprovação da lei do orçamento e as autorizações de créditos adicionais facultam ao Congresso ou às Assembléias Legislativas Estaduais e Municipais um controle sobre os programas administrativos, podendo coibir, indiretamente, determinadas formas de abuso de poder pela recusa de recursos financeiros.

São também remédios indiretos contra os abusos de poder das autoridades os pedidos de informações dirigidos pelos parlamentares aos órgãos da Administração Pública, por intermédio das mesas das Casas Legislativas (Senado e Câmara dos Deputados, na esfera federal; Assembléias Legislativas, aos Estados; Câmaras de Vereadores, nos Municípios), nos termos de seus Regimentos Internos.

A convocação de Ministros ou Secretários para comparecer perante os órgãos legislativos, a fim de prestar informações acerca de assunto previamente determinado (Const. de 1946, art. 54) é outra forma potencial de exame de abusos administrativos.

Finalmente, podem as Casas do Congresso (e as Assembléias Legislativas, se o permitir a Constituição do Estado) constituir comissões parlamentares de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço de seus membros, conforme dispõe o art. 53 da Constituição Federal de 1946, ou mediante de liberação plenária.

É lícito, portanto, às câmaras promover investigações sobre abusos de poder da Administração Pública, praticando, em conseqüência, os atos legislativos ou outros de sua alçada. Devem, porém, encaminhar às autoridades competentes as conclusões pertinentes às atribuições dos demais poderes" (in "Direito Administrativo", Saraiva, S. Paulo, 1975, p.33/34).

São, ainda, do mesmo autor (op.cit., p.294), as seguintes colocações, a propósito dos contratos administrativos:

"Nas Constituições Federais de 1934, 1937 e 1946 os contratos administrativos somente se tornavam perfeitos com o Registro pelo Tribunal de Contas. A Constituição de 1967, mantida, no particular, pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 72 §§ 5º e 6º) substitui o controle *prévio* de legalidade pelo controle *a posteriori*: se verificar ilegalidade em contrato administrativo o Tribunal de Contas assinará prazo razoável à Administração para suprir o vício e, se desatendido, solicitará, mediante representação ao Congresso Nacional, a *sustação do contrato* ou outra medida acautelatória do cumprimento da lei."

Por derradeiro, é imperioso ressaltar que, na vigência do Decreto federal nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, que aprovou o Regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública, por disposição expressa de seus artigos 767, C e 775, C, todos os contratos de que resultassem receitas ou despesas para o Poder Público deveriam ser precedidos de autorização legislativa.

Ocorre que, a teor do artigo 90, do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1966, foram revogadas todas as disposições daquele texto normativo referente a licitações e contratos.

Doutra parte, esse novo diploma legislativo, ao dar nova disciplinação à matéria objeto de prefalada revogação, passou a impor dita autorização apenas às alienações de bens públicos (art. 15 combinado com o 85).

Do que foi visto, parece que não destoia da boa lógica a conclusão de que a avença de que se ocupa a presente manifestação é daqueles atos do Poder Executivo que, nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional submeteram à aprovação prévia do Legislativo, efetuando, apenas, seu controle posterior.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de agosto de 1987.

VIGÊNCIA DAS ORDENS DE SERVIÇO

SÍLVIA LA PORTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 7.306

ORDEM DE SERVIÇO

Natureza jurídica.

Revogação expressa.

1. A CONTABILIDADE E AUDITORIA-GERAL DO ESTADO indaga a respeito da vigência das Ordens de Serviço expedidas durante a Administração anterior ao atual governo.

Relata que a dúvida advém da circunstância de que as Ordens de Serviço eram encimadas pela referência ao período daquela gestão administrativa, ou seja, "83-87", o que levou ao entendimento de que as mesmas teriam um prazo de vigência pré-determinado.

Ponderando que a matéria é de teor jurídico, sugere seja consultada esta Procuradoria-Geral.

É o relatório.

2. São atos administrativos todos os atos jurídicos praticados consoante princípios e normas de Direito Administrativo, pelas pessoas administrativas, na definição concisa de RUY CIRNE LIMA, em Princípios de Direito Administrativo (Sulina, 1964, p. 86).

As Ordens de Serviço, atos referidos no expediente, são atos administrativos de caráter executivo, eis que regulam a atividade administrativa propriamente dita, no que é sua função típica ou precípua. O fundamento destes atos encontra-se na lei ou em decreto regulamentar, comandos normativos a que esta modalidade de ato administrativo busca conferir executoriedade ou operacionalidade.

3. A invalidação destes atos administrativos, por revogação, se dá por expresso desfazimento, quando os mesmos se revelarem inadequados aos fins perseguidos pelo Poder Público.

Assim, diferentemente da anulação que se opera por contrariedade às normas legais reguladoras do ato, a revogação se justifica porque o ato, inobstante seja legal e perfeito, não é mais conveniente ao interesse público, por ulterior repreciação.

A revogação, que é competência discricionária de administração no que concerne aos seus motivos determinantes, há de ser expresso, e seus efeitos operam-se *ex nunc*, a dizer, de data da revogação em diante, respeitados todos os efeitos que se operaram durante a sua vigência.

Assim, a supressão de um ato administrativo, por revogação, determinada por um juízo de mérito, há de ser expressa, ou seja, efetivada por outro ato administrativo em que mencionadamente se desfaza aquele ato jurídico anterior.

4. Esta faculdade que emerge do poder de autotutela conferido à autoridade administrativa, consiste no desfazimento de seus próprios atos, tendo em vista o princípio basilar ao direito administrativo, que é a persecução do interesse público.

Esta retirada do ato administrativo pelo Poder Público só se opera quando é emitido um ato concreto com efeito expressamente extintivo sobre o anterior. Isto pela simples razão de que, como ato jurídico que é, ele nasce para irradiar efeitos até que se dê sua desconstituição.

Daí dizer-se que a revogação é ato de administração *ativo e constitutivo*, pois que sua função é de instaurar uma situação nova, pois faz aparecer um novo provimento pelo qual se modifica o precedente. Resulta que "o ato revogador tem a mesma índole do ato revogado ou gerador da situação revogada" (cf. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em Elementos de Direito Administrativo, ed. Revista dos Tribunais, SP, 1980, p. 83).

5. Assim, a circunstância de que as Ordens de Serviço expedidas na administração anterior, eram encaminhadas pela referência ao período das pela referência ao período "83-87", nada mais significa do que uma menção ao período governamental então em curso. Estão elas em pleno vigor, até que novo ato administrativo as revogue, mencionando expressamente seu desfazimento ou regulando inteiramente a matéria tratada no ato precedente.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 03 de novembro de 1987.

JUSTIÇA ELEITORAL REQUISIÇÃO DE SERVIDORES

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

PARECER Nº 7.431

REQUISIÇÃO DE SERVIDORES PELA JUSTIÇA ELEITORAL.

A requisição de empregados de sociedades de economia mista, para prestar serviços à Justiça Eleitoral, não está autorizada nem pelo Código Eleitoral (Lei federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965) nem pela Lei federal nº 6.999, de 7 de junho de 1982.

1. Trata-se de examinar a viabilidade legal de, com fundamento na Lei federal nº 6.999, de 7 de junho de 1982, serem requisitados, pela Justiça Eleitoral, empregados de sociedades de economia mista do Estado.

Ocorre que, no processo ora em estudo, alegando acúmulo ocasional de serviço, o Presidente do Tribunal Regional Eleitoral requisita da Companhia Rio-grandense de Saneamento — **CORSAN** seis de seus empregados, sem prejuízo da remuneração que percebem na origem. Desses seis, cinco já estão afastados, trabalhando junto à Justiça Eleitoral: um deles, há 15 (quinze) anos (M. D. G. R.), o outro, há 9 (nove) anos (E. S. S.), e os demais, há 2 (dois) anos (D. P. L., H. B. L. e R. L. C.), tratando-se, portanto, quanto a esses, de prorrogação de suas requisições. Somente M. M., que já esteve requisitado, está trabalhando, atualmente, na **CORSAN**.

O Diretor-Presidente da Companhia, ao se pronunciar sobre o pedido (v. Fls. 3-6), pondera que os prazos de requisição dos servidores que no momento estão à disposição da Justiça Eleitoral já se encontram esgotados, também manifestando entendimento no sentido de que a Lei nº 6.999/82 não autoriza a requisição de servidores de sociedades de economia mista. Acrescenta, por fim, que o afastamento dos empregados da **CORSAN**, regidos que são pela CLT, acarreta uma série de problemas de ordem administrativa, legal e fiscal para a empresa, salientando que o órgão federal financiador dos programas de saneamento do país tem estabelecido, como condição para apreciação de cada pedido de financiamento, a comprovação de que não existam servidores postos à disposição de outros órgãos, com ônus para as companhias de saneamento.

2. Por força do disposto no artigo 30 do Código Eleitoral (Lei federal nº 4.737, de 15 de junho de 1965), compete aos tribunais Regionais Eleito-

rais "autorizar, no Distrito Federal e nas capitais dos Estados, ao seu presidente e, no interior, aos juizes eleitorais, a requisição de *funcionários* federais, estaduais ou municipais, para auxiliarem os escrivães eleitorais quando exigir o acúmulo *ocasional* de serviço" (inciso XIII), bem como "requisitar *funcionários* da União e, ainda, no Distrito Federal e em cada Estado ou Território, *funcionários* dos respectivos quadros administrativos, no caso de acúmulo *ocasional* de serviço de suas secretarias" (inciso XIV).

Não há dúvida, portanto, que a Justiça Eleitoral tem competência para realizar tais requisições ou para autorizá-las aos juizes eleitorais. Também é certo, por outro lado, que tais requisições, nos termos do Código Eleitoral, somente são permitidas quando recaiam sobre *funcionários* e desde que haja acúmulo *ocasional* de serviço.

Quanto à requisição apenas de funcionários, isto é, de detentores de cargo público, regidos pelo sistema estatutário, esta Procuradoria-Geral do Estado já se manifestou neste sentido no Parecer nº 3.693, de 24 de outubro de 1977, do Procurador do Estado Doutora **MARISA SOARES GRASSI**, demonstrando que a requisição de servidores celetistas pela Justiça Eleitoral não era permitida pelo Código Eleitoral, já que esse utiliza invariavelmente o termo "**funcionários**", palavra com significado técnico preciso, que não pode ser ampliado para justificar requisições não autorizadas por lei. Conseqüentemente, o parecer conclui pela impossibilidade de requisição de empregados de sociedades de economia mista, submetidos que são ao regime trabalhista. A propósito, cumpre lembrar que o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que a requisição, à luz do Código Eleitoral, não pode recair em servidor sob o regime trabalhista (Resolução nº 10.272, publicada no DJU de 14 de novembro de 1977) (*apud* Parecer nº 4.799, do Procurador do Estado Doutora **RENITA MARIA HÜLLEN**).

Com o advento da Lei federal nº 6.678, de 14 de agosto de 1979, posteriormente revogada pela Lei federal nº 6.999/82, atualmente em vigor, modificou-se a situação. Tanto uma quanto outra autorizaram a requisição de servidores celetistas (artigo 1º, parágrafo único, e artigo 8º, respectivamente) da Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal dos Territórios, dos Municípios e das *autarquias*, silenciado quanto aos empregados das empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações. Essa modificação, por certo, proveio da mudança de orientação que se operou na Administração Pública Direta e nas autarquias, nos últimos tempos, de aumentarem o número de seus servidores regidos pela CLT. A respeito da Lei nº 6.678/79, assim se manifestou o Procurador do Estado Doutora **RENITA MARIA HÜLLEN**, no Parecer nº 4.799, antes citado, em considerações plenamente aplicáveis à interpretação da Lei nº 6.999/82:

"Essa última (a Lei nº 6.678/79), complementando ou minudenciando normas do Código Eleitoral, veio delimitar o vago, o amplo, determinar o indeterminado e ainda estender algumas regras a destinatários não previstos. Trouxe, em certos aspectos, restrições e, em outros, ampliações, ao fixar prazo de duração e de prorrogação de requi-

sições e ao incluir entre os requisitados, servidores públicos *lato sensu* e servidores autárquicos, não mencionados no Código Eleitoral."

Quanto à condição de ocorrerem tais requisições somente em caso de acúmulo *ocasional* de serviço, nada mudou desde a edição do Código Eleitoral, estabelecendo a legislação citada, além disso, prazos exíguos para as requisições, compatíveis, portanto, com essa transitoriedade. Assim, por exemplo, para colaboração nas Secretarias dos Tribunais Eleitorais, no caso de acúmulo *ocasional* de serviço, a Lei nº 6.678/79 prescrevia o prazo máximo de 9 (nove) meses. Para prestar serviços nos Cartórios Eleitorais, pelo prazo de 1 (um) ano, prorrogável pelo período máximo de 6 (seis) meses. Em todos os casos, esgotados os prazos, operar-se-ia, automaticamente, o retorno do servidor à sua repartição de origem, no primeiro dia útil seguinte ao do término de seu período de afastamento, sob pena de, para os efeitos legais, serem considerados como de ausência os dias subseqüentes. A Lei nº 6.999/82, atualmente em vigor, também subordina as requisições ao acúmulo *ocasional* de serviço, prevendo prazos curtos para a duração do afastamento dos servidores (de 1 (um) ano a 6 (seis) meses, sendo esse improrrogável). Também estabelece essa Lei, como a anterior, que, esgotado o prazo de 6 (seis) meses de afastamento, o servidor será desligado automaticamente da Justiça Eleitoral, retornando à repartição de origem. Regra nova é a de que, neste caso, somente após decorrido 1 (um) ano, poderá haver nova requisição do mesmo servidor. Ainda quanto aos prazos de duração do afastamento, prescreve a mencionada Lei que poderão ter suas requisições renovadas anualmente só servidores que, à data da lei, estavam requisitados para as Secretarias dos Tribunais Eleitorais. Também prevê, igualmente quanto aos servidores que estavam requisitados para os Cartórios Eleitorais naquela época, que os mesmos deveriam ser desligados pelos respectivos Tribunais, no prazo de 39 (trinta) dias a contar da data da publicação da Lei, retornando às suas repartições de origem. Ressalvada essa última hipótese, os prazos de requisição em andamento à data da publicação da lei consideraram-se iniciados na data de sua entrada em vigor. Extrai-se, pois, de todo o exposto, que os prazos de duração dos afastamentos dizem bem a necessidade *transitória* de colaboração por parte dos servidores requisitados, unicamente devido ao acúmulo *ocasional* de serviço. Com afeto, como foi ponderado no Parecer nº 341-GAJ, desta Procuradoria-Geral, "**as requisições por longo tempo pressupõem acúmulo não-ocasional, decorrente de deficiência funcional ou estrutural do serviço, o que não mais justifica o ônus imposto à Administração Estadual pelo desfalque de seus quadros funcionais**" (Procurador do Estado Doutor **MÁRIO BERNARDO SESTA**). Além disso, sendo a requisição de servidores uma exceção, já que a regra é o exercício do cargo para o qual o funcionário foi nomeado ou desempenho das funções inerentes ao contrato de trabalho celebrado, deve a requisição ser utilizada somente em casos excepcionais, de acúmulo *ocasional* de serviço e apenas quanto aos servidores a que alude a legislação.

3. Transportadas todas essas considerações para o caso concreto, verifica-se não ser possível, como se pretende, nem a requisição nem a prorrogação de requisições de empregados de sociedades de economia mista, por falta de autorização legal. A requisição de servidores sob o regime trabalhista, como vis-

to, pode recair somente sobre aqueles empregados da Administração Pública Direta e das autarquias, tanto da União, como dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios. Além disso, mesmo que assim não fosse, isto é, ainda que a lei autorizasse a requisição de servidores de sociedades de economia mista (o que se admite apenas para argumentar), as prorrogações solicitadas não poderiam ser deferidas, por já estarem esgotados há muito tempo todos os prazos previstos na Lei nº 6.999/82. A única exceção poderia estar contida no seu artigo 5º, se aplicável, o que não é o caso. Além disso, a renovação de requisição de servidores que, segundo consta do processo, encontram-se há vinte, nove e até mesmo há dois anos trabalhando junto à Justiça Eleitoral demonstra claramente a inexistência de acúmulo *ocasional* de serviço, condição inarredável, estabelecida em lei, para esse tipo de afastamento.

4. Em suma, pois, a conclusão é pela inviabilidade de, com fundamento na Lei federal nº 6.999, de 7 de junho de 1982, serem requisitados, pela Justiça Eleitoral, empregados de sociedade de economia mista, tais como os da Companhia Riograndense de Saneamento — **CORSAN**.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 24 de março de 1988.

TRIBUNAL DE CONTAS

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 7.439

— Os órgãos de controle e fiscalização financeira e orçamentária, pertinentes à estrutura administrativa do Estado, e radicados na Constituição Estadual, não podem ter acesso direto, puro e simples, a matérias definidas como sigilosas por lei federal;

— O Tribunal de Contas do Estado, bem como a Assembleia Legislativa, mesmo através de Comissão Parlamentar de Inquérito, não tem acesso direto, amplo e irrestrito, às atividades do Banco do Estado do Rio Grande do Sul — BERGS, enquanto instituição financeira, compreendidas ou tuteladas pelo "sigilo bancário", decorrente de legislação federal;

— Os órgãos de controle, da organização institucional do Estado, poderão, a qualquer tempo, ter acesso a informações protegidas pelo "sigilo bancário", por intermédio do Poder Judiciário;

— O disposto no § 2º, do art. 42, da Lei estadual nº 6.850/74 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado) não prevalece face à superveniência da Lei federal nº 6.223/75;

— O controle exercido, pelo Tribunal de Contas, sobre entidades da Administração Indireta, com personalidade de direito privado, respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia (Lei federal nº 6.223/75 c/ redação da Lei federal nº 6.525/78);

— O relatório anual, os balanços relativos ao encerramento do exercício, os certificados de Auditoria e o parecer dos órgãos que devem pronunciar-se sobre as contas, não são os únicos elementos acessíveis ao Tribunal de Contas na sua atividade de controle, relativamente às entidades mencionadas no item anterior (Lei federal nº 6.223/75, art. 10);

— Os órgãos de controle da organização institucional do Estado, poderão, a qualquer tempo, ter acesso a quaisquer informações bancárias referentes a depósitos, operações, investimentos, documentos relativos a quaisquer órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual, tanto junto ao BERGS como e qualquer outra instituição financeira, com base no princípio de que, entre a cliente e a instituição financeira, inexistirá sigilo.

1. O que se pergunta pode, preliminarmente, ser resumido em saber se existe e, no caso positivo, qual seria o limite para as investigações dos órgãos de controle, pertinentes à estrutura institucional do Estado, em relação a entidades da Administração Indireta Estadual que, em razão de sua atividade, pervadem, ou são pervadidas, pela fiscalização, pela atuação normatizante ou que, de algum modo, operam institutos que se inserem na competência federal.

Concretamente, a questão gira em torno da possibilidade de os agentes do Tribunal de Contas do Estado, ao exercerem sua ação junto ao Banco do Estado do RS, poderem ultrapassar ou não os limites do chamado "sigilo bancário".

A questão, cujo exame agora se propõe, já foi objeto de estudo e pronunciamiento, por parte desta Procuradoria-Geral, através do Parecer nº 4964/82, no qual se concluiu que os documentos e informações a serem fornecidos aos inspetores do Tribunal de Contas não poderiam exceder à relação contida no art. 10, da Lei federal nº 6.223/75, sendo inadmissível, por vício de inconstitucionalidade, a introdução de exigências novas, não previstas em lei, por via de Resolução daquele órgão controlador.

Posteriormente, a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, para investigar fatos vinculados ao desempenho do Banrisul, reabriu, noutro nível, a questão.

Contraposto à pretensão investigatória da aludida CPI o dever de sigilo, a que se sentia obrigado o órgão investigado, terminou a questão por ser levada a exame do Poder Judiciário, onde, por decisão do plenário do TJRS, no agravo regimental nos autos do M.S. nº 583011457/83 (Revista Trimestral de Jurisprudência do TJRS 100, pág. 181/207 1983) de certa forma reconheceu-se, confirmando, aliás, liminar adrede concedida pelo Relator, a sobreposição do poder cognitivo da CPI ao instituto do sigilo bancário.

Nessa ocasião, todas as informações solicitadas, quer pela CPI, quer pelo Tribunal de Contas, foram liberadas, sem observância dos limites constantes do mencionado art. 10, da Lei federal nº 6.223/75, em especial um relatório de auditoria interno, firmado por dois contadores do Banco. Esse relatório, no Tribunal de Contas, teria sofrido quebra de sigilo, tendo sido dele extraídas cópias.

Em razão dessa quebra de sigilo, consta que um ex-empregado do Banco, indiciado no referido relatório, promoveu queixa-crime, que conforme os autos teria resultado em processo tramitando perante a 11ª Vara Criminal, contra os signatários do mesmo, juntando ao processo, como prova do delito, as cópias extraídas do expediente do Tribunal de Contas.

Aberta a sindicância administrativa, ter-se-ia constatado que não foi dado

tratamento confidencial ao mencionado relatório de auditoria interna, ensejando que dele fosse extraída a cópia que deu origem à queixa-crime.

A seu turno, o Banco Central do Brasil instalou processo administrativo, objetivando indiciar os responsáveis pela quebra do sigilo bancário, diante dos fatos que vinham sendo divulgados pela imprensa. Vale lembrar que os meios de comunicação colhem suas notícias nos anais da Assembléia Legislativa, fato que por si só reforça a preocupação com outras possíveis ocorrências de quebra do sigilo bancário.

Por outro lado, dos termos de declarações da sindicância aberta no âmbito do Tribunal de Contas, ficou expresso que aquele órgão não conta com uma estrutura suficientemente apta a selecionar documentos confidenciais e mais ainda "que um documento pode ser confidencial para o Banco, inexistindo tal reserva para aquela Corte".

É o relatório.

2. A autonomia organizativa estadual, assegurado no art. 13, da Constituição Federal, exercita-se dentro de determinados limites, postos expressamente, no mesmo dispositivo constitucional federal citado, que, por sua vez, faz remissão ao art. 10 do mesmo código, sem falar no amplo conteúdo do art. 200 da mesma Constituição e, de modo difuso ou implícito, pelo chamado "modelo federal", que, sem dúvida, transcende o disposto na literalidade expressa dos artigos 10 e 13, inserindo-se, de alguma forma, sem, no entanto, precisar dele, no mandamento do mencionado art. 200.

De qualquer forma, resulta inquestionável a radicação na Constituição Federal, explicitamente no inciso IV, do art. 13, a obrigação de os Estados adotarem, nos moldes federais, a fiscalização orçamentária e financeira.

Assim, secundando o disposto na seção VII, do capítulo VI, art. 70 e seguintes, da Constituição Federal, a Constituição Estadual, na seção VI, do capítulo II, institui, no âmbito da Administração Estadual, a fiscalização financeira e orçamentária, que se exerce, através do controle interno, do próprio Poder Executivo (art. 49) e, do controle externo. Este exercita-se pela combinação das atribuições do Tribunal de Contas, órgão por excelência daquela atividade no seu aspecto técnico (art. 50 a 54; art. 48, §§ 2º e 3º), com as da Assembléia Legislativa à qual compete a atividade fiscalizadora sob o enfoque político, tanto ordinária (art. 27, IX e X; art. 48, §§ 2º e 3º), quanto extraordinária (art. 27, XVII, XX e XXI).

Do exercício da atividade de controle exercida pelo Tribunal de Contas, resultam não só as medidas de que tratam os §§ 1º e 4º do art. 53 da Constituição do Estado, mas também o parecer prévio, mencionado no § 2º, do art. 48, da mesma Constituição, sobre as contas que o Governador deve apresentar, anualmente, à Assembléia Legislativa, a qual, à vista desse parecer, julgará a regularidade das mesmas.

3. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do RS (Lei estadual nº 6.850/74) ao dispor, no art. 36, sobre a competência da Corte de Contas, define-a como sendo:

(1) "auxiliar a Assembléia Legislativa na fiscalização financeira e orçamentária do Estado";

(2) "julgar a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, transferências para reserva, reforma de pensões";

(3) "proceder à análise das gestões anuais dos órgãos da Administração Indireta".

No § 1º deste mesmo art. 36, a Lei Orgânica do TCE define o que se compreende por atividade de fiscalização financeira e orçamentária, dispondo que dita atividade consiste:

(a) na emissão de parecer prévio sobre as contas anuais do Governador;

(b) no desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas dos três poderes do Estado; e,

(c) no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

No art. 42, a mesma Lei Orgânica determina que, para o exercício da auditoria financeira e orçamentária, o TCE:

I — Tomará conhecimento, pela publicação no órgão oficial, da lei orçamentária anual, dos orçamentos plurianuais de investimentos, da abertura dos créditos adicionais e correspondentes atos complementares;

II — Receberá uma via dos documentos a seguir enumerados:

a) atos relativos à programação financeira de desembolso;

b) balancetes de receita e despesa;

c) relatórios dos órgãos administrativos encarregados do controle financeiro e orçamentário interno;

d) rol dos responsáveis.

III — Solicitará, a qualquer tempo, as informações relativas à administração dos créditos e outras que julgar imprescindíveis;

IV — Procederá às inspeções que considerar necessárias.

§ 1º — As inspeções serão realizadas ordinariamente pelos órgãos de auditoria financeira e orçamentária do Tribunal de Contas.

§ 2º — *Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal de Contas em suas inspeções.* (grifou-se).

4. A Lei federal nº 6.223/75, com as alterações introduzidas pela Lei federal nº 6.525/78, ambas aplicáveis aos Estados na medida em que contêm normas gerais, editadas com fundamento no que dispõe a letra "c", do inciso XVII, do art. 8º, da Constituição Federal, determina, no seu art. 7º, que:

"Art. 7º As entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva Administração Indireta seja detentor da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo.

§ 1º A fiscalização prevista neste artigo respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade, *limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia.*" (Redação da Lei federal nº 6.525/78; grifou-se)

E, no art. 10:

"Art. 10. No julgamento das contas, os Tribunais de Contas tomarão por base o relatório anual, os balanços relativos ao encerramento do exercício, assim como, os certificados de Auditoria e o parecer dos órgãos que devem pronunciar-se sobre as contas." (grifou-se)

Vale observar que o § 2º, do art. 36, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (DL nº 199/67), praticamente coincide com o supratranscrito § 2º do art. 42 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado, determinando que nenhum "processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal de Contas em suas inspeções, sob qualquer pretexto".

5. Antes de mais nada, cumpre observar que a importância deste último dispositivo transcrito, inserido na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e que, como se viu, tem correspondente, quase literal, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado, não tem alcance genérico que a leitura do respectivo texto, à primeira vista, poderia atribuir. Uma análise sistemática do dispositivo faz perceber que seu verdadeiro alcance é acessório das disposições contidas no artigo de que ele é apenas parágrafo.

Assim sendo, parece claro que, tanto na esfera federal, quanto na estadual, tais dispositivos se têm de entender com alcance exclusivo aos processos, documentos e informações elencadas no corpo dos artigos de que são adinículo. Não, como pretendem alguns, com alcance geral, que transcende os limites do próprio artigo de que fazem parte.

Em outras palavras, não é qualquer processo, qualquer documento, qualquer informação em sentido amplo, geral e irrestrito, que pode ser exigido e que não pode ser sonegado a nenhum pretexto; são os processos, documentos, informações, de que tratam os artigos 42, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado, e 36, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, os referenciais da obrigação contida nos respectivos parágrafos segundos.

Mesmo, porém, que se quisesse desprezar a condição acessória do § 2º, do art. 42, da Lei Orgânica do TCE, e de seu homólogo federal, não se poderia ignorar, de modo algum, a superveniência, no caso, hierárquica, e, em qualquer caso, cronológica da Lei federal nº 6.223/75, cujo art. 7º, depois de estender expressamente a fiscalização financeira do Tribunal de Contas sobre as entidades da Administração Indireta, dispõe, como acima se viu, que essa fiscalização respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia.

E, também, o art. 10 dessa lei, que limita a atuação dos Tribunais de Contas ao relatório anual, aos balanços relativos ao encerramento do exercício, ao certificado de auditoria e ao parecer dos órgãos que devem pronunciar-se sobre as contas.

Trata-se de normas federais e posteriores à Lei Orgânica do TCE duplamente habilitadas, portanto, a sobrepor-lhe sua vigência.

Assim como não nos impressiona, quer pela visualização sistemática, quer pela superveniência de lei posterior conflitante, a expressão literal dos acima referidos parágrafos segundos, dos artigos 42 e 36, das Leis Orgânicas dos Tribunais

de Contas do Estado e da União respectivamente, assim também não nos impressiona o disposto no art. 10, da Lei federal nº 6.223/75 em termos limitativos da atividade fiscalizadora dos Tribunais de Contas. A própria expressão "tomarão por base", contida no texto do artigo, parece indicar, menos um elenco limitativo absoluto, do que um critério, uma norma, uma enumeração exemplificativa ou qualquer coisa que o valha.

Na verdade, o primeiro plano, no universo normativo pertinente à matéria de que ora se trata, parece indubitavelmente competir ao § 1º, do art. 7º, da Lei federal nº 6.223/75. Ali se diz que a fiscalização dos Tribunais de Contas: em primeiro lugar, respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade fiscalizada; em segundo lugar, limitar-se-á a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos; em terceiro lugar, levará em conta os objetivos, a natureza empresarial e operações segundo os métodos do setor privado da economia.

Esse dispositivo, com essas balizas, é que traça os limites do poder de fiscalização dos Tribunais de Contas, especificamente nas entidades da Administração Indireta. Esses são os que poderíamos, no caso, denominar de "limites explícitos".

Na medida em que, fiscalizando uma entidade da Administração Indireta, o Tribunal de Contas está obrigado a respeitar as peculiaridades de funcionamento da entidade e levar em conta os seus objetivos, sua natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia, cumpre considerar a natureza e peculiar condição do Banco do Estado do RS.

6. Aqui adentramos na já velha e surrada questão do estatuto jurídico múltiplo da sociedade de economia mista.

No âmbito da Administração Federal (DL 200/67, art. 5º), define-se sociedade de economia mista como "entidade dotada de personalidade de direito privado, criada por lei para o exercício de *atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima*, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta" (grifou-se).

Tal conceito não é vinculativo para os Estados. Estes, em primeiro lugar, por não disporem da competência expressa no art. 8º, XVII, b (legislar sobre direito comercial), da Constituição Federal, não podem utilizar-se da empresa pública que é, por definição, "one man company", para desempenho descentralizado de atividade econômica que não seja de natureza mercantil e, em segundo lugar, pelo menos no Rio Grande do Sul, não incluem as subsidiárias controladas por economias mistas na mesma categoria das matrizes.

Por sua vez, a Lei federal nº 6.404/75 (Lei das Sociedades por Ações), conquanto disciplina alguns de seus aspectos, não define as sociedades de economia mista (art. 235 e segs.).

No entanto, a tradição jurídico-administrativa do Rio Grande do Sul permite se possa, para os efeitos do contexto da Administração Pública Estadual, definir sociedade de economia mista como sendo a sociedade por ações, de que o Estado participe, mediante autorização legislativa, com um mínimo de 51% das ações com direito a voto, ou seja, na condição de acionista controlador (Lei federal nº 6.404/76, art. 238), à qual se comete, por descentralização, o exercício de atividade interventiva do Estado na economia.

O Banco do Estado do Rio Grande do Sul — BERGS é pacificamente tido por sociedade de economia mista, conquanto o Decreto nº 18.374/28, que lhe autorizou a criação, não assegure expressamente o controle acionário do Estado.

Tais sociedades sob a aparência formal de uma sociedade por ações, de que, no plano societário, diferem, tão-somente, por não estarem sujeitas à falência, conquanto seus bens sejam penhoráveis e o acionista controlador responda subsidiariamente por suas obrigações (Lei federal nº 6.404/76, art. 242), na realidade, são, também e principalmente, o ponto de convergência de dois complexos de relação que pertencem a planos jurídicos diversos.

Normalmente, numa sociedade, dita de economia mista, existe um feixe de relações, que vinculam a sociedade à pessoa administrativa necessária, que, nela, desempenha o papel de acionista controlador, e que são informadas pelo interesse público, que caracteriza esta categoria, determinando, por via de consequência, que tais relações, que se poderiam dizer institucionais, pertinam ao universo jurídico publicístico.

Daqui decorre aquilo que, na terminologia administrativa do Estado do RS, se chama poder de supervisão; daqui decorre a escolha dos diretores que, sob a aparência das formalidades da sociedade anônima, revela, no conteúdo, a designação de titulares de verdadeiras funções de confiança, em tudo e por tudo, similares às que são próprias do Direito Público; daqui decorre a peculiaríssima circunstância de que, embora privado seu capital, privado os seus bens e privadas as relações da sociedade mista com terceiros, as ações do acionista controlador sejam bens públicos, valores mobiliários públicos; daqui decorre, finalmente, a circunstância de sua sujeição à fiscalização financeira e orçamentária pelo Tribunal de Contas competente.

Noutro parecer, igualmente referente à condição do duplo estatuto jurídico das sociedades mistas, apontávamos a fundamental diferença quanto à natureza do negócio econômico que existe, sob a aparência de uma identidade formal, entre o ato de subscrição de ações do acionista controlador e o mesmo ato, quando praticado por particular, na condição de investidor.

A pessoa administrativa necessária, que subscreve ações de uma sociedade de economia mista, da qual é acionista controlador, não procura capitalizar-se, como seria da natureza própria do investimento com contornos nitidamente privatísticos; procura, isso sim, capitalizar a sociedade no interesse público. Trata-se, antes, do que se poderia chamar de um investimento social, na medida em que busca assegurar a criação e a adequada expansão de um instrumento que, de uma ou de outra forma, nos termos da política que presidiu sua constituição, busca o bem-estar, o progresso da comunidade correspondente.

Esse conteúdo peculiar, que descaracteriza, como negócio tipicamente econômico, ou que o qualifica diversamente de seu homólogo privatístico, o ato de subscrição de ações de uma sociedade mista pela pessoa administrativa necessária, que é o acionista controlador, não se verifica somente quando o objeto da sociedade considerada é serviço de interesse público. É claro que, nestas hipóteses, a caracterização peculiar da subscrição de ações fica mais nítida. Mesmo, porém, nas economias mistas cujo objeto possa ser visualizado, ao menos predominantemente, como atividade econômica em sentido próprio, ainda assim a condição legal inerente ao conceito de economia mista que vincula o acionista controlador, no conceito que essas sociedades têm no direito administrativo do RS, a manter, no mínimo, um acervo acionário correspondente a 51% das ações com direito a voto, obrigação essa de natureza estritamente publicística, também confere, na sociedade mista deste tipo, como é o caso do BERGS, enquanto instituição fi-

nanceira, enquanto banco comercial, à subscrição de ações do Estado, a mesma característica publicística, que desvirtua dito negócio de subscrição de seus contornos econômicos tipicamente privados.

Noutro plano, há um feixe de relações da sociedade com terceiros, empregados, clientes, fornecedores, que está imerso no universo das relações privatísticas e que pertence ao campo do direito privado.

Vale observar que, na redação original, da antes mencionada Lei federal nº 6.223/75, o art. 7º referia-se às sociedades mistas curiosamente como "entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado". E, na lição definitiva de Cirne Lima, os dois planos relacionados acima referidos, que caracterizam a condição do duplo estatuto das sociedades mistas, são expressos pela fórmula, já clássica, das relações *quoad intra* e das relações *quoad extra*.

7. A peculiar condição do BERGS, no entanto, como, aliás, a de outras sociedades mistas estaduais, não se limita à duplicidade de seu estatuto jurídico. Sobre esse estatuto dúplice há ainda que considerar um outro fator de complexidade. É que, nessas sociedades mistas, entre as quais o BERGS, o feixe de relações publicísticas, o plano publicístico do estatuto societário, não se limita às sobreditas relações institucionais, que se estabelecem e se desenvolvem entre a sociedade e a pessoa administrativa necessária, que, nela, desempenha o papel de acionista controlador. O objeto social dessas economias mistas, por tratar-se de atividade especial, sujeita à concessão ou especial tutela, pertinente administrativamente à competência federal, faz com que, no plano publicístico do estatuto societário dessas sociedades, convivam com as relações institucionais, outras relações, decorrentes da esfera federal, e pertinentes ou à concessão ou à especial fiscalização que a União exerce sobre a atividade que é objeto da sociedade mista considerada.

Assim, o BERGS, sendo uma instituição financeira, um banco comercial, não exerce propriamente uma concessão do serviço público federal, como a CEE e a CRT, mas exerce uma atividade que depende de autorização e de fiscalização do Governo Federal, no exercício de competência que lhe confere o art. 8º, inciso X, e inciso XVII, letras "b" e "l", da Constituição Federal, competência essa que, dentre outras leis, é manifesta na Lei federal nº 4.595/64, cujo art. 17 considera instituições financeiras "as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação dos recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros" e que, no seu art. 18, declara que ditas instituições "somente poderão funcionar no país mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras".

Já o art. 24, da mesma lei, declara que as instituições financeiras públicas não federais "ficam sujeitas às disposições relativas às instituições financeiras privadas, assegurada a forma de constituição das existentes na data da publicação desta lei" e, no seu art. 33, depois de obrigar a comunicação ao Banco Central da República, dos atos relativos à eleição de diretores e membros de órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, no prazo de quinze dias de sua ocorrência, declara no § 1º, que o mesmo Banco Central, no prazo máximo de sessenta dias, decidirá "aceitar ou recusar o nome do eleito que não atender às condições a que

se refere o art. 10, inciso X, dessa mesma lei, o qual atribui competência privativa ao Banco Central da República do Brasil, para estabelecer "condições para posse e exercício de quaisquer cargo de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional".

Acrescenta-se que o § 2º, do já citado art. 33, da mesma Lei nº 4.595/64, declara que a posse do eleito "dependerá da aceitação a que se refere o § anterior".

8. Fica suficientemente claro, portanto, que, em razão de sua condição de instituição financeira, como banco comercial, o plano publicístico, da sociedade mista considerada, sofre uma concorrência entre os vínculos institucionais (estaduais) e os vínculos de fiscalização específica (federais).

É óbvio que o limite entre esses vínculos públicos, que convivem no plano publicístico de determinadas sociedades mistas, não se resolve, pura e simplesmente, pelo princípio da hierarquia, que levaria, em qualquer hipótese, à supremacia dos interesses federais sobre os estaduais. A questão desse limite resolve-se pela simples obediência à partição de competências. Os vínculos institucionais pertinem ao Estado, sofrendo, no caso, limitações, no que tange à escolha de diretores, conselheiros e consultores, que só podem ser empossados com aval do Banco Central. Por outro lado, afora a circunstância de que as regras formais dos estatutos societários também pertinem à esfera federal por se tratar de sociedade anônima (Lei federal nº 6.404/76), toda a atividade bancária como tal fica sujeita à atividade normatizadora da União, através do Banco Central, pervadindo também, portanto, as relações da sociedade com terceiros, principalmente os clientes típicos de um banco comercial (Lei federal nº 4.595/64, art. 10, V, VIII, IX, X; art. 11, VII; art. 24; art. 34; I, V e § 1º; art. 37; art. 45).

Por via de consequência, parece-nos fora de qualquer dúvida que, não só por força do § 1º, do art. 7º, da Lei federal nº 6.223/75, segundo o qual a fiscalização dos Tribunais de Contas respeitará, ao se exercer sobre entidades da Administração Indireta, as peculiaridades de funcionamento da entidade fiscalizada, seus objetivos, sua natureza empresarial e a operação segundo os métodos do setor privado da economia, mas, e principalmente, porque a atividade fiscalizadora de um órgão de controle radicado na Constituição Estadual, como é o caso do Tribunal de Contas do Estado, não pode transcender os limites da jurisdição (ou da competência) de seu radical, parece indubitoso que tudo quanto, no BERGS, com uma única exceção que se verá depois, pertina ao exercício da atividade bancária, ou, mais precisamente, ao "sigilo bancário", refoge ao alcance fiscalizador daquela Corte de Contas. Caso contrário, estaríamos a admitir o controle estadual exercendo-se, numa inversão hierárquica, sobre atividade que está sob controle federal (Lei federal nº 4.595/64; arts. 24 e 37).

Trata-se de uma consequência singela da hierarquia federativa, segundo a qual falece, a toda e qualquer autoridade estadual, o competente poder de império, o subsequente poder de polícia e o correspondente poder de controle sobre a área em que tais poderes e competência pertinem à União.

Assim, mesmo quando se trata de CPI estadual, seu chamado "poder de devassa" não ultrapassa as lindes de competência do instrumento constitucional em que se radicam, sendo-lhes vedado também exercê-lo sobre o que, no

BERGS, estiver ao abrigo do "sigilo bancário", que está sob jurisdição federal. É uma situação semelhante à das imunidades parlamentares dos deputados estaduais que prevalecem tão só diante da estrutura do poder judiciário que se insere no âmbito constitucional do respectivo Estado.

O princípio, desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal e consignado na Súmula n.º 3, restringindo as imunidades parlamentares, reconhecidas aos membros das Assembléias Legislativas, pela Constituição Estadual, aos limites de competência dos órgãos do Poder Judiciário que estão inseridos na tessitura constitucional do respectivo Estado, traça a regra para este efeito.

E note-se que o Poder Judiciário, conquanto parte dele se insira na tessitura institucional dos Estados, é poder nacional, desde o Supremo Tribunal Federal até o Juiz de Direito de menor entrância, por força do que dispõe, expressamente, o art. 112 da Constituição Federal, segundo a tradição republicana do nosso constitucionalismo. Mesmo assim, tem-se entendido, e é orientação forte do Supremo Tribunal Federal, sumular, que as imunidades radicadas na Constituição não podem ultrapassar os limites de força da própria Constituição.

Ora, não há razão, para entender diversamente em relação ao poder investigatório de uma CPI, que nunca será mais relevante para as instituições democráticas que as imunidades parlamentares; e o mesmo raciocínio há de valer para a competência do TCE que, apesar de atender a princípio organizativo compulsório para a auto-organização dos Estados, tem sua jurisdição limitada à fiscalização financeira e orçamentária dos órgãos da Administração Estadual Direta e Indireta, não podendo ultrapassar as forças recebidas do texto constitucional onde radica e projetar sua competência fiscalizadora sobre área ou negócios que, por sua vez, pertinem, fundamentam-se juridicamente e estão sujeitos a controle radicado na competência da União.

Assim sendo, não temos a menor dúvida de que a fiscalização dos órgãos de controle, ordinários e extraordinários, radicados na Constituição do Estado, sobre o BERGS, alcança indiscutivelmente as relações *quoad intra*, institucionais, e ainda as relações *quoad extra*, até o limite onde principia a atividade bancária propriamente dita, pois a fiscalização dessa atividade transcende à competência estadual.

Este é o que poderíamos denominar de limite implícito ao poder dos órgãos de controle estaduais.

9. Aqui entra a questão do chamado "sigilo bancário".

O sigilo bancário é instituição coetânea da atividade bancária. A historiografia da antiguidade clássica, greco-romana, cujo espírito era notoriamente desprezivo em relação à mercância em geral, atestam aquela assertiva.

A primeira instituição bancária, no sentido moderno do termo, foi o Banco de São Jorge, criado no século XII (1148) e que, segundo notícia ESTEBAN COTTELY, impunha o dever de segredo a seus empregados, que eram obrigados a jurar e conservar em sigilo tudo o que soubessem a respeito dos atos e documentos da instituição e de seus clientes (cf. ALVARO MELLO FILHO, in "Oimensões Jurídicas do Sigilo Bancário" in RF/287/466).

Segundo registro de RAYMOND FAHRAT, o regulamento francês, de outubro de 1706, já consagrava expressamente, no seu art. 8.º "o segredo é absolutamente necessário nas negociações de banco, câmbio, comércio e finanças", não

podendo "ser revelado qualquer que seja o pretexto ou causa" (in "Le Secret Bancaire", Sirey, Paris, 1970, p. 20).

Alguns países, como a Suíça, adotam o sigilo bancário em termos absolutos, possibilitando contas numeradas ou abertas sob nome fictício, de sorte que o segredo, nesse caso, exista inclusive entre banco e correntista.

Já o Brasil consagra o sigilo bancário em termos relativos, certamente mais consentâneos com os reclamos do interesse público.

Espécie do sigilo profissional que, por sua vez, é espécie do segredo, o sigilo bancário é visto, em alguns setores, com certa desconfiança, na medida em que nele vislumbram a marca do chamado "entulho autoritário". Na verdade, como diz ADROALDO MESQUITA DA COSTA "o sigilo não é estabelecido para ocultar fatos, mas para revestir a revelação delas de caráter de excepcionalidade" (apud Alvaro Mello Filho, op. cit./469). No mesmo sentido NELSON HUNGRIA (RT 99/297).

É assim que o direito brasileiro consagra o instituto no art. 38 e §§ da Lei federal n.º 4.595/64.

Lá se diz que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, e que a quebra do sigilo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão de 1 a 4 anos, aplicando-se, no que couber o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

10. Seguiu, assim, a legislação brasileira tradição coetânea do próprio surgimento dos banqueiros e depois dos bancos, mas atendendo aos reclamos contemporâneos, que exigem mecanismos aptos à preservação de certos padrões mínimos de moralidade pública a privada, previu exceções ao sigilo bancário, isto é, e é, muito importante que tal aspecto se esclareça, não previu hipóteses em que o sigilo deixe de existir; previu hipóteses em que informações protegidas pelo sigilo podem ser transmitidas, no interesse público, a determinadas autoridades, que ficam solidárias, com o informante, na obrigação do sigilo, que permanece.

De fato, é preciso ter bem presente que o sigilo, em relação às operações ativas e passivas e serviços prestados, não é tão-somente obrigação de não fazer para as instituições financeiras; é qualidade inerente, por decorrência da lei e de toda a tradição do negócio bancário, daquelas mesmas operações ativas e passivas e serviços prestados. Por isso é que, diga-o a lei ou não, quando autoriza a que determinada informação, reservada por definição legal, seja transmitida a outrem, que não seu guardião original, é óbvio que o caráter sigiloso, o dever de por ele zelar, e a sanção correspondente à quebra desse dever, transmita-se ou acompanha a informação.

Dentro desse contexto, a lei bancária brasileira regula as situações em que a informação bancária sigilosa pode ser transmitida ao Poder Judiciário, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo.

O Poder Judiciário poderá solicitar qualquer informação, tanto ao Banco Central, como a qualquer instituição financeira pública ou privada, bem como a exibição de livros e documentos a critério do julgador do feito, dispondo, expressamente, o § 1.º do art. 38, da Lei federal n.º 4.595/64, que só poderão ter acesso às informações requisitadas pelo Poder Judiciário as partes legítimas da causa, que delas não poderão servir-se para fins estranhos ao mesmo.

Nesse passo a lei é de inquestionável propriedade e clareza. Para o Poder Judiciário, nenhuma limitação. Tratar-se-á é óbvio, pela própria natureza do funcionamento daquele poder, de informações específicas, precisas e determinadas, o que não impede que, não satisfeito com as recebidas, o juiz ou o Tribunal renove o pedido solicitando tantos esclarecimentos quantos entender necessários.

O acesso, pela via judicial, às informações protegidas pelo sigilo bancário, nos termos do art. 38, da Lei federal nº 4.595/64, constitui-se na mais feliz combinação entre os interesses que informam o reconhecimento daquela garantia, peculiar às operações das instituições financeiras, e o interesse público, de que seja assegurada a moralidade dos negócios públicos e privados. Pela própria natureza do Poder Judiciário e pela modalidade de sua atuação, essa forma de acesso ao sigilo bancário reveste na sua plenitude as características daquilo que se espera do "due process of law", principalmente no que respeita à circunstância, antes apontada, de que o sigilo é, menos obrigação da instituição financeira, do que qualidade da informação de que ela é depositária e que, portanto, quando for necessário seu conhecimento, preciso é que se garanta que ele não venha a perder sua qualidade secreta característica.

O acesso do Poder Judiciário a informações legalmente rotuladas e protegidas com o sigilo bancário decorre, também, do disposto no § 4º, do art. 153, da Constituição Federal, pois, se a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual, é indiscutivelmente válida a dedução, por "construction", pela via dos poderes implícitos, que daí decorrem para o mesmo Poder Judiciário, até com mais razão, poderes para conhecer qualquer questão que envolva a possível lesão ao interesse público.

Nunca é demais, porém, observar que à autoridade judicante, que deferir pedido de acesso ao sigilo bancário, ao receber as informações requisitadas, cumpre decretar o segredo de justiça, previsto no inciso I, do art. 155, do Código de Processo Civil.

11. E antes de considerar as outras exceções, que a mesma Lei federal nº 4.595/64, prevê à barreira do sigilo bancário, convém se tenha em vista, mormente quando se venha a tratar desse acesso por parte das autoridades administrativas, que o sigilo bancário, enquanto adinículo da intimidade individual, integra o conteúdo próprio da liberdade, que é assegurada expressamente na cabeça do art. 153, da Constituição Federal, como um dos aspectos básicos dos direitos e garantias individuais.

Mais ainda: a mesma Constituição, no § 9º, do próprio art. 153, como evidente corolário da liberdade, declara inviolável o sigilo da correspondência.

Essa inviolabilidade, segundo Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967; Tomo V; RT, Editora Revista dos Tribunais, 1968, SP, pág. 157) estende-se a toda correspondência, não necessariamente só a correspondência postal; a correspondência epistolar, não postal, é protegida pelo sigilo. Ora, seria muito difícil descaracterizar, como correspondência não postal, a coleta e remessa das informações cadastrais dos clientes para o Banco e vice-versa. Portanto, nesta matéria, pelo menos, parte do sigilo bancário está acima do alcance da legislação ordinária. É por isso que a maioria dos autores, que tratam do sigilo bancário, incluem esse dispositivo constitucional entre os fundamentos da intangibilidade daquele segredo.

Ora, na lição antiga, mas permanentemente atual de Carlos Maximiliano, em "todos os assuntos e circunstâncias, é a liberdade que merece maior favor", que também resume no brocardo *in dubio pro libertate*, o que, na matéria, de que ora se trata, não pode ser desconsiderado. (*in* Hermenêutica e aplicação do Direito, Livraria Freitas Bastos, 1961, 7ª Edição, pág. 324).

Por outro lado, é igualmente indubitoso que, lançado no *caput* do art. 38, da Lei federal nº 4.595/64, o sigilo como regra, protetiva e qualificadora das operações e informações das instituições financeiras, os §§ subsequentes e outras disposições que tratam sobre a matéria, mesmo de hierarquia eventualmente maior, como é o caso do Código Tributário Nacional, quando estabelecem exceções ou restrições à regra geral, impõe-se ao hermenêuta a cautela da interpretação informada por extrema parcimônia. É igualmente a lição inquestionável de Carlos Maximiliano (*id ibid.* pág. 280/281).

Assim, é preciso interpretar com a devida e supramencionada cautela o disposto nos §§ 2º, 3º e 4º, do art. 38, da Lei federal nº 4.595/64, que regulam o acesso do Poder Legislativo ao sigilo bancário.

Combinando o § 2º com o § 4º, do artigo de lei em exame, veremos que a Câmara de Deputados e o Senado Federal poderão, mediante deliberação dos respectivos plenários (§ 4º), por maioria simples portanto, requisitar informações protegidas pelo sigilo bancário, tanto ao Banco Central quanto às instituições financeiras públicas (§ 2º), facultando aos informantes (§ 2º). (SIC), "havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo" (as informações prestadas)!

Mas, se essas instituições informantes estão obrigadas a observar o sigilo bancário, como poderão entender que não existam relevantes motivos para solicitar que a liberação de informações sigilosas, desse tipo, seja tratado com o qualificativo que a lei lhes dá? Principalmente quando fornecidas ao Poder Legislativo que, diversamente do Poder Judiciário, tem procedimento operacional necessariamente aberto, praticamente incompatível com a guarda de segredos. Não há nada mais público que os trabalhos e documentos que se fazem e transitam pelos órgãos de representação popular.

Ora, o Banco Central, porque tem competência própria para fiscalizar todas as instituições financeiras, tem acesso amplo e irrestrito à toda e qualquer operação praticada por qualquer dessas instituições e não pode divulgá-las pura e simplesmente porque é qualidade inerente delas o serem sigilosas. A seguir, no entanto, os termos estritos do § 2º, do art. 38, da Lei nº 4.595/64, o Banco Central ou as instituições financeiras públicas (as privadas estão fora desta autorização) poderiam "liberar" as informações referidas, fazendo carta branca do sigilo bancário.

Parece-nos que essa ressalva deve ser entendida prejudicada, diante do seu caráter adinicular e dentro de uma interpretação sistemática, tendo em vista sua necessária submissão e conseqüente constrangimento, face à regra enunciada na cabeça do artigo, de que é parte integrante.

Disposição especial, merecem as comissões parlamentares de inquérito, que, no exercício de sua competência constitucional e legal, de ampla investigação, poderão obter as informações de que necessitarem "das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil" (§ 3º),

exigindo-se que o pedido de informações seja aprovado pela maioria absoluta dos membros da CPI considerada (§ 4º).

Nota-se, desde logo, que as CPIs, face ao texto da lei têm, em razão de seu poder da ampla investigação, acesso a uma gama maior de informações que o Congresso Nacional na medida em que, em relação a elas, não se faz a restrição às instituições financeiras públicas, permitindo, assim, que tenham acesso a informações em poder de qualquer instituição financeira.

Aqui a questão é mais delicada, porque as comissões parlamentares de inquérito têm reconhecido o que se chama de poder de devassa. Mesmo este poder sofre limites, eis que não pode ser exercido, sob pena de abuso, em desrespeito à sistemática procedimental vigente.

O problema mais grave, porém, no que tange ao acesso do Poder Legislativo e das CPIs ao sigilo bancário, diz respeito ao caráter excepcional desse acesso face à regra geral do sigilo; caráter excepcional que, como se viu, impõe hermenêutica parcimoniosa.

Ora, está mais do que claro, no texto da lei que ora se examina, que as disposições dos §§ 2º, 3º e 4º, pelo seu próprio texto, referem-se tão-somente ao Poder Legislativo Federal e às CPIs constituídas no seu contexto.

Não se trata, porém só da orientação hermenêutica parcimoniosa que nos conduz a este entendimento: o próprio texto do dispositivo legal em exame, quando entende ampliar o acesso às informações tuteladas pelo sigilo bancário a autoridades estaduais, expressa esse fato literalmente. Basta comparar o § 5º, do art. 38, em exame, com os §§ 2º, 3º e 4º. O primeiro deles (§ 5º) faz menção expressa às autoridades estaduais (omitem-se as municipais), enquanto nos demais §§ citados, não só não se referem os órgãos estaduais correspondentes, mas se mencionam expressamente a Câmara dos Deputados e o Senado Federal e, ao tratar das CPIs, não se faz qualquer adjetivação, levando o intérprete, necessariamente parcimonioso, e vinculado à leitura sistemática do dispositivo legal, a limitar também a referência às CPIs ao âmbito do Congresso Nacional.

Nesse sentido Alvaro Mello Filho, no trabalho já citado, expõe claramente:

"Convém salientar que tal exceção só contempla o Poder Legislativo Federal, vale dizer, a proteção específica e excepcional da Lei nº 4595/64 não abrange os membros e CPI de Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, conquanto os §§ 2º, 3º e 4º do art. 38 hão de ser interpretados em conjunto e nunca isoladamente. Daí porque o acesso de Deputados Estaduais, de Vereadores e de CPI estadual e municipal a dados sigilosos *torna as instituições financeiras sujeitas às consequências penais e administrativas que a divulgação acarreta*" (id. ibid. pág. 475) (grifou-se).

No caso da CPI do BERGS, conquanto discordemos radicalmente da decisão, na matéria, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do RGS, entendemos que, por via indireta, o acesso que aquele órgão investigatório teve às informações, que pretendeu, esteve absolutamente convalidado, na medida em que decorria de uma decisão do Poder Judiciário que, como se viu, tem poder incontestado para lograr acesso ao sigilo bancário. Ainda assim, a discordância que nos remanesce mas que, no caso, recebeu, ainda que incorretamente, o manto protetor da decisão judicial, foi autorização para acesso amplo e ilimitado às informações sigilosas do Banco, quando, na verdade, o acesso deveria ter sido au-

torizado mediante indicação específica das informações que, como se disse antes poderia ser indefinidamente renovada, na medida em que pudessem ser oferecidas razões plausíveis ao Judiciário, para ir entendendo a autorização, sempre posta sob a severa guarda do segredo de justiça.

Nunca é demais repetir, nesta passagem, que aqui também vale a observação, já feita daquilo que chamamos de limite implícito ao poder de controle. O Poder Legislativo Estaval, inclusive as respectivas CPIs, radicando seu poder na Constituição do Estado, não podem transcender, na sua atividade, os limites jurisdicionais peculiares a seu radical e pervadir institutos radicados na competência da União, como é o caso do sigilo bancário.

Note-se que não se pode aqui apelar à simetria decorrente do modelo federal porque a lei protetora do sigilo é absolutamente explícita nas exceções que contém e a matéria, como se disse, por sua própria natureza, exige hermenêutica com parcimônia máxima.

12. Muito mais delicada é a questão do acesso das autoridades administrativas às informações protegidas pelo sigilo bancário. Nos termos do § 5º, do dispositivo legal em exame, os agentes fiscais e tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, mediante "processo instaurado", podem proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósito, bem como solicitar esclarecimentos e informes às instituições financeiras sem restrição, devendo ditas informações ser sempre conservadas em sigilo, "não podendo ser utilizadas senão reservadamente" (§ 6º).

Esse texto, por si só, já obriga o hermeneuta a um esforço para compatibilizá-lo com o contexto do artigo em que se insere e com os mandamentos constitucionais que protegem, pelo menos em parte, o sigilo bancário.

Como se tal não bastasse, o CTN que, na lição inquestionável de Leitão de Abreu, embora não tenha sido editado segundo as exigências específicas para tal, é lei complementar em sentido material, no seu art. 197, determiná que, mediante intimação escrita, são obrigados a prestar, à autoridade administrativa, todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, entre outros, "os Bancos, Casas Bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras" (inciso II).

À primeira vista, o disposto no art. 197 do CTN, mormente por sua hierarquia de lei complementar, reduziu a pó o sigilo bancário, especificamente no que tange às pretensões cognitivas das autoridades tributárias.

Na verdade, porém, o § único, desse mesmo artigo, dispõe curiosamente que a obrigação prevista "neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar o segredo, em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão". (grifou-se)

Parece-nos claro, liminarmente à luz do próprio texto do art. 197 e de seu § único, que não existe confronto com o disposto na Lei federal nº 4.595/64 eis que, segundo o art. 38 desta lei, as instituições mencionadas no inciso II, do art. 197 do CTN, sendo todas instituições financeiras, pouca ou nenhuma informação poderiam transmitir às autoridades fiscais, que não estivessem excluídas da obrigação de informar, por estarem entre aquelas que ditas instituições, em razão de sua atividade, são obrigadas a manter em segredo.

Isso é o que se lê.

Evidentemente não se há de atender, por absurda e até comprometedora da tradição jurídica de seu autor, a interpretação, que, do § único, do art. 197, do CTN, dá Aliomar Baleeiro, segundo o qual, o dispositivo não se aplicaria às instituições financeiras; aplicar-se-ia ao advogado, ao padre (sic), ao médico, porque, na opinião daquele autor, o sigilo a que estão obrigados esses profissionais difere do sigilo a que estão obrigadas as instituições financeiras, porque os banqueiros, em princípio, "só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis, sendo diversa a situação do advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, às vezes conhecido somente da consciência dos confidentes." (*in* "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed. Rev. e atualizada, Forense, Rio, 1985, p.619/620).

A fraqueza do argumento é espantosa. Os banqueiros, os médicos, os advogados e os próprios padres (sic), na esmagadora maioria das vezes são procurados para assuntos lícitos e confessáveis. Além do que, em matéria que envolva ilicitude com consequências jurídicas, não se pode conceber o prejulgamento das autoridades administrativas, pois isso fere, frontalmente, a garantia consagrada no § 4º, do art. 153, da Constituição Federal.

Se às autoridades administrativas for dado julgar da licitude dos negócios efetuados por terceiros, especificamente contribuintes, como critério para exigir acesso a sigilo bancário, estará havendo uma usurpação de funções constitucionais do Poder Judiciário. Só este poderá qualificar definitivamente como ilícito qualquer negócio.

O que se pretende, com essa interpretação especiosa é autorizar ou consagrar o livre trânsito do processo da simples dúvida administrativa, que é negação fundamental do "due process of law".

Além disso, em face do CTN, a Lei federal nº 4.595/64 é lei especial cabendo, com toda a pertinência, a lição de CAMPBELL BLACK:

"Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a sua supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especificamente com o assunto de que se trata". (...Book on the Construction and Interpretation of the Law, 2ª Edição, pág. 32B, apud Alvaro Mello Filho, id., ibid.).

Voltando, pois, à Lei nº 4.595/64, resta examinar a expressão "processo instaurado", que é a chave de acesso das autoridades tributárias às informações cobertas pelo sigilo bancário.

A expressão é dúbia porque, enquanto "processo" é um denominativo peculiar ao procedimento judicial, o qualificativo "instaurado" é peculiar ao procedimento administrativo.

Parece-nos, porém, embora se dirá que tal entendimento tornará de certa forma inútuos os §§ 6º e 7º, do art. 38, da Lei federal nº 4.595/64, ser mais consentâneo com a natureza do sigilo bancário, com a sistemática do art. 3B da Lei nº 4.595/64 e com a própria natureza do instituto, sem prejuízo do interesse público na tutela da moralidade pública e privada, que se entenda aquela expressão, dando maior relevância à sua primeira palavra (processo), para entender que o acesso das autoridades administrativas (federais e estaduais, excluídas as municipais) ao sigilo bancário, se fará no processo de execução fiscal ou em qualquer

medida judicial incidental ou preparatória, mas sempre sob a batuta do Poder Judiciário.

Cumpra observar que o procedimento administrativo não possui formalidades obrigatórias nem os agentes do fisco a formação e estrutura do Poder Judiciário, suficientemente apta a tratar as exceções do sigilo bancário com a necessária segurança e adequada reserva.

13. Poderia parecer que, se não na imprevisível riqueza da realidade fática, pelo menos em termos da postulação teórica e de solução, para a pergunta posta, no momento da resposta, tivéssemos chegado ou esgotado o aspecto nodal da questão.

Infelizmente não é assim.

É que ao ser a questão reexaminada, na Procuradoria do Domínio Público, desta Procuradoria-Geral do Estado, o ilustrado Procurador Doutor Telmo Candiota da Rosa Filho, levantou, com toda a acuidade, o fio de outra meada que, no seu enfoque, teria o condão de abrir, naquilo que entendemos fechado, a porta à ação fiscalizadora dos órgãos estaduais de controle, no que respeita ao que, no BERGS, é atividade bancária.

Atém-se o sobredito Procurador ao fato de que o antes transcrito § 1º, do art. 7º da Lei federal nº 6.223/75, com a redação introduzida pela Lei federal nº 6.525/78, justamente ao delimitar a competência fiscalizadora dos Tribunais de Contas, no que respeita às entidades da Administração Indireta, inclui, entre os parâmetros limite, a verificação da exatidão de contas e da *legitimidade dos atos*.

Essa temática orienta o analista para a complexa questão da legalidade administrativa.

É tranqüilo que a expressão legitimidade dos atos, tenha ou não sido deliberadamente incluída no texto, alcança por força própria de seu objetivo significado, mais do que a simples aferição de legalidade, mesmo considerando que a perquirição dos motivos, e não só a eventual rigidez formal, integra o critério verificador da simples legalidade do ato administrativo.

Assim como o delicado limite da chamada "matéria política", impeditiva da manifestação jurisdicional tem sofrido não poucas pressões por parte dos próprios juízes e tribunais, ciosos de preservar, em sentido amplo, determinados padrões de legalidade e moralidade, exigidos por uma sociedade cada vez mais esclarecida e participativa, assim também quem verificar a atividade cotidiana dos Tribunais de Contas, verá uma nítida tendência evolutiva, que vai da simples verificação da exatidão das contas, a uma avaliação de desempenho, que transcende o juízo de legalidade e mergulha no de legitimidade dos atos, de que fala o sobredito § 1º, do art. 7º, da Lei federal nº 6.223/75 supracitada.

Recentemente, ao decidir sobre ação popular, impetrada contra o ex-governador Amaral de Souza e outros, impugnando a legitimidade da despesa do mesmo BERGS, referente a publicações em que esse Banco esclarecia a opinião pública, face à retaliação oferecida por um dos maiores devedores, então executado, tanto Desembargadores quanto o representante do Min. Público, afirmaram, textualmente, e, contrariamente ao texto da lei e da própria Constituição, sua competência para avançar sobre os motivos da decisão eminentemente política daquelas publicações. Cumpra lembrar que os réus defendiam-se, alegando que uma instituição, pertence à Administração Indireta, tornará públicas

as razões, pelas quais o Governo, como um todo, sofria a que maciço do devedor inadimplente executado. O resultado foi absolutório, mas o que importa é a constatação de que as razões de voto mostraram claramente que os limites tradicionais da chamada "questão política" já não se revelam satisfatórios, face aos anseios novos de justiça, legalidade e credibilidade da Administração Pública.

O mesmo vale, como já se disse, para a atividade dos Tribunais de Contas.

De qualquer forma, porém, embora mais limitados do que os administradores privados, os administradores públicos ainda conservam uma larga margem de discricão, dentro da qual são juizes absolutos da correção de seus atos. Paradoxalmente, são as próprias exigências que a sociedade nova põe a uma administração, via de regra, desaparelhada e despreparados para atender-lhe aos reclamos, mormente no campo social, com a necessária presteza, que impõem ao administrador a coragem de avançar no campo do não expressamente proibido, no campo do negócio indireto, no campo dos poderes implícitos.

Não raro as soluções heterodoxas, determinadas por situações e circunstâncias incomuns, são objetos de destaque pela zelosa fiscalização do Egrégio Tribunal de Contas, que, constatada situação incomum, solicita esclarecimentos à autoridade responsável e, na medida das razões recebidas, considerá-las-á para aprovar ou não as respectivas contas sem deixar no entanto, de prosseguir solicitando a substituição das soluções provisórias por outras mais bem institucionalizadas.

Nessas hipóteses, é comum o emprego do qualificativo "irregular", como sinônimo de incomum, como destaque de situação que merece tratamento evolutivo no sentido da provisoriedade para a definitude e, não, como sinônimo de ilícito administrativo, de quebra da legalidade administrativa, pois esta levaria à não aprovação das respectivas contas.

O Banco Central, em sua atividade fiscalizadora das instituições financeiras, comumente age da mesma forma com relação a operações que se apresentam discrepantes dos cânones fixados, sem caracterizar atividade ilícita, apontando a irregularidade e recomendando sua superação.

É, pois, preciso ter bem presente, nesta matéria, que além do conceito comum de irregularidade, como sinônimo de ilícito, muito ao gosto dos sicofantas; além do sentido técnico, peculiar ao Direito Administrativo, referido ao pequeno defeito, existe outro sentido significativo, tão-somente, de um alerta onde as autoridades de controle, percebendo a boa razão do administrador, captando-lhe a boa fé na perseguição do interesse público, apontam a necessidade, por vezes reiterada, da substituição das soluções provisórias.

Nessas circunstâncias, dominadas pelo cunho da excepcionalidade, ao administrador, cômico de sua responsabilidade política, impõe-se, não raro, o doloroso dilema entre a ortodoxia e a *alternativa socialmente menos traumatizante*, a impor-lhe, sem outra opção, soluções emergenciais, num quadro que se aproxima ou lembra os contornos conceituais do estado de necessidade ou da inexistência de conduta diversa.

Não poucas têm sido as ocasiões em que a solução de emergência é a única alternativa para salvaguardar a credibilidade financeira do Estado e até para atender à obrigação primeira do Governo, qual seja a de assegurar a paz social e a ordem pública, restando, como última alternativa, tão-somente a solução socialmente menos danosa.

Por isso, já em 1954, no Tribunal de Contas da União, diria o Ministro BROCHADO DA ROCHA: "muitas vezes, porém, uma despesa, feita com preterição de formalidades legais, é manifestamente vantajosa para o erário e não seria justo que o Estado se beneficiasse com ela, em detrimento de seu ordenador". (APUD Parecer n.º 1023 TCE/RS, Relator Cons. EURICO TRINDADE NEVES).

É evidente, porém, que, mesmo num campo tão delicado quanto este, porque essencialmente mutante, há um norte seguro; e coragem do administrador, a prudência do administrador moderno, que não se confunde com escorar-se tipicamente nas fórmulas simplistas de uma legalidade empobrecida, mas em saber avançar sempre, quando e onde o avanço se justifica, abre um novo patamar de juízo, e este passa a ser o ponto nodal da questão: é que por sobre não ser contra a lei, por sobre poder caminhar tranqüilamente no campo do negócio indireto ou no dos poderes implícitos, deve o administrador, sempre, agir proporcionalmente às metas visadas.

Será ilegítimo o ato administrativo que se revela desarrozoado, face ao resultado visado. Não importa o êxito; o fracasso não implica a ilegitimidade ou a ilegalidade. O que fere a legitimidade é justamente a falta daquilo que no Direito anglo-saxônico se denomina "consideration". O ato deve guardar proporção com os fins, deve revelar uma capacidade razoável, hipoteticamente razoável, hipoteticamente adequada, à obtenção do resultado visado, ainda que heróico o meio empregado; ainda que heterodoxo o meio empregado.

Legalidade e legitimidade do ato deixaram, num período transicional como o que estamos vivendo, de confundir-se com ortodoxia.

Essa questão é muito delicada, na medida em que, dentro do contexto global da crise de transição, da "era da incerteza", de GALBRAITH, ou do "ponto de mutação", de FRITJOF CAPRA, que é universal e atinge todos os valores, o Brasil vive uma subcrise local, de transição institucional, porque as instituições de 1964 esgotaram toda sua credibilidade, determinando a transição de 1985 (fenômeno igual ao que ocorreu em 1889, em 1930, em 1932-34, em 1937, em 1945 e ocorrerá sempre que se verificarem as mesmas premissas).

Diante pois dessa sede de credibilidade, que nessas ocasiões empolga a sociedade, é preciso ter muito equilíbrio para não confundir legalidade e legitimidade com uma ortodoxia tímida e inoperante. É preciso ter bem presente que legitimidade e heterodoxia podem andar de mãos dadas, desde que se mantenha sempre, na formação do juízo de conveniência, o critério de razoabilidade. É preciso, para que o ato seja legítimo, que o administrador esteja assistido da boa razão.

Entendemos perfeitamente coerente com as exigências de nossa época que os órgãos de controle perquiram a legitimidade dos atos, como aliás lhes faculta a lei expressamente.

Não se diga, finalmente, que a Lei federal n.º 6.223/76 (com as alterações trazidas pela Lei federal n.º 6.525/78), que introduziu especificamente a expressão "legitimidade" dos atos, e posterior à lei do sigilo bancário. É preciso ter bem presente que esta legislação que atribui e limita competência aos Tribunais de Contas é regra geral de controle e, como norma geral, segundo princípio assente nas bases de hermenêutica do direito brasileiro, não tem forças para sobrepujar a norma especial, obviamente exceptiva, que é a tutelar do sigilo bancário.

Tal circunstância, de qualquer modo não altera nossa conclusão anterior, eis

que ela não confere aos órgãos de controle poder para transcender a jurisdição na qual se dedica a respectiva competência.

Agirão com aquela profundidade, porém, nos limites jurisdicionais de sua competência.

14. Para concluir, cumpre observar que o Estado, e todas as pessoas administrativas e mesmo entidades da tessitura administrativa estatal não personalizadas, podem manter relações bancárias com o BERGS e outras instituições financeiras. Obviamente não se pretenderá barrar as atividades de controle, ordinárias e extraordinárias, previstas no sistema dessa atividade, no que respeita a essas relações bancárias, com base no sigilo bancário.

O sigilo bancário não existe para o próprio cliente. Quando os órgãos institucionalmente unidos, no contexto da administração estatal, para exercer-lhe o controle de contas, perquirem sobre as relações do Estado e de qualquer órgão de sua administração com qualquer banco, estão na mesma situação do cliente que deseja saber sobre suas relações com o banco; uma CPI ou o Tribunal de Contas, em relação às contas da Administração Pública como um todo, em qualquer banco, perguntam em nome do Estado. Não há, no caso, a barreira do sigilo bancário; não há como invocá-la.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 28 de março de 1988.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

HORÁRIO BANCÁRIO

MARIA IZABEL DE A. R. FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 7.035

BANCOS. Horário de expediente. Fixação pelo Município. Não é de reconhecer-se o peculiar interesse do Município quando o interesse nacional é superior ao interesse local. Projeto de lei municipal. Inconstitucionalidade.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE VACARIA solicita parecer desta Procuradoria-Geral do Estado sobre a matéria versada no Projeto de Lei n° 08/86, que fixa horário de funcionamento de bancos, a fim de ser examinada, em especial, a constitucionalidade do mesmo.

É a consulta.

A questão que vem a exame diz respeito à competência municipal para disciplinar o horário de atendimento ao público pelos bancos.

O Projeto de lei n° 08/86, de iniciativa da Câmara Municipal de Vacaria, estabeleceu em seu artigo 1°:

"Artigo 1° — O artigo 173, do Código de Postura do Município de Vacaria, de 14 de dezembro de 1979, é acrescido, do item XIX, fixando o horário especial das 10 (dez) às 16 (dezesseis) horas para expediente externo dos estabelecimentos bancários e similares."

Seria a matéria versada no referido projeto de lei atinente ao peculiar interesse do Município?

O Supremo Tribunal Federal já afirmou jurisprudência no sentido de que é da competência da União e não do Município, regular o horário de trabalho interno e externo dos estabelecimentos bancários.

Lê-se na ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 89.942-SP, Tribunal Pleno, Relator DÉCIO MIRANDA, em 16 de novembro de 1978, v. 89, julho, 1979, p. 89:

"Constitucional. Horário de bancos. Peculiar interesse do Município. Não é de reconhecer-se quando o interesse nacional sobrepuja o interesse local. Competência da União, e não do Município, para regular tanto o horário interno de trabalho como o externo de atendimento ao público pelos bancos."

Acentua o Ministro DÉCIO MIRANDA em seu voto prolatado por ocasião do mesmo julgamento:

"Sob o aspecto jurídico, impõe-se a necessidade de comparação entre o peculiar interesse do Município e o interesse do Estado-membro ou da União."

Os fatos da vida financeira atual, a interligação entre os estabelecimentos bancários pela rede cada vez mais eficiente e veloz de comunicações, e a integração dos estabelecimentos bancários num sistema

nacional que tem órgãos de cúpula na Administração Federal, tudo isso levado em conta, tenho que, no caso, o interesse nacional sobrepuja o interesse municipal, que assim deixa de lhe ser peculiar."

O entendimento adotado é, pois, no sentido de que a fixação do horário de funcionamento dos estabelecimentos bancários é matéria que não se situa no peculiar interesse do Município, mas na competência da União, já que está ligada à política de crédito, sendo objeto de disciplina de legislação federal específica. (artigo 8º, item XVII, letra 1, da Constituição Federal).

Já no voto do eminente Relator ALIOMAR BALEEIRO, por ocasião do julgamento do RE nº 79.253, de 11 de outubro de 1974, Revista Trimestral de Jurisprudência nº 74, p. 820, lê-se a seguinte passagem:

"A atividade bancária, pela sua conexão com os problemas de moeda, crédito, inflação, câmbio, balanços, pagamentos, etc., está comandada discricionariamente por órgão da União, o Banco Central. O horário dos bancos, que não é assunto exclusivo do direito trabalhista, deve ser isócrono no país, em cujo território as empresas desse gênero se expandem em vasta rede de estabelecimentos ou agentes que pelo telefone e telex, se comunicam com as matrizes e lhes cumprem instruções e ordens, muitas das quais derivadas do Banco Central. Este, tanto pode deliberar a qualquer momento um feriado bancário, quanto pode prorrogar o horário de todas as agências bancárias até meia-noite, como já fez para recebimento de declarações de imposto de renda. Se for permitido a Pindamonhangaba restringir a duração de horário de bancos, como fez, ou ordenar-lhe que interrompa as atividades às dezesseis horas, Camamu poderá restringir ainda mais aqueles horários e determinar que os guichês desçam as grades às 15h30min. Nenhum estabelecimento da mesma rede bancária nacional poderá efetuar o pagamento por meio de outro estabelecimento congênere na praça de Pindamonhangaba às 16h15min, porque a edilidade não quer. O interesse nacional mais relevante, do Brasil todo, curvar-se-á àquilo que o próspero Município paulista erigiu em seu 'peculiar interesse'."

E prosseguiu o eminente ministro:

"A lei, penso, tem um alcance prático de realizar o máximo de potencialidades nacionais. El-rey de Portugal, a 12.000km de distância, teve de cometer, a cada Senado da Câmara no Brasil poderes de ordenar aos almotacéis a hora de abrir e fechar a padaria na vila sem banco. Hoje, o ato do Príncipe já não necessitará de delegar tanto arbítrio à Vereança. A técnica de comunicações melhorou muito e as relações econômicas rápidas nos negócios intermunicipais, interestaduais e internacionais, exigem que o interesse peculiar de um Município só deixe sobreviver o interesse geral de 'todos' os outros Municípios, que constituem a Nação". (RTJ, 74/820).

A instituição bancária se integra no Sistema Financeiro Nacional, subordinando-se às regras contidas na Lei federal nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispôs sobre o referido Sistema e criou o Conselho Monetário Nacional fixando suas atribuições.

Segundo o artigo 1º, item V, desta lei:

"Artigo 1º — O Sistema Financeiro, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído:

V — das demais instituições financeiras públicas e privadas."

O artigo 4º da mesma lei, com a redação dada pela Lei nº 6.045, de 15 de maio de 1974, diz:

"Artigo 4º — Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

VIII — regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas a essa lei, bem como a aplicação das penalidades previstas."

E o artigo 9º do referido diploma prevê:

"Compete ao Banco Central da República do Brasil (hoje Banco Central do Brasil) cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional."

A Resolução nº 428, de 26 de maio de 1977, do Banco Central do Brasil, diz que o referido Banco na forma do disposto no artigo 9º da Lei nº 5.495/64, torna público que o Conselho Monetário Nacional, tendo em vista o disposto no artigo 4º, item VIII da mesma Lei, resolve estabelecer horário de atendimento ao público nos bancos comerciais, entre outros, na forma que especifica.

Atualmente, a Circular nº 1.014, de 25 de março de 1986, do Banco Central do Brasil, comunica que a diretoria do mesmo banco decidiu, com base no disposto na Resolução nº 428, de 26 de maio de 1977, estabelecer os seguintes horários de atendimento ao público nos bancos comerciais, entre outros que menciona:

"a) nos Municípios das Capitais de estados, de Territórios e no Distrito Federal, e nos de 1ª (primeira) categoria:

— início nunca antes das 10:00 (dez) e encerramento no máximo às 16:30 (dezesseis e trinta) horas.

b) nos demais Municípios:

— início às 11:30 (onze e trinta) e encerramento às 16:30 (dezesseis e trinta) horas."

A matéria está, pois, afeta a interesse nacional, não dizendo respeito ao peculiar interesse do Município.

Analisando-se a fixação de horário de bancos pelos Municípios à luz de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal constata-se o seguinte:

Inicialmente, através da Súmula nº 419 do Supremo Tribunal Federal, decidiu-se:

"Os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas."

E na ementa do recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 11.291-São Paulo, o qual é mencionado como julgamento de base à referida Súmula, lia-se:

"Banco. Horário bancário. Os estabelecimentos bancários têm direito de funcionar com portas abertas num horário de seis horas

contínuas, a ser fixado pelo Município, entre 7 às 20 horas, de segunda a sexta-feira. Recurso provido."

Conforme o voto proferido pelo Ministro GONÇALVES OLIVEIRA (Relator):

"A União tem, com efeito, poder de legislar sobre 'comércio exterior e interestadual, instituições de crédito, câmbio...' (Const., artigo 5º, nº XV, letra k), competência repetida no artigo 149: 'A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos.' Daí decorre, a meu ver, uma ação ampla da legislação federal.

E a lei federal, a Consolidação das Leis do Trabalho, contém dispositivo que, amparando os bancários, dá implicitamente aos bancos o direito de ter os seus estabelecimentos abertos por 6 horas contínuas, assim como dá às casas comerciais o direito de funcionar 8 horas por dia (artigo 58 da C.L.T.)."

Adiante:

"O direito do estabelecimento ao horário contínuo de seis horas decorre de lei federal e horário de banco é de se entender — horário de funcionamento de banco. Nem se compreende que resolução local possa limitar esse direito dos estabelecimentos — matéria de direito substantivo — se são obrigados a pagar seus empregados as seis horas de serviço. E pode ocorrer, como muitas vezes ocorre, que o banco não tem serviço interno de três horas, como é o caso, para seus empregados e, assim, não poderão ser prejudicados por norma local."

Posteriormente, analisou-se a matéria, especialmente, pelo confronto entre as leis municipais relativas ao horário de funcionamento dos estabelecimentos bancários e a Lei federal nº 4.595/64, anteriormente mencionada.

O argumento que havia sido acolhido, de infringência à Consolidação das Leis do Trabalho, passou a ser desconsiderado, na medida em que se entendeu que a lei municipal exigindo determinado horário de funcionamento externo dos bancos, não está legislando sobre direito do trabalho nem alterando a jornada de trabalho fixada na referida Consolidação. O banco organiza escala de serviço que propicie a manutenção de seu estabelecimento ao público, durante o período previsto na lei municipal, obedecida a jornada de trabalho de cada empregado.

A leitura dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, relativos à fixação de horário de funcionamento de bancos pelo Município, demonstra que a Suprema Corte do país deslocou o tema, posteriormente, para o terreno específico da competência da União.

Com propriedade, ressalta o Ministro MOREIRA ALVES, em voto proferido no já mencionado RE número 89.942-SP:

"2. Do exame a que procedi, verifiquei que essa matéria tem sido analisada em face de preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho, para verificar a compatibilidade, ou não dos horários estabelecidos pelo Município e a duração normal do trabalho em estabelecimento bancário consoante a disciplina que a legislação federal lhe dá.

3. No caso, não se pode invocar incompatibilidade entre as normas, a respeito, que se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho e a lei municipal sob exame, porquanto esta não estabelece período ininterrupto de atendimento ao público capaz de impedir a ob-

servância da jornada normal de trabalho disciplinada naquele. Com efeito, a Lei nº 1.497/71 do Município de Jaú (SP) fixa, apenas os limites do horário em que os estabelecimentos bancários podem ficar abertos ao público, limites esses que não impossibilitam se cumpra a jornada normal de trabalho.

4. A questão, a meu ver, se desloca para o terreno constitucional da competência da União e do Município. Horário de atendimento ao público por parte dos estabelecimentos bancários é matéria que diga respeito ao peculiar interesse dos Municípios? Ou está ela de tal forma entrosada com a política de crédito que se enquadra no âmbito desta, e conseqüentemente, deve ser objeto de disciplina de lei federal (artigo 8º XVII, 1, da Emenda nº 1/69)?"

A matéria não é incluída no 'peculiar interesse' dos Municípios, pois, o interesse nacional sobrepuja o interesse local. É da competência do Conselho Monetário Nacional dispor sobre o funcionamento das instituições financeiras fixando o horário de expediente interno e externo das mesmas.

Neste sentido, entre outros, cita-se os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal:

RE nº 89.942-SP (Tribunal Pleno). Relator Min. DÉCIO MIRANDA, em 16-11-78, RTJ v. 89 (p. 335-342); RE nº 80.365, 1ª Turma, Relator ANTÔNIO NEDER, em 9-6-81, RTJ v. 100, p. 1.094; RE nº 91.505-MS (Tribunal Pleno). Relator DÉCIO MIRANDA, em 10-10-79, RTJ v. 92, pág. 924.

Cumpra mencionar decisão no mesmo sentido, de nosso Tribunal de Justiça, nos Embargos Infringentes nº 24.701, Relator ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em 5 de agosto de 1977.

Considerando o exposto, conclui-se pela inconstitucionalidade do Projeto de Lei Municipal nº 08, já que a matéria ali versada, conforme anteriormente exposto, é de competência da União e não do Município.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 03 de fevereiro de 1987.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 7.313

ISSQN

Fornecimento de mão-de-obra.

Estabelecimento prestador — artigo 12, letra
"a" do Decreto-lei 406/68.

Prestação dos serviços em Município vizinho.

O MUNICÍPIO DE SAPUCAIA DO SUL, através de sua Procuradoria Jurídica, encaminha consulta a esta Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, onde relata que a firma Transportadora Cruzeiro do Sul Ltda., estabelecida naquela municipalidade, presta serviços internos de remoção de lenha à S. A. Moinhos Riograndenses, localizada na cidade de Esteio.

Ao expediente foram anexados o contrato social da Transportadora Cruzeiro do Sul Ltda., notificação da Prefeitura Municipal de Sapucaia do Sul à prestadora dos serviços e a nota fiscal de prestação de serviços.

Foi juntado, ainda, Recurso Administrativo interposto pela firma notificada, onde esta, alegando haver recolhido o imposto municipal a Esteio, entende estar desobrigada do pagamento respectivo à Prefeitura Municipal de Sapucaia do Sul.

Face ao exposto e aos elementos juntados, pergunta a Consultante:

"Qual o local de pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza — ISSQN — da Transportadora Cruzeiro do Sul, uma vez que esta transportadora não possui filial na cidade de Esteio?"

É o relatório.

O imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência do Município, encontra sua vertente constitucional no texto do artigo 24, II da Lei Maior, *verbis*:

"Art. 24 — Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

.....
II — Serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar."

À lei complementar deixou, assim, o legislador constituinte a definição dos fatos que, uma vez ocorridos no mundo fenomênico, determinarão a incidência do tributo, excluídos, por disposição constitucional, os serviços de competência da União e dos Estados.

A lista anexa ao Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, Lei de natureza complementar à Constituição, na redação do Decreto-lei nº 834, de 8 de setembro de 1969, elencou em seu item 18, entre os serviços de competência do Município, os de "recrutamento, colocação ou fornecimento de mão-de-obra, in-

clusivo por empregados do prestador dos serviços ou por trabalhadores avulsos por ele contratados", no que foi reproduzida pelo artigo 26, item 16, da Lei local n.º 758, de 14 de dezembro de 1979.

A hipótese versada nos autos subsume-se no item supratranscrito, pois que, a prestação de serviços internos de remoção de lenha, implica a colocação de mão-de-obra à disposição do estabelecimento tomador dos serviços, juntamente com o equipamento necessário à execução dos mesmos. Tal importa em reconhecer estarem ditos serviços sujeitos à incidência do ISSQN.

A dúvida colocada na consulta diz respeito, no entanto, à incidência da norma tributária, considerados os seus aspectos subjetivo e espacial, é dizer: questiona-se da competência do Município para tributar serviços prestados, em território vizinho, por empresa sediada em seu território.

O aspecto subjetivo da norma, ou hipótese de incidência tributária visa a definir, desde o primeiro momento, expressa ou implicitamente, o sujeito ativo do tributo, fornecendo critérios para determinação do sujeito passivo, a partir da ocorrência do fato imponible.

Com efeito, refere GERALDO ATALIBA:

"O aspecto pessoal ou subjetivo é a qualidade — inerente à hipótese de incidência — que determina o sujeito da obrigação tributária, que o fato imponible fará nascer. Consiste numa conexão (relação de fato) entre o núcleo da hipótese de incidência e duas pessoas, que serão erigidas, em virtude do fato imponible e por força da lei, em sujeitos da obrigação. É pois um critério de indicação dos sujeitos, que se contém na h.i." (*in Aspectos da Hipótese de Incidência Tributária*, Ed. RT, SP, 1984, p. 77).

Ocorre que o critério de determinação do sujeito ativo da obrigação tributária está, nas mais das vezes, estreitamente ligado ao seu aspecto espacial. É que a lei tributária, em princípio, obriga em todo o território da Comuna, vigorando na área espacial sobre a qual o Município exerce a sua autonomia.

O legislador, no entanto, pode fixar critérios legais que vinculem fatos geradores ocorridos, total ou parcialmente, fora do território municipal ao poder tributante da municipalidade. Se a lei nada disser, presume-se que o lugar relevante para o nascimento da obrigação é aquele onde ocorreu o fato imponible. Pode, a despeito, a lei erigir, por ficção, como local da ocorrência do fato, outro, que não aquele onde efetivamente se deu.

JARACH ressalta, que quando a lei menciona fatos

"... situados em determinada área não é uma definição do aspecto objetivo do fato imponible; é uma vinculação deste aspecto objetivo com o sujeito ativo da imposição, porque, como se vê, se estabelece uma relação entre o aspecto objetivo — que é a disposição da propriedade de um imóvel determinado e a entidade política, territorial, que é o sujeito ativo." (*Apud Geraldo Ataliba*, ob. cit. p. 99)

Atento a tal aspecto, dispõe o legislador do Decreto-lei n.º 406/68, no artigo

12:

"Art. 12 — Considera-se local da prestação dos serviços:

a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;

b) no caso da construção civil, o local onde se efetuar a prestação.

Bem se vê o legislador quis preponderasse, ao fixar o critério espacial de incidência da norma, o local onde se situa o estabelecimento prestador, em detrimento do local da prestação dos serviços, prevalecendo o último, apenas, na hipótese de construção civil.

A lei municipal, a sua vez, estabeleceu (Lei n.º 758/79, com alterações da Lei n.º 1.142/86):

"Art. 28 — considera-se local da prestação do serviço:

I — o estabelecimento prestador ou, na falta deste, o seu domicílio;

II — o do local onde se efetuar a prestação, nos serviços de execução de obras de construção civil ou hidráulicas.

Parágrafo único — Considera-se estabelecimento prestador o local onde são exercidas, de modo permanente ou temporário as atividades de prestação de serviços, sendo irrelevante para caracterização deste a denominação de sede, filial, agência, sucursal, escritório de contato ou de representação ou outras que venham a ser utilizadas."

Ao definir o que se deva entender por estabelecimento prestador, a lei municipal faz coincidir o seu conceito com o do local onde são exercidas, de modo permanente ou temporário, as atividades de prestação dos serviços. Assim dispondo, não destoou a regra local do mandamento inscrito no art. 12 do Decreto-lei n.º 406/68, cuja exegese, longe de se mostrar pacífica, tem sido objeto das mais acirradas controvérsias.

Com efeito, corrente doutrinária há que impugna a constitucionalidade do artigo referido, quando determina se considera, como local da prestação dos serviços, o do estabelecimento prestador. E isso porque, assim definindo, alegam, "infringiu dentre outros o princípio da isonomia das pessoas políticas, o da autonomia dos Municípios, o da rígida distribuição de competências." (Marçal Justen Filho, *O Imposto sobre Serviços na Constituição*, Ed. RT, SP, 1985, p. 150; no mesmo sentido, Roque Antônio Carrazza, *Breves Comentários sobre o artigo 12 do Decreto-lei n.º 406/68*, Rev. Dir. Trib. n.º 6, p.p. 153 e segs.).

Em sentido diverso, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES:

"Nada impede, desde que a matéria seja disciplinada por lei complementar, que a lei do Município "A" alcance atividade localizada fora de seu território. Critérios definidores de competência tributária constituem opções para o legislador (complementar) que vem delimitar a aplicação da lei..." (*Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*, Ed. RT, SP, 1975, p. 484)

Entendida a norma complementar compatibilizada com o texto constitucional, eis que lhe é peculiar a função de dirimir conflitos de competências entre as diversas pessoas políticas, bem como regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (C. F., artigo 18, § 1º), é de admitir-se, no mesmo passo, a possibilidade de que vincule o legislador complementar fatos ocorridos, total ou parcialmente fora do território municipal, ao poder tributante da municipalidade.

Cumprido, aceita esta interpretação, definir o que se há de entender por estabelecimento prestador:

BERNARDO RIBEIRO DE MORAES refere

"que estabelecimento vem a ser o local fixo onde a pessoa exerce suas atividades ou administra seus negócios. Manifesta-se através da loja, do armazém, do escritório, do hospital, da oficina, da agência, do consultório, etc. Não vem ao caso a hipótese do estabelecimento ser a matriz, a filial, ou sede da empresa. O que é essencial é que a empresa tenha seu estabelecimento prestador." (ob. cit. p. 488).

Esta Procuradoria-Geral já se manifestou sobre a matéria, em Parecer que levou o n.º 6232, de lavra do Procurador do Estado RENITA MARIA HULLEN, entendendo como elementos essenciais à configuração de estabelecimento prestador: a habitualidade com que os serviços são prestados e o fato de que o exercício da atividade profissional do contribuinte não pode ser dissociado de uma estrutura organizativa, que tenha por fim esse desempenho.

Quanto ao primeiro elemento — habitualidade da prestação dos serviços no Município de Esteio — nada informam os autos, sendo certo que é afirmado ter a empresa transportadora sede ou filial, tão só, na cidade de Sapucaia do Sul.

É ainda BERNARDO RIBEIRO DE MORAES quem menciona que o estabelecimento, para fins tributários, é

"essa manifestação material em que a pessoa se situa no espaço em que exista um centro de ocupação habitual. Sem essa manifestação do exercício de atividades, ou esse núcleo de ocupação habitual, inexistente estabelecimento...."

De fato a idéia de estabelecimento acha-se ligada à idéia de lugar onde se praticam atos, onde exista administração ou representação." (ob. cit. pp. 488/489).

Nestes termos colocada a questão e aceito o entendimento doutrinário da corrente que propugna pela constitucionalidade do artigo 12, letra "a" da regra complementar, a conclusão encaminha-se no sentido de não ser o Município de Esteio o sujeito ativo do ISSQN, devido pela prestação de serviços realizada nos limites de seu território, por firma que detém filial em outro Município e, segundo consta, nenhum escritório de representação, agência, sucursal, ou estabelecimento congênere em Esteio.

É que o legislador complementar, com a finalidade de dirimir dúvidas quanto à pessoa jurídica tributante, quis, expressamente, que se considerasse como o lugar de prestação dos serviços aquele onde se situa, no mínimo, um núcleo de administração ou representação do prestador.

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime de 5 de agosto de 1980, assim ementado:

"Imposto sobre serviço. Publicidade para lista telefônica estadual. Assinantes residentes em Municípios diferentes do mesmo Estado. Exegese dos artigos 10 e 12 "a" do Decreto-lei n.º 406/68

II — Para efeito da cobrança do tributo o que importa é o local do estabelecimento prestador, posto que situada em Município diverso sua matriz, contribuinte do imposto.

Recurso extraordinário conhecido e provido." (RTJ 97 págs. 811/814).

Do acórdão referido, importa, por oportuno, trazer à colação excerto do voto do Relator Min. Thompson Flores:

"O que importa para o efeito da cobrança do tributo é o local do estabelecimento prestador, contribuinte do imposto. É o que se extrai do disposto nos arts. 10 e 12 "a", do citado Decreto-lei n.º 406.

In casu em Municípios do interior são angariadas assinaturas da lista. Mas os contratos são elaborados na filial em Salvador onde por certo são pagos.

Aí, por força da lei é o local da prestação do serviço (art. 12, a) gerador do tributo porque relacionado na respectiva lista com a redação que lhe deu o Decreto-lei 834/69, n.º 35."

No mesmo aresto, lê-se, ainda no voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE:

"Mas o fato é que a lei, clarissimamente, estabelece que o local de prestação de serviços, em casos como este, é o do estabelecimento prestador. Não importa indagar onde se assinou o contrato, ou onde se imprimiram as listas, desde que o estabelecimento prestador foi tido e havido, e não poderia deixar de sê-lo, como o escritório ou a filial, enfim, a representação do contribuinte na cidade de Salvador."

E o Tribunal de Alcada Civil do Estado de São Paulo, através de reiteradas manifestações, tem sufragado o mesmo entendimento, consoante as decisões seguintes:

"Imposto sobre serviços — Prestadora de serviços sediada em S. Paulo — Locação de guindastes — Serviços prestados em outra localidade — Tributo devido à Prefeitura Paulista" (Ap. 261.920 — 2ª Câmara — Apte. Juízo de Direito — Apda. M. Dedini S.A. Metalúrgica — j. 24.2.82 — rel. Juiz Roque Komatsu RT 570, p. 136)

"Imposto sobre serviços — Raspagem e lustração de assoalho — Prestação fora da capital paulistana — Empresa com sede nesta — Tributo devido — Alíquota — Cobrança procedente. Recurso Provido" (Reexame n.º 245.327 — Capital — Recte: Juízo de Direito — apda. Sociedade Brasileira de Raspagem e Aplicações Ltda. — SOBRAL, RT 521, pp. 148/150)

Diante de todo o exposto, concluímos:

1. A questão colocada na consulta admite mais de uma solução, vez que a exegese do artigo 12, letra "a" do Decreto-lei n.º 406/68 não se encontra pacificada, a nível de doutrina.
2. Considerados os elementos informados — não existir estabelecimento prestador dos serviços, assim entendido qualquer escritório, sucursal, agência, filial, etc. da empresa tributada no Município de Esteio — O Município de Sapucaia do Sul pode ser considerado o competente para lançar e cobrar o tributo incidente sobre serviços prestados no território da comuna vizinha.
3. A conclusão posta no item 2 supra, encontra fundamento no artigo 12, letra "a" do Decreto-lei n.º 406/68 e no entendimento doutrinário e manifestações jurisprudenciais referidos.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 04 de novembro de 1987.

LICITAÇÃO

ANA MARIA LANDELL DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 7.465

Publicidade dos atos seletivos às modalidades licitatórias, especialmente as referentes a tomadas de preços e concorrências. Interpretação do Decreto-lei n° 2.300/86 e alterações posteriores.

Normas de observância cogente para os Municípios.

Vem a exame nesta PROCURADORIA DE ASSUNTOS MUNICIPAIS indagação formulada pela PREFEITURA MUNICIPAL DE HUMAITÁ referente à aplicabilidade de determinadas regras do Decreto-lei n° 2.300/86, com as alterações posteriores efetivadas pelos Decretos-leis n°s 2.348/87 e 2.360/87, especificamente as revogadoras do procedimento administrativo do convite e da publicidade dos atos públicos relativos à Concorrências e Tomadas de Preços, uma vez que inexistente jornal oficial e mesmo imprensa privada na localidade consulente.

É o relatório.

O problema proposto no expediente diz respeito, essencialmente, com as regras gerais relativas à licitação e aplicáveis aos Estados e Municípios por força do artigo 85 do Decreto-lei n° 2.300, de 21 de novembro de 1986, alterado pelos Decretos-leis n°s 2.348, de 24 de julho de 1987 e 2.360, de 16 de setembro do mesmo ano.

"Art. 85 — Aplicam-se aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as normas estabelecidas neste Decreto-lei.

Parágrafo único — As entidades mencionadas neste artigo não poderão:

a) ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação da licitação, nem os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação;

b) reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, nem os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos."

Como se observa, pela letra do dispositivo retrotranscrito, se trata de normas gerais disciplinadoras de matéria vinculada à gestão financeira de órgãos públicos e, portanto, aplicáveis aos Estados e Municípios por força do escrito no artigo 8°, XVII, letra c, da Constituição da República, que confere essa competência expressa à União.

Não se trata de ferir ou retirar, nesse particular, a autonomia estadual ou o peculiar interesse do Município, mas, sim, estabelecer para todo o território nacional, dentro do sistema federativo vigente, as regras gerais, embasadoras e moralizadoras dos princípios licitatórios, que interferem diretamente com os atos e contratos administrativos e com a atividades financeira do poder público.

Sobre a aplicabilidade dessas normas gerais aos Estados e Municípios, TOSHIO MUKAI, em sua recente obra "ESTATUTO JURÍDICO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS", Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, à pág. 9, assim escreveu:

"APLICABILIDADE DAS NORMAS GERAIS A ESTADOS E MUNICÍPIOS.

Outro aspecto preliminar, que é imprescindível aqui por em foco, diz respeito à questão da aplicabilidade das normas gerais a Estados e Municípios.

Há que se verificar se os efeitos das normas gerais de ordem financeira são imediatos e diretos em relação a Estados e Municípios, ou se, ao contrário, seria necessário que as legislações estaduais e municipais encampassem essas normas, para, somente após, terem elas aplicabilidade no âmbito territorial de cada qual.

Temos visto afirmações nesse último sentido:

Com elas não concordamos contudo, posto que o seu resultado será tornar letra morta a competência constitucional da União, dada pelo artigo 8º, XVII, c, da Constituição Federal.

Com efeito, se a União, usando de tal competência, promulga uma lei que disponha normas de cunho financeiro, é evidente que, por serem normas gerais, valem não só no âmbito da Administração Federal como no das Estaduais e Municipais, porque não teria nenhum sentido a União dispor normas gerais somente para ela própria.

Além disso, se, conforme aquela tese, os Estados e Municípios precisassem encampar aquelas normas gerais em suas legislações, para que, só então, passassem a ter cogência em seus territórios, é evidente que se determinado Estado ou Município se negasse a elaborar lei naquele sentido, tornar-se-ia, por omissão, letra morta o texto constitucional.

Por essa razão, entendemos que as normas gerais do Decreto-lei nº 2.300/86 são cogentes a Estados e Municípios, independentemente de adaptações legislativas destes às normas mencionadas daquele. Em outros termos, as normas estaduais e municipais existentes, que colidirem com as normas gerais do Decreto-lei nº 2.300/86, deverão ser afastadas, para darem lugar à aplicação direta da norma geral federal."

Há pois, nessa matéria, que distinguir o que são normas gerais de direito financeiro, dos demais dispositivos que envolvem apenas típicos procedimentos e regras de direito administrativo, dirigidos à União, suas autarquias, órgãos vinculados e subordinados. Aos Municípios e Estados cumpre, dentro de suas áreas de atribuição competencial, conferida pela Constituição da República, institucionalizar e preencher através de regras complementares e especiais, o sistema normativo, que contribuirá para a uniformidade legal do instituto das licitações na federação,

sempre, contudo, com o devido respeito às peculiaridades regionais, estaduais e locais.

Considerando o exposto, cumpre que se examine expressamente os dispositivos do Decreto-lei nº 2.300/86, com as alterações posteriores que lhe foram impostas, expressamente citadas pelo Executivo consulente, e objeto das indagações propostas no expediente.

Assim, o artigo 41 do Decreto-lei nº 2.300/86, com as alterações procedidas pelo Decreto-lei nº 2.348, de 24 de julho de 1987, especificamente ao disciplinar a habilitação preliminar no processo licitatório e a inscrição em registro cadastral, abriu a possibilidade, no parágrafo 1º, do artigo citado, e no caso da licitação ser realizada através da espécie legal convite, de a Comissão julgadora apta a apreciar e julgar o procedimento competitivo, assim definido, ser substituída por servidor designado por autoridade competente.

"Art. 41 — A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por uma comissão, permanente ou especial, de, no mínimo, três membros.

§ 1º — No caso de convite, a comissão julgadora poderá ser substituída por servidor designado pela autoridade competente."

Justifica essa regra o fato dessa modalidade licitatória pressupor a adjudicação do objeto ou serviço a profissionais e/ou empresas especializadas no ramo, já reconhecidos pela municipalidade, cadastrados pela Administração, uma vez que o registro prévio oportuniza melhor o conhecimento da atividade das empresas envolvidas no procedimento licitatório.

A autoridade administrativa competente, referida pela lei, será o dirigente máximo do órgão ou da unidade de trabalho, que detém competência legal para adjudicar o serviço, ou para desencadear os atos relativos ao procedimento licitatório, que se trate de órgãos autárquicos ou integrados à Administração Direta do Município. Na mesma linha de entendimento, se a matéria se desenvolver no âmbito da Câmara Municipal, se há de proceder.

Com respeito à segunda indagação, e que se refere com a publicidade das concorrências e tomadas de preços, expressamente regradas no artigo 19 do Decreto-lei nº 2.300/86, com redação confirmada pelo Decreto-lei nº 2.348/87, e que dispõe sobre a divulgação oficial dessas modalidades licitatórias, tendo como destinatários específicos, nessa hipótese, a União e suas unidades de serviço, ao Município não se aplica em sua literalidade, não possuindo a força cogente de norma financeira, (artigo 85 e parágrafo único do Decreto-lei nº 2.300/86), mas de procedimento administrativo obrigatório a ser seguido pelos órgãos federais.

Para maior clareza do exposto se reproduz o texto referido, onde o legislador federal expressamente determina:

"Art. 19 — As concorrências e tomadas de preços, embora realizadas no local da repartição interessada, deverão ser publicadas com a antecedência referida no parágrafo 5º do artigo 32, no *Diário Oficial local e, contemporaneamente noticiadas no Diário Oficial da União.*"

A interpretação gramatical do texto já conduz a esse entendimento, pois, se assim não fosse, teríamos o absurdo de concorrências e tomadas de preços realizadas em longínquos lugares do país, serem, obrigatoriamente e com altos custos para os Municípios e Estados, publicadas no Diário Oficial da União.

O que se objetiva com a publicidade desses atos é o conhecimento e a possibilidade de pessoas e empresas, dentro de um limite geográfico razoável e que estiverem em condições técnicas e financeiras, se habilitarem ao objeto licitado e realizarem a obra, o serviço, ou ofertarem o bem solicitado pela Administração, não implicando essa determinação legal obrigatoriedade para os Municípios, ou publicação do edital respectivo no Diário Oficial da União.

Não se trata, pois, nesse sentido, de regra geral de direito financeiro e, portanto, de observância necessária e cogente para os Estados e Municípios, como os demais princípios contidos no artigo 85 e parágrafo único do Decreto-lei nº 2.300/86, com as alterações já citadas.

O artigo 18 do Decreto-lei nº 2.300/86, mais conforta esse entendimento, ao estabelecer o limite espacial das licitações:

"Art. 18 — As licitações serão efetuadas, preferencialmente, no local onde se situar a repartição interessada.

§ 1º — A licitação poderá ser realizada no Distrito Federal, sempre que o valor do seu objeto ou o interesse público o exigir.

§ 2º — O disposto neste artigo não impedirá a habilitação de interessados residentes em outros locais."

Dessa forma e face o exposto, os Municípios não estão obrigados, conforme o regramento federal citado, a publicarem seus editais de concorrência e tomadas de preços nos Diários Oficiais da União ou do Estado, considerando que as normas referentes a esse procedimento são regras de direito administrativo e dirigidas à competência específica de cada pessoa de direito público.

Se inexistir na localidade Jornal Oficial, ou mesmo imprensa privada, o jornal da região, ou outro de maior circulação ou penetração na comunidade, poderá, para esse efeito, ser assim considerado através de regra legal específica, emanada do poder público municipal.

Seria conveniente, neste particular, que o Município consulente dispusesse normas expressas sobre esse procedimento, especialmente as referentes aos órgãos que terão competência para realizarem a publicidade oficial desses atos e, também, regras sobre o prazo mencionado no artigo 32, parágrafo 5º, do Decreto-lei nº 2.300/86 e posteriores documentos legais, já mencionados, essas sim de cogente aplicação aos Municípios e aos Estados, pois se referem aos prazos de publicidade dos atos essenciais envolvidos no procedimento licitatório, e expressamente alinhados no artigo 85 e parágrafo único do regramento federal transcrito (Decreto-lei nº 2.300/86).

"Art. 32 — O edital conterá, no preâmbulo, o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada, a finalidade da licitação, a menção de que será regida por este Decreto-lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início de abertura dos envelopes, e indicará o seguinte:

.....
§ 5º — O prazo mínimo será de trinta dias para concorrência e concurso, de quinze dias para tomada de preços e leilão, contados da primeira publicação do edital, e de três dias úteis para convite."

Trata-se, agora, de norma ligada ao ordenamento geral do instituto da licitação e de competência da União, que estabelece princípio não só de natureza ordenatória de procedimento administrativo, mas regra essencialmente ligada com

a gestão financeira e moralidade dos negócios públicos, que visa a possibilitar a habilitação e conhecimento de prováveis proponentes e interessados de uma forma uniforme e abrangente para toda a Federação, dentro da região ou da localidade em que o Poder Público pretende firmar um contrato, realizar uma obra ou serviço, ou mesmo efetuar uma compra.

Concretamente, buscando resumir o objeto da consulta, pode-se concluir que:

1. O ato administrativo hábil para designar servidor municipal, atribuindo-lhe competência para decidir sobre a proposta mais conveniente à Administração, é ato de natureza administrativa, portaria ou ato de hierarquia assemelhada, emanado de autoridade com poder para ordenar despesa ou formalizar a aquisição do objeto a ser licitado (obra, serviço, etc.).

2. Quanto à segunda indagação e que se refere à publicidade dos atos ligados ao procedimento licitatório, cumpre que se distinga duas espécies de normas: aquelas que se dirigem apenas aos órgãos da União, e que visam a determinar para essa esfera de poder qual o órgão oficial de publicidade competente, e as que se referem aos prazos das diferentes modalidades de licitação obrigatórias e cogentes aos Estados e Municípios, por força não só do disposto no artigo 8º, XVII, letra c, da Constituição da República, mas também conforme o estabelecido no artigo 85 e parágrafo único do Decreto-lei nº 2.300/86 e alterações posteriores.

Por conseguinte, face o que já foi exposto, se no Município inexistir órgão oficial local, ou mesmo imprensa privada, o órgão oficial poderá ser o da região (público ou privado) ou outro que o poder municipal entenda como veículo de penetração na comunidade, selecionado sempre através de licitação, se for a hipótese, e conforme os regramentos expressos em lei municipal.

Conviria, nesse particular, que o artigo 99 da Lei Orgânica do Município, que trata de publicação das leis e atos administrativos fosse alterado, para incluir em seus dispositivos, regras disciplinadoras não só do órgão oficial de publicidade para os atos do poder público municipal, nessa espécie, mas, especialmente, aquelas concernentes aos prazos dos editais de licitações e as demais regras de observância cogente e necessária desse instituto administrativo e expressas no artigo 85 e parágrafo único do Decreto-lei nº 2.300/86 e alterações posteriores.

PORTO ALEGRE, 02 de maio de 1988.

TRABALHOS FORENSES

EFETIVAÇÃO DE CELETISTAS

MARILENE PETRY SOMNITZ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

O Estado do Rio Grande do Sul, por seu Procurador, impetra *mandado de segurança* contra ato praticado nos autos da ação cautelar nº 615/88, pela Meritíssima 5ª Junta de Conciliação e Julgamento desta capital.

Requer o recebimento da presente e seu *urgente* processamento.

Porto Alegre, 16 de maio de 1988.

Mandado de Segurança com pedido de liminar.
Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul

I — Os Fatos

1. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a Lei estadual nº 7.976/85, que efetivava na função pública servidores estaduais sem concurso público (cópias da Lei e Ementa do acórdão do STF anexas).

Decorrente da declaração de inconstitucionalidade, retornam os servidores à condição de empregados celetistas, com salário idêntico ao dos demais servidores não efetivados (o mesmo salário que estariam recebendo se tivessem permanecido celetistas).

Este é o conteúdo e a intenção do Decreto estadual nº 32.781/88 (cópia inclusa), recentemente editado para regular o retorno dos servidores efetivados pela lei nula ao *statu quo ante*.

2. Insurgindo-se contra este Decreto e objetivando ver mantidos os pagamentos de parcelas típicas e exclusivas de servidor estatutário, apesar de retornar à condição de empregada celetista, R. S. D. propôs, perante a 5ª JCJ desta capital, a Ação Cautelar nº 615/88, (cópia inclusa) a qual foi recebida com *deferimento da medida liminar* pleiteada. Ou seja, pela MMª 5ª JCJ, em sua composição plena, foi deferida a manutenção do pagamento de vantagens estatutárias à servidora celetista (cópia da liminar também anexa).

3. Contra este ato propõe o impetrante *mandado de segurança*, requerendo o resguardo da *legalidade* gravemente violada, conforme passa a demonstrar.

II — Os Fundamentos Jurídicos

1. A concessão de segurança depende: a) da existência de "*direito líquido e certo*"; b) da existência de ato, ou omissão de autoridade, "*seja qual for*", que viole a lei, ou aja em "*abuso de poder*" e c) *despacho ou decisão judicial da qual não caiba recurso*.

2. As três condições se implementam, no caso, sendo facilmente demonstráveis.

A liminar ora atacada, ao determinar ao impetrante que continue pagando à Autora daquela ação vantagens próprias do servidor estatutário, não obstante a declaração de inconstitucionalidade da lei que conferiu aquelas vantagens, *em resumo*:

- abusou de seu poder e violou, profunda e extensamente, mais que o direito líquido e certo - violou o *dever* do impetrante de cumprir decisão do Supremo Tribunal Federal;
- feriu o direito líquido e certo do impetrante e abusou de poder ao proferir decisão manifestamente ilegal, como se verá adiante.

Do despacho que concedeu a liminar, não cabe nenhum recurso, impondo-se ao impetrante a adoção da única medida cabível — suplicar a concessão da segurança, em caráter de urgência, face às irreparáveis lesões produzidas e a gravidade da ofensa à ordem legal e constitucional.

3. A declaração de inconstitucionalidade da lei (no caso, a Lei nº 7.976/85), tem, como efeito imediato, a sua *nulidade*, como uma sanção por não se adequar à Lei Maior.

Sendo nula a lei, perde a validade, por imposição do princípio da tutela da hierarquia do ordenamento jurídico, ao qual ela se inseria, e que determina a prevalência da lei superior sobre a inferior.

Se não perdesse a sua eficácia, a lei declarada inconstitucional continuaria a gerar efeitos, e seria totalmente inócua aquela declaração, além de estabelecer a total desarmonia na hierarquia legal e na ordem social.

No nosso ordenamento jurídico, que adota estes princípios, o entendimento é tranqüilo, quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: a lei inconstitucional é *nula* desde o seu nascimento, operando efeitos *ex tunc*.

Neste exato sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em suas manifestações sobre a matéria, como bem exemplifica a ementa do acórdão prolatado por sua 1ª Turma, nos autos do Recurso Extraordinário nº 100.097-SP, sendo Relator o Ministro Soares Munõz, e publicado na RTJ nº 109 pág. 381 em julho de 1984:

"A sentença proferida na Representação tem caráter declaratório, limitando-se a afirmar o direito preexistente à decisão. No sistema jurídico brasileiro, considera-se que a lei inconstitucional é nula, e não simplesmente anulável. A decisão judicial opera *ex tunc*, pronunciando a invalidade da norma desde o seu ingresso no mundo jurídico."

4. Sendo assim, declarada inconstitucional a Lei nº 7.976/85, que efetivara servidores celetistas na função pública, sem concurso, em afronta ao artigo 97 da Constituição Federal, *retornam* todos à condição anterior, recebendo salários como empregados celetistas.

As parcelas do vencimento pagas enquanto efetivados e, por isso mesmo, integrantes única e exclusivamente do patrimônio jurídico do servidor público estatutário (como triênios e gratificações), lhes são retiradas para ser recomposto o salário integrante do patrimônio jurídico do servidor público celetista, em

IGUALDADE de condições aos demais empregados estaduais regidos pela CLT, mantidos todos os direitos porventura adquiridos antes de sua efetivação.

5. O princípio da irredutibilidade salarial não é violado com a mudança do regime estatutário para o celetista, posto que os dois não se comunicam.

Este posicionamento é tranqüilo nos tribunais trabalhistas, mesmo na hipótese de simples opção do empregado pelo outro regime:

"A livre opção pelo regime da CLT sobre o estatutário, feito por funcionários cedidos, ao teor da Lei nº 6.184/74, acarreta a cessão das vantagens estatutárias com outorga das consolidadas. São invocáveis, na casuística, os artigos 468 e 9º da CLT, se nas novas condições de trabalho não foi violado o princípio da intocabilidade e irreversibilidade salarial pelo fato da manutenção valórica da anterior remuneração." Ac. TRT 1ª Reg. 2ª T. Processo nº 732/77. Rel. Juiz Moacyr Ferreira da Silva, em 5-7-77 in *Dicionário de Decisões Trabalhistas de B. Calheiros Bonfim* 15ª ed. Ementa 1.469 pág. 212.

"O empregado estatutário que opta pelo regime da CLT não poderá continuar a perceber os benefícios do anterior sistema legal, não contemplados pelas normas consolidadas." Ac. TRT 1ª Reg. 2ª T. Proc. nº RO 1.897/80. Relator Juiz Celso Lanna em 5-5-82, mesma obra, 19ª ed. Ements nº 3.232 pág. 386.

No mesmo sentido: Ementas nº 697, 699, 700, 3.419, 3.421, 5.025, 5.027, 5.028, da 20ª edição do *Dicionário de Decisões Trabalhistas de B. Calheiros Bonfim e Outro*.

Se a jurisprudência aceita a hipótese de supressão de vantagens estatutárias quando o servidor opta pela mudança de regime, mais firmemente ainda se posiciona quando se trata de *cumprir DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*, por nulidade dos atos que efetivaram servidores:

"Restaura-se, para todos os efeitos jurídicos, o contrato de trabalho de servidor que, nomeado funcionário estatutário, esta nomeação é declarada nula". Ac. TRT 6ª Reg. 2ª T. Processo nº RO 2.350/83. Relator Juiz José de Araújo Barreto Campello. in *Dicionário de Decisões Trabalhistas de B. Calheiros Bonfim* 20ª ed. Ementa nº 5.031 pág. 680.

6. A liminar concedida pela MMª 5ª JCJ, determinando ao impetrante que continue pagando à servidora "desefetivada" parcelas salariais pagas somente aos funcionários públicos, *somando*, conseqüentemente, *vantagens dos dois regimes*, ofende profundamente princípios constitucionais e a própria hierarquia do nosso ordenamento jurídico:

- viola o princípio da isonomia;
- desobedece decisão do STF;
- assume, por autoridade própria, a responsabilidade de criar uma nova categoria de servidor público (completamente inconstitucional), e ainda por longo tempo, eis que determinou a manutenção das vantagens estatutárias "enquanto não houver decisão trãnsita em julgado em ação principal, onde deverá ser definitivamente apreciada a questão";
- impõe ao erário estadual um acréscimo de despesa ilegal e, provavelmente, irreversível (apenas para salientar a ameaça de prejuízo do impetrante: são 12.000 os servidores nas mesmas condições da A. beneficiada com a medida liminar ora atacada).

7. Também foi ferido o direito líquido e certo do impetrante por ter sido violado o princípio constitucional do "respeito ao devido processo legal" (na interpretação do artigo 153, § 4º da Constituição Federal).

A violação consiste no fato de que o ato denunciado foi liminar concedida nos autos de *ação cautelar*, tipo de procedimento, por sua forma e conteúdo, incompatível com o processo trabalhista. Não tendo sido observado o rito processual adequado (a reclamatória), foi desrespeitado o direito líquido e certo do impetrante de ser acionado regularmente, no "devido processo legal".

8. Não há dúvida de que a liminar não foi concedida em processo adequado: a ação cautelar não é compatível com o processo do trabalho, posto que este adota os procedimentos do CPC *exceto naquilo em que for incompatível com as suas normas* (artigo 769 da CLT); no caso, a incompatibilidade existe, porque a CLT prevê a medida cautelar *apenas e tão-somente* para "reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 desta Consolidação" (inciso IX (acrescido à CLT pela Lei nº 6.203/75) do artigo 659 consolidado).

9. Apesar da atual proliferação das ações cautelares na Justiça do Trabalho, tal entendimento é tranqüilo na doutrina e na jurisprudência:

"*Medida Cautelar*. Na Justiça do Trabalho, a única hipótese de deferimento de medida cautelar importar em adiantamento da prestação jurisdicional, pleiteada na reclamação trabalhista, diz respeito à transferência disciplinada pelo artigo 469, da CLT. Fora desta hipótese, o deferimento importa em vulneração aos artigos 769 e 659, IX, da Consolidação das Leis do Trabalho. "RR 3.442/84-AC. 1ª TST 2900/85 publicado no DJU de 23-8-85, pág. 3849.

"*Medida Cautelar Inominada*. Na alteração contratual com prejuízo pecuniário, o que caberia é o arresto para garantir a execução, não o restabelecimento das condições contratuais e salariais anteriores. Em se tratando do Estado de São Paulo não cabe medida cautelar alguma. É abuso de autoridade compelir o Estado a pagar por antecipação diferenças salariais, sem caução e sem garantia de devolução, na hipótese de improcedência da reclamatória. Mandado de segurança que se concede, para cassar a medida cautelar inominada." Ac. TST Pleno (proc. RO MS 469/82), Rel. Min. *Guimarães Falcão*, publicado em audiência de 25-2-83. Publicado no Dicionário de Decisões Trabalhistas de *B. Calheiros Bonfim* 19ª ed. Ementa nº 45, pág. 5.

10. De qualquer sorte, mesmo se entendêssemos diferentemente, o princípio constitucional do respeito ao devido processo legal, também foi ferido profundamente com a concessão de liminar sem atendimento dos requisitos exigidos pelo artigo 798 do CPC.

A ação cautelar é para *acautelar* "quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação."

No caso, inexistiam ambas as hipóteses.

Antes do julgamento da reclamatória, nada faria o Estado que pudesse causar lesão irreparável à A. Dizendo isso, estamos nos referindo aos atos e fatos que determinam a hipótese legal: fuga ou inadimplência do R., destruição ou transferência de bens - apenas para exemplificar, porque não há hipótese presumível ou determinável do que poderia a Fazenda Pública Estadual causar à A. para lesá-la irreparavelmente. Procedente a reclamatória (*ação cabível*), recebe

ria a A. reparação equivalente à "lesão" que sofreu. (Não se pode deixar de referir aqui, ainda que brevemente, que a A. continuará recebendo salários, compatíveis com o cargo e a natureza jurídica do contrato. A "lesão" se refere à supressão parcial de parcelas até então pagas em virtude de lei *inconstitucional*).

Assim, vê-se: a procedência da reclamatória (ação própria) garantiria à A. a satisfação integral do seu direito. Não seria necessária *nenhuma ação cautelar* para garanti-lo: foi o que procurou o impetrante, veementemente, demonstrar na justificativa apresentada à MMª 5ª JCJ antes da concessão de liminar (cópia anexa), pelas repercussões danosas e irreparáveis que teria e terá o Erário Estadual com a sua concessão.

Em suma, não resta dúvida de que a procedência da ação cautelar (e, no caso, o que é mais grave, a concessão da medida, liminarmente) correspondeu *não a uma cautela* para garantir um direito, mas à *direta e imediata* concessão do próprio direito.

Eis, aí, flagrante, o *caráter satisfativo* da ação cautelar, com liminar concedida, em violento desrespeito à ordem legal vigente, que *não aceita* que o Judiciário conceda liminares com caráter satisfativo, *mesmo em mandado de segurança*:

Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964:

"Art. 5º — Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único — Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença."

Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966:

"Art. 1º —

§ 4º — Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias."

11. *Ora, se em mandado de segurança ("remédio heróico") não se defere medida liminar para conceder vantagens pecuniárias a servidores, MENOS AINDA* pode o judiciário deferi-la em ação cautelar.

Seguindo o raciocínio: se não cabe liminar desta natureza em mandado de segurança, menos ainda poderá a mesma ser concedida em ação cautelar a) de cabimento duvidoso; b) sem os pressupostos legais exigidos pelo artigo 798 do CPC; c) em ação que vise à manutenção de vantagens já declaradas inconstitucionais; d) impondo ônus ilegal à Fazenda Pública Estadual e e) sem nenhuma garantia para a recuperação dos valores pagos indevidamente.

12. Neste exato entendimento, forte na lei e na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul editou a Súmula nº 9, publicada no D.O.J. nº 49, fl. 1, em 17-3-87:

"Não é admissível, na ação cautelar inominada a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares. (v.g. Lei nº 4.348, artigo 5º e Lei nº 5.021, artigo 1º, § 4º)."

13. Também a jurisprudência trabalhista não aceita como legítimas as medidas liminares concedidas com caráter satisfativo:

"Ação cautelar possui natureza instrumental, sendo meramente preparatória da ação principal, visando a possibilitar a atuação jurisdicional definitiva. Portanto, é descabida a obtenção, via procedimento cautelar, de reintegração do traba-

lhador no emprego, já que tal providência somente será viável se postulada em reclamatória trabalhista, esta, sim, satisfativa do direito substancial. Recurso ordinário em mandado de segurança e o que se dá provimento RO MS 1.033/86, AC. Tribunal Pleno do TST. nº 1.440/87, publicado no DJU de 28-8-87, pág. 17654.

"A ação cautelar tem por objetivo assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil (Liebman). Jamais implicando em antecipação provisória da prestação jurisdicional pleiteada na causa principal. Impossível juridicamente é pretender, mediante ação cautelar, fazer ressurgir os efeitos da liminar alcançada no *mandamus* e que restou extinta, automaticamente, com a denegação da segurança." Ac. TST Pleno (proc. AG MC 1/82), Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, publicado em audiência de 20-10-82. Publicado no Dicionário de Decisões Trabalhistas de B. Calheiros Bonfim, ed. 19ª, Emenda nº 46, pág. 6.

"Data Venia' do entendimento do Juízo 'a quo', tem-se que tem inteira razão a impetrante, pois a decisão prolatada é inteiramente equivocada. Com efeito, rezam o artigo 798 e o artigo 799 do CPC que poderá o juiz determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. E mais, que para evitar dano, autorizar ou vedar o prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial e depósito de bens e impor a prestação de caução. No caso sub judice não se vislumbra onde estariam enquadradas as hipóteses legais, nos fundamentos de cautelar, pois não se pode pretender que a empresa cesse a aplicação do Decreto-lei nº 2.284/86 imediatamente, porque não o fazendo, caso os trabalhadores vençam a questão de mérito, não tenham a possibilidade de ressarcimento dos valores porventura reduzidos. Nesta linha de raciocínio resulta que a decisão atacada, além de ilegal, por não atender aos dispositivos mencionados, é equivocada, seja de qualquer ângulo de sua análise. Por outro lado, no caso dos autos, a pretensão do requerente, manifestada através de cautelar, não foi a de prevenir qualquer prejuízo irreparável ou direito futuro, e sim o reconhecimento de que a redução salarial instituída pelo Decreto-lei mencionado não é aplicável à categoria profissional que representa, portanto o reconhecimento do direito de manter intactos os valores dos salários já percebidos. E, sob este pretexto de prejuízos futuros, o que pretende o Autor é conseguir, através da medida cautelar, o exame do mérito da demanda, o qual só pode ocorrer através de reclamatória trabalhista, descaracterizando-se, desta maneira, a ação cautelar. Contudo, se a reclamatória vier a ser julgada procedente e reconhecido o direito dos trabalhadores da categoria em não terem seus salários reduzidos pelo Decreto-lei, a decisão, uma vez transitada em julgado, será executada, em todos os seus limites, sem qualquer prejuízo aos mesmos. O mesmo não ocorrerá no caso da decisão desfavorável aos trabalhadores, porque uma vez pagas as diferenças, terá a empresa de reavê-las, com sensíveis dificuldades facilmente presumíveis. "Trecho do Acórdão nº 6.723/86, do TRT da 4ª R, 2º Grupo de turmas. Relator Solé de Oliveira Bing. In Boletim de Decisões do TRT da 4ª R. vol. nº 5, pág. 74.

14. A autoridade coatora também abusou de seu poder ao determinar ao impetrante a manutenção de pagamento de vantagens estatutárias a servidores celetistas sem a garantia de que possa vir a ser, um dia, reembolsado dos valores *indevida e inconstitucionalmente* pagos.

Considerando-se que cerca de 12.000 servidores foram efetivados pelas leis declaradas inconstitucionais; que inúmeras, talvez milhares de liminares poderão ser concedidas em ações cautelares semelhantes à do caso em tela; que ocorrendo tal hipótese, a despesa com pessoal não será reduzida, porém, consideravelmente aumentada; que dificilmente o impetrante terá condições de reaver estes valores, mesmo vencedor na ação principal, é de se concluir que a lesão grave, de difícil reparação ameaça o impetrante, e não a Autora da ação cautelar, como, equivocadamente, entendeu a MMª 5ª JCJ.

15. Considerando-se, também, que o retorno dos servidores efetivados à condição que detinham anteriormente à lei inconstitucional se dá *em virtude de ordem judicial*, a fumaça do bom direito invocada na ação cautelar, se inclina e espalha, sem dúvida, sobre as pretensões do impetrante e não da A. daquela ação, que tem em seu favor, tão-somente, o argumento fático da redução dos seus ganhos mensais. Ganhos pagos e percebidos *inconstitucionalmente*. Ganhos que ela poderia perder, conforme, desde há muito, já sabia, posto que, em maio de 1987, fora concedida liminar de suspensão dos efeitos das leis de efetivação, pelo Supremo Tribunal Federal (documento anexo).

16. Em conclusão

Demonstrada a existência do direito líquido e certo, da violação da lei e da Constituição e do abuso de poder na decisão judicial da qual não cabe qualquer recurso, suplica o impetrante a concessão de medida que assegure o seu direito, profunda e extensamente transgredido.

III — Os Pedidos

Face a todo o exposto, *requer*:

1. *Concessão da medida de segurança com suspensão liminar do ato impugnado.*
2. *Processamento regular do feito, até o final, nos termos do Regimento Interno desse Tribunal.*

Face à urgência da medida, instruí a presença com cópias das peças importantes da ação cautelar nº 615/88.

Valor da causa: Cz\$ 100.000,00.

Nestes termos,
Pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 16 de maio de 1988.

USUCAPIÃO: INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS

REGINA PIRES VIEIRA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Exm.^a. Sra. Dra. Juíza de Direito da 1.^a Vara da Comarca de Torres:

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial na Comarca, designada para a 15.^a Procuradoria Regional nos termos da Portaria n.º 195, de 21.07.82, publicada no DOE de 06.08.82, com credenciais devidamente arquivadas junto à Direção do Foro local e com poderes conferidos pela Portaria n.º 26, de 24.01.83, cópia inclusa, nos autos da ação de USUCAPIÃO requerida por J. L. da R. e sua mulher (proc. n.º 3.222/211), inconformado com a decisão de fl. 158, vem dela interpor o presente recurso de AGRAVO DE INSTRUMENTO, no prazo estatuído pelo artigo 523, comb. com o artigo 188, ambos do Código de Processo Civil, pelas razões que, respeitosamente, passa a expor a Vossa Excelência:

1. O Estado foi cientificado da presente ação de usucapião. Considerando que as terras objeto da ação se localizam no Parque Estadual da Guarita, fez-se representar na AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO DE POSSE. Nesta, manifestando interesse em reinquirir as testemunhas do Autor visando a esclarecer aspectos relativos à pretendida posse, foi-lhe negada a palavra. O entendimento se fundamentou no fato de que, sendo a justificação preliminar um ato unilateral do Autor, a concessão da palavra à representante do Estado, para inquirir testemunhas, implicaria a instauração do contraditório (Termo de fl. 158).

2. Irresignado com a decisão, o Estado agravou de instrumento, requerendo desde logo vista dos autos para a interposição do recurso. Adota, *data venia*, posicionamento em contrário, máxime por antever que, se mantida a decisão, adviria sério prejuízo — como pretende demonstrar.

3. Se é bem verdade que a audiência de justificação de posse é ato unilateral, tem-se que a unilateralidade decorre do fato de ser vedado aos réus arrolarem suas próprias testemunhas, *produzindo prova*. Não se vislumbra no sistema jurídico fundamentos que embasem a decisão agravada.

Ao contrário, ilustres precedentes jurisprudenciais e doutrinários abonam a posição do Estado-agravante.

O insigne Desembargador ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, em seus comentários ao Código de Processo, considera a audiência de justificação de posse "um verdadeiro pressuposto processual" a ser satisfeito vez que, se inexitoso o autor, extingue-se o processo sem julgamento do mérito. Referindo-se à coleta de depoimentos na audiência liminar, consagra o eminente Magistrado:

"Desta podem participar, querendo, os réus, que deverão ser previamente citados, *reinquirindo* testemunhas e *contraditando-as* quando couber." (grifos apostos — ADROALDO FURTADO FABRÍ-

CIO, in "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", vol. VIII, tomo III, Forense, 1980, p. 670).

Na mesma esteira é a lição de ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA LEVENHAGEN:

"Os procuradores dos demais interessados presentes à justificação podem, entretanto, *reinquirir* essas testemunhas e também *contraditá-las*, caso ocorra um dos motivos previstos no § 1º do artigo 414, segundo dispõe o artigo 864". (LEVENHAGEN, "MEDIDAS CAUTELARES E AÇÕES ESPECIAIS" — Ed. Atlas, 1ª edição, 1978 — p. 108).

4. As posições acima confortam a tese do Estado: as testemunhas poderão ser *reinquiridas* pelos procuradores de réus ou de interessados presentes, e mesmo até *contraditadas*.

E nem poderia ser de forma diversa: se as citações, em ações de usucapião, *devem preceder* à audiência preliminar, aqueles que ocorrem ao chamamento de têm real interesse no feito, ou necessitam ver esclarecidas determinadas questões, de modo a espantar dúvidas quanto à eventual lesão a seus direitos.

5. LEVENHAGEN (ob. cit.) prevê expressamente a *aplicação do artigo 864* do diploma procedimental, que reza:

"Art. 864 — Ao interessado é lícito contraditar as testemunhas, reinquiri-las e manifestar-se sobre os documentos, dos quais terá vista em cartório por vinte e quatro (24) horas."

6. Na justificação da posse, o seguimento do processo fica condicionado à plausibilidade de existência de um pressuposto legal, qual seja, a própria posse; não justificada, traz como decorrência o trancamento do feito. Daí o interesse do réu certo — *in casu*, o Estado-agravante — em participar *efetivamente* da justificação liminar, incidente, já que condiciona o prosseguimento da ação. Para tanto, foi *previamente cientificado*. Na hipótese, não se trata daquela espécie de justificação que possa implicar prejuízo ao Autor como, v. g., a prevista no artigo 909 do C. P. C. — quando a citação deve ser *posterior* ao ato por imposição expressa da lei.

7. A posição sustentada pelo Professor ADROALDO FURTADO FABRÍCIO e por ANTÔNIO LEVENHAGEN é igualmente defendida por ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, *verbis*:

"Por se tratar de justificação prévia, apenas ao Autor se faculta a apresentação de provas, *não se impedindo, porém, a participação efetiva na audiência daqueles que compareceram*, inclusive com direito à *inquirição* das testemunhas do Autor". (grifou-se — "PROCEDIMENTOS ESPECIAIS" — ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1976, p. 64).

MARCOS AFONSO BORGES reproduz a orientação acima em sua obra "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", vol. IV, Editora Universitária de Direito, 1977, p. 155.

E não é outro o entendimento do conhecido Professor PINTO FERREIRA, em seu trabalho "POSSE, AÇÃO POSSESSÓRIA E USUCAPIÃO", salientando que a justificação liminar obedece a norma do artigo 864 do Código de Processo Civil.

Dessa colocação, resulta evidente a permissibilidade de reinquirição e contradita das testemunhas do Autor.

8. Incursionando na jurisprudência pátria, não destoam as decisões colhidas, iterativas, tais como:

"USUCAPIÃO.

.....
"Assim, o que quis o legislador, foi que os interessados fossem citados desde logo, para acompanhar os termos da justificação, podendo até *inquirir as testemunhas do Autor* e fiscalizar o andamento de todos os atos do processo, o que não foi possível pela ausência de citação inicial." (grifos apostos — Acórdão da 2ª C. Cível do T. J. R. J., "JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA", Ed. Juruá, 21, 165 a 166. Decisão unânime.)

Idêntica é a posição sustentada em acórdãos do Tribunal de Alçada do Estado:

"USUCAPIÃO.

.....
"Agora, sob a égide do novo Código, a justificação de posse é essencial, ainda que se trate de decisão que o Juiz profere mediante cognição incompleta, pois esta só irá acabar-se com o prosseguimento da ação, pelo rito ordinário, com a mais ampla coleta de elementos probatórios.

Em consequência disso, têm os réus e todos os demais interessados o direito de serem previamente citados e cientificados da realização da audiência, *estabelecendo-se e aplicando-se nela o princípio do contraditório*, embora só o Autor possa *produzir* prova nesta oportunidade." (grifos apostos — 3ª C. Cível do Tribunal de Alçada do R. G. S., in "JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA", 21/242-243).

O aresto admite até mesmo a instauração do contraditório, oportunizando às partes interessadas *participação* na coleta da prova pela inquirição das testemunhas do Autor. Veda tão-somente a *produção* de prova por parte dos réus, por não ser lícito arrolar *suas próprias testemunhas*. Quem tem de justificar a posse é o Autor, através das testemunhas ou outra prova que trouxer; daí o significado de que a prova *initio litis* é unilateral, o que não equivale a dizer ser vedada a inquirição dessas testemunhas pela parte adversa.

De igual forma, não é demais salientar que a intervenção de interessados em fase anterior à audiência preliminar é também admitida:

"USUCAPIÃO. Ainda que não realizada a audiência de justificação de posse, é legítima a intervenção de pessoa interessada no feito." (Ap. Cível nº 17.519, 1ª C. Cível do TARGS, Rel. ALFREDO GUILHERME ENGLERT, "JULGADOS do TARGS, 28/230).

9. Inobstante larga pesquisa na doutrina e na jurisprudência pátrias — particularmente nas Revistas apontadas por Vossa Excelência a fl. 158 — não foi possível localizar, *data venia*, entendimento que harmonize com a decisão agravada. Provável aresto em contrário deve representar posição isolada, desestimada por maciça orientação adversa.

10. Não desconhece o agravante que a justificação *initio litis*, como condição da ação, tem por escopo tão-somente evidenciar a presença do pressuposto básico do fato "POSSE". Assim, nessa trilha seria endereçada a reinquirição das testemunhas, pelo Estado. Pois considerando que, no início dos traba-

lhós, Vossa Excelência esclareceu estar tendo o primeiro contato com os autos, com redobrado esforço tentou o agravante, através da coleta da prova, apontar as questões elisivas da pretendida posse, bem como contraditar a segunda testemunha ouvida. (fl. 195- verso)

Com efeito, J. S. da C., em audiência anterior, confessou ser "amigo íntimo" dos requerentes (fl. 36-verso), razão por que foi declarado "testemunha suspeita" pelo Magistrado que presidiu o ato. Naquela oportunidade, seu depoimento foi colhido apenas a título de informação, como prevê o artigo 405, § 4º, DO CPC.

Cabível, portanto, a *contradita*, e a prova exigida pelo artigo 414, § 1º, do CPC seria embasada na peça inserida nos próprios autos (fl. 36-verso). Vedada a participação do agravante, a testemunha omitiu a causa de suspeição, prestou compromisso e foi ouvida sem observância das normas do artigo 405, IV, do diploma processual. O fato trouxe prejuízo à defesa do Estado já que, como amigo íntimo dos agravados, procurou favorecê-los em seu depoimento — haja vista o descompasso entre as declarações.

10. Não pretendendo ingressar em questões de mérito, mas apenas para demonstrar as razões motivadoras do presente agravo e o prejuízo decorrente, necessário breve enfoque sobre o requisito "posse", invocado pelos agravados.

A faculdade de reinquirir testemunhas teria provavelmente demonstrado que os Autores ocupam terras do Parque Estadual da Guarita.

Assim, não se oportunizou ao Estado solicitar fosse exibida aos depoentes a planta de fl. 5 (que registra a divisa do imóvel usucapiendo, no limite SUL, com o referido Parque), e o confronto com as plantas posteriormente juntadas no curso da lide (fls. 65 e 95), onde se substituiu o Parque por *novos confrontantes*; e mais: se a planta de fl. 5 (juntada com a peça inaugural) consigna *um terreno de 480 m²*, interessaria ao Estado indagar as razões que motivaram um aumento de posse, no curso da demanda, *de área aproximadamente cinco (5) vezes superior...* já que a área inicial foi ampliada para *2.154 m²* — conforme "retificação" de fl. 91, e plantas de fls. 65 e 95; *como* adquiriram o restante da área. *como* obtiveram tal posse, *quem* ocupava anteriormente a área, — são questões que restaram ignoradas no tocante à *área acrescida*, esta com *1.674 m²*...

Qual a superfície aproximada do imóvel, que sequer mencionaram? Quem são os confrontantes que refere a *primeira planta*, mas *não mais a segunda*? Se a área inicial foi estendida sensivelmente também na direção SUL, onde primariamente *limitava* com o Parque Estadual (pela exordial e primeira planta), *como* podem agora afirmar que o Parque dista do imóvel usucapiendo "mais de quatro quadras (depoente J.)? ou "do outro lado da rua" (A.), ou ainda "a uma quadra da rua" (J.)?

Tem-se que o esclarecimento de tais questões seria sobremodo relevante, dentro do contexto finalístico da audiência de justificação: a prova da posse.

Nenhuma testemunha, ademais, descreveu o imóvel usucapiendo com o formato reproduzido na última planta — fl. 95 — lembrando um grande "U", e COM DUAS FRENTES para a mesma rua... Realmente, examinados os depoimentos como um todo, resta a lamentável impressão de que as testemunhas desconhecem o imóvel "retificado", mesmo porque, harmonicamente, *todas* fazem alusão a três únicos confrontantes: B., I. e B.; jamais foram mencionados os qua-

tro restantes... Com a devida vênia, parece revelar uma lição bem decorada, uma prova de concerto prévio.

11. SEM A INQUIRIRÃO pelo agravante — que há muito acompanha o feito — conclui-se que a prova referente à posse foi facciosa. Haja vista que o depoente J. "lembrou" *quem* ocupava anteriormente a área, e *como* era utilizada — fatos que *desconhecia totalmente* quando ouvido em audiência passada (fl. 36-verso)

12. Poder-se-ia argumentar que o agravante ingressou no núcleo do mérito. Impede comprovar, todavia, o *prejuízo* resultante da proibição de reinquirir as testemunhas — oportunidade em que tentaria infirmar a postulada posse.

De outra forma, o imóvel requerido pelos agravantes é de propriedade de terceiros, nominados na Certidão do Registro Imobiliário de fl. 64. Tais pessoas, sem exceção, *contestaram* a ação desapropriatória movida pelo Estado, que atualmente detém a posse das terras por força do ato judicial da imissão (em 03.02.1975).

Dois Decretos — nº 30.377/81 e 31.250/83 — retiraram o caráter de utilidade pública de parte da área desapropriada, decidindo o Governo Estadual que a fração excedente (onde ora se localizam os agravados), seria devolvida aos proprietários.

Considerando que os expropriandos O. A. F., J. B. M., A. C. N. L. e G. C. — proprietários desapropriandos da área em questão, todos elencados na Certidão do Registro Imobiliário de fl. 64 — requereram junto a essa MM. Juízo a REINTEGRAÇÃO na posse de suas terras, o que afina com o interesse do Estado; a demora na restituição da posse das mesmas traduzirá *sério prejuízo ao agravante*; para tanto, é bastante uma estimativa do elevado e progressivo aumento do valor indenizatório a onerar os cofres públicos.

Cabe esclarecer que os autos da citada ação de REINTEGRAÇÃO estão apensados ao processo de DESAPROPRIAÇÃO de nº 2.427/342, em curso na 1ª Vara da Comarca. Buscando comprovar a assertiva, anexa cópia de petição da REINTEGRATÓRIA, bem como documentos do Registro Fundiário local, estes com as averbações da posse judicialmente deferida ao Estado e xerox de peça dos autos da ação de desapropriação.

13. Por tais razões, entende o agravante ter demonstrado, à saciedade, os motivos que justificam o presente agravo, em especial a possibilidade de sério prejuízo se não extinto o feito em seu nascedouro.

14. De outra parte, entende que a renovação da audiência de justificação não advirá em prejuízo dos agravados: com amparo em precedentes jurisprudências, desnecessária a republicação de editais para interessados incertos que não se manifestaram.

15. Ressalva-se, ao derradeiro, que os proprietários apontados na Certidão de fl. 64 *foram citados somente por edital*. Pessoas largamente conhecidas, com endereço no 1º Cartório Judicial da Comarca, a ausência de citação *pessoal* pode gerar a nulidade de eventual sentença pois, com relação a essas, não faz coisa julgada.

ANTE O EXPOSTO, vem requerer, respeitosamente, reconsidere Vossa Excelência a decisão agravada, anulando a audiência preliminar em razão do cerceamento na defesa do Estado — réu certo na demanda em tela.

Caso Vossa Excelência entenda deva manter o decisório, requer a formação do instrumento e, intimados os agravados, seja o recurso remetido à Superior Instância, para que dele conheça e decida.

Em se concretizar a hipótese do processamento, requer determine o traslado das seguintes peças:

a) Ata da audiência onde consta a decisão agravada com a ciência do agravante (fl. 158 e verso);

b) cópia das peças correspondentes às seguintes folhas: 02, 03, 05 (planta) 36-verso, 48 a 50, 54 e verso, 60 a 64, 88 e verso, 112, 159 e verso e 160, bem como a planta de fl. 96.

Termos e que pede deferimento

TORRES, 15 de junho de 1988.

ICM. AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS

LUIS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE

AVANI VALÉRIA RIGO BUSATO

LAURDIS D. SEBEN

Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, através dos Procuradores signatários, que poderão ser intimados na sede da Procuradoria-Geral do Estado, na Av. Borges de Medeiros, 1501, 12º andar, nos autos da Ação Ordinária de Reparação de Danos cumulada com Pedido Incidental de Cominação de Penalidade Pecuniária Diária (Proc. n.º 01188171225), movida pelo Município de Porto Alegre, não conforme o r. despacho que deferiu o pedido incidental de cominação de penalidade pecuniária diária de Cz\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil cruzados) pelo atraso no repasse das parcelas do ICM, com amparo no art. 287 do CPC, em favor do Autor, respeitosamente vem, interpor Agravo de Instrumento, com fundamento nos artigos 522 e seguintes do C.P.C.

Isto posto, requer a Vossa Excelência se digne:

a) reformar o r. despacho agravado, revogando a liminar concedida, nos termos do art. 527 do CPC,

b) caso assim não entenda, seja determinada a imediata subida do recurso ao Egrégio Tribunal de Justiça, com as razões anexas;

c) determinar a extração das seguintes peças a serem trasladadas:

- 1 — Petição inicial;
- 2 — despacho deferitório da liminar;
- 3 — mandado de citação.

Termos em que
pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 14 de junho de 1988.

Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle
Procurador do Estado

Avani Valéria Rigo Busato
Procuradora do Estado

Laurdis D. Sebben
Procurador do Estado

Pelo Agravante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

1. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE PROVIMENTO LIMINAR EM PROCESSO DE CONHECIMENTO DE RITO ORDINÁRIO.

- 1.1. O Agravado ajuizou Ação de Reparação de Danos cumulada com Pedido Incidental de Cominação de Penalidade Pecuniária, pelo rito ordinário, visando a ser indenizado de perdas financeiras que alega ter sofrido.
- 1.2. Trata-se de típico processo de conhecimento, em busca de um provimento condenatório, que, no caso particular, no âmbito do direito material, consiste no pagamento de uma indenização em dinheiro.
- 1.3. Dada a singeleza da via processual escolhida, ajusta-se à espécie, com perfeição, a didática preleção de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *verbis*:

"O processo condenatório tende a uma sentença de condenação do réu. Acolhendo a pretensão do Autor, a decisão afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente à inobservância da norma regulamentadora do conflito de interesses. Essa sanção, que não se confunde com a sanção do direito material (medida de agravamento da situação do obrigado inadimplente), consiste em possibilitar o acesso à via processual da execução forçada: *proferida a sentença condenatória, passa a ser admissível o processo de execução, que antes não o era (non est inchoandum ab executione)*. Em outras palavras, é a sentença condenatória, entre as demais espécies de sentença, a única que participou do estabelecimento, a favor do Autor, de um novo direito de ação (ação executiva ou executória), que é o direito à tutela jurisdicional executiva" (*Teoria Geral do Processo*. RT, S. Paulo, 1974, p. 267 — grifos nossos).

- 1.4. Para condenar é preciso conhecer. Por esta razão, o processo de conhecimento possui por objeto sentença de mérito, certo de que o mérito, segundo conhecida lição, vem a ser a amálgama resultante da lei interpretada e o fato provado. Apenas após a declaração do mérito na sentença, que pressupõe ampla e prévia instrução probatória, é possível extrair dela sua eficácia executiva. Segundo sintetizado de forma magistral por CARNELUTTI, "a distinção entre processo de conhecimento e processo de execução reside no fato de que no primeiro se vai dos fatos ao direito (*da mihi factum, dabo tibi jus*), enquanto que no segundo se vai do direito (declarado na sentença) aos fatos" (*id. ibid.*, p. 271).
- 1.5. Assim, é curial afastar do caso concreto noções que sejam pertinentes aos processos cautelar ou de execução. O processo de conhecimento, por sua vez, pode-se utilizar do rito ordinário ou do rito sumaríssimo. O primeiro é a regra, aplicando-se o segundo às hipóteses expressamente declaradas na lei instrumental. *In casu*, não resta dúvida sobre a adequação do rito ordinário, o qual corresponde inclusive à vontade declarada pelo Agravado na inicial. São características do rito ordinário a ampla cognição através de alargada discussão da lide pelas partes. Pelas palavras de FREDERICO MARQUES, "é nele que o devido processo legal encontra a mais dilatada de suas formas procedimentais, e

aquela que melhor propicia a reconstituição completa dos fatos, bem como os debates em torno das várias facetas do litígio" (*Manual de Direito Processual Civil*. Saraiva, SP, 1977, v. 2, p. 24).

- 1.6. Por esta razão, o provimento liminar, necessariamente fruto de uma cognição incompleta, é de todo estranho ao rito ordinário. Com efeito, a antecipação provisória da tutela jurisdicional sempre constitui medida excepcional, tanto no direito pátrio, atual e anterior a 1973, como no direito alienígena. Segundo lembrado por GALENO LACERDA, mesmo no sistema da *common law*, em que pese o notável poder discricionário dos juizes ingleses, bem como o julgamento por equidade, as *injunctions* possuem nítido caráter cautelar (*Comentários ao CPC*, Forense, Rio, 1980, v. VIII, t. I, p. 149). No direito pátrio, raras são as ações que o comportam, tais como a ação de alimentos, a ação mandamental e a ação cautelar. Todas possuem um traço comum: a potencialidade de dano irreparável em caso de denegação do pedido liminar. Na ação de alimentos — regida pelo rito especial da Lei n.º 5.478/68 — é onde talvez mais se justifique a antecipação, dado o caráter de sobrevivência que a impregna. Já no mandado de segurança — igualmente amparado por rito especial — sua justificativa se sustenta na lesão a direito líquido e certo, pressuposto este expresso no artigo 1.º da Lei n.º 1.533/51, ao qual a doutrina e a construção pretoriana juntaram o da irreparabilidade do prejuízo a ser causado pelo ato abusivo da autoridade coatora. Por derradeiro, é de truismo vulgar ser o *periculum in mora* condição inafastável do processo cautelar.

- 1.7. Para bem delimitar o conceito de *periculum in mora*, vale relembrar os ensinamentos de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"Para a obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fatos favoráveis à própria tutela (ENRICO TULLIO LIEBMAN). E isto pode ocorrer quando haja risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal" (*Processo Cautelar*. Leud, S.P., 1976, p. 76).

- 1.8. Ora, tais conceitos — irreparabilidade do dano, *periculum in mora*, direito líquido e certo — são de todo estranhos ao rito ordinário e à ação de conhecimento. Mormente considerando-se que os Agravados são confessos no sentido de que a prática que entendem por ilegal e abusiva "há muito tempo vem sendo infringida", "especialmente nos últimos exercícios" (item 3 da inicial), com base em demonstração contábil iniciada em 1983 (item 10): onde o dano irreparável, onde o *periculum in mora*, qual a justificação para a antecipação liminar?

- 1.9. Embora tal constatação seja, dada a vênua, suficiente para demonstrar a necessidade de cassação do provimento liminar, outras razões, de igual relevância, a recomendam.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DE COMINAÇÃO DE "ASTREINTE" EM PROVIMENTO LIMINAR

- 2.1. Admitindo, por mero apego à argumentação, ser admissível o provimento liminar no rito escolhido pelo Agravado, mesmo assim seu conteúdo nunca jamais poderia ser o de cominar uma *astreinte*.

2.2. Para tanto constatar, não se faz necessário ir além da literalidade da lei. De feito, o ilustrado magistrado *a quo* fundamentou seu provimento liminar no artigo 287 do diploma instrumental, assim redigido:

"Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação de pena pecuniária para o caso de *descumprimento da sentença* (arts. 644 e 645)".

2.3. De forma cristalina, o preceito visa a dissuadir a inércia do réu condenado a uma prestação infungível. Logo, para que incida a norma, dois requisitos se impõem: decisão definitiva de mérito e obrigação de fazer. No caso concreto, a cominação não atendeu nem a um nem a outro requisito, já que proferida em provimento liminar de cognição incompleta — *inaudita altera pars* — e em pedido que, se procedente, se resolverá numa execução de prestação de dar dinheiro, a mais fungível de todas. Aliás, a própria remissão aos artigos 644 e 645 assegura tal exegese, já que inseridos no capítulo do Código de Processo Civil que trata da execução das obrigações de fazer e não fazer, sendo que, no artigo 645, é repetido que "a condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença que julgou a lide".

2.4. Diz, a propósito, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

"Ao julgar a lide, em acolhendo o pedido do Autor, proferirá o juiz, além da condenação principal a fazer ou não fazer, a condenação acessória do réu a pagar — como diz o art. 644 — uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento. Da conjugação entre esse dispositivo e o art. 287, resulta que o descumprimento a que se faz referência é o da sentença". (Grifou-se).

3. DA INCOMPATIBILIDADE DE COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE DAR.

3.1. Segundo já referido nos itens anteriores, o Agravado visa a uma indenização pecuniária. Ora, indenizar é dar dinheiro. A obrigação de dar, por sua vez, situa-se fora da incidência dos artigos 287, 644 e 645 do Código de Processo Civil, os quais se referem exclusivamente a obrigações de fazer. A distinção é clara, pois "ao lado das obrigações de dar, que se traduzem na prestação de coisa fungível ou infungível (dar coisa certa ou coisa incerta — genérica) co-nhece o direito as obrigações de fazer ou não-fazer, nas quais a prestação é de uma atividade pessoal do devedor" (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao CPC*. Forense, Rio, 1977, v. III, p. 239).

3.2. Não se argumente tratar a espécie de cláusula penal, já que esta nasce ex *voluntate*, jamais do descumprimento de ilícito absoluto, como quer ver o Agravado. Assim, caso tivesse havido descumprimento da lei, com a causação de dano, a pretensão reparatória somente se poderia concretizar por uma indenização consistente no pagamento do principal e, quando muito, a cumulação de *perdas e danos*, jamais de multa pecuniária, já que esta última, repita-se, tem por único escopo, não reparar dano através de reposição no patrimônio lesado, mas sim obrigar o devedor a fazer prestação *intuitu personae*.

3.3. É o que, aliás, já declarou em voto, com a acuidade de sempre, o eminente Des. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

"Através do preceito cominatório, a finalidade precípua que se pretende atingir, atuando o comando da lei, concretizado na prestação jurisdicional, é o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, de natureza diversa da condenação indenizatória." (*O Novo CPC nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina*. Ajuris, Porto Alegre, 1976, t. I, p. 284).

Pensa o Agravante que nada mais se faz necessário unir para restar demonstrada a necessidade de *cassação do provimento liminar*, não apenas em vista das razões acima expendidas, como, também, pela total desestruturação de sua sistemática de repasses às municipalidades que adviria do seu cumprimento e, ainda, porque a pretensão inicial se encontra embasada em prazo previsto em decreto-lei nesta parte derogado pela Emenda Constitucional nº 17, de 2 de dezembro de 1980, segundo será provado no correr do feito.

É o que espera, como medida de

J U S T I Ç A I

PORTO ALEGRE, 14 de junho de 1988.

Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle
Procurador do Estado

Avani Valéria Rigo Busato
Procurador do Estado

Laurdis D. Sebben
Procurador do Estado

VISTOS, ETC.

O Estado do Rio Grande do Sul, interpôs recurso de Agravado de Instrumento contra o despacho deste Juízo que deferiu o "pedido incidental de cominação de penalidade pecuniária diária de Cz\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil cruzados) pelo atraso no repasse das parcelas do ICM, com amparo no art. 287 do CPC".

Foi determinado o processamento do recurso deferindo-se a formação do agravo e providências do art. 524 do CPC, despacho de 15.6.88.

Lendo-se as razões da inconformidade percebe-se que se tratam daquelas hipóteses de manifesta procedência, na qual tão flagrante é a injuricidade da decisão atacada, que a rigor, não se faz necessário aguardar o processamento lento e demorado do recurso, para só então modificar a decisão, no caso, despacho com força de decisão.

O despacho impugnado, a primeira vista poderia suscitar apenas e tão-somente, a explicitação do alcance ou extensão da cominação de penalidade pecuniária diária.

Mas por outro lado, tal não se faria necessária, na medida em que, deferido o pedido, com base no art. 287 do Cód. de Processo Civil, claro está que, a inci-

dência da multa, somente poderia ser concretizada, se o Estado do Rio Grande do Sul, perdesse a ação e não cumprisse a sentença e, com a imposição de pena sempre a partir da sentença.

Entretanto, o Estado ora réu agravante vai mais longe, ao arguir a total impossibilidade jurídica do pedido de pena e despacho deferitório de cominação de pena, no caso.

E, tenho que lhe assiste inteira razão, não necessariamente por todos argumentos jurídicos constantes das razões do agravo mas, fundamentalmente pelo fato de ser incompatível a cominação da pena pecuniária pelo descumprimento de obrigação de dar.

A toda evidência tal como posta a pretensão do Município, de reparação dos danos causados a título de perdas financeiras, de certa forma, implica essencialmente a obrigação de "restituir", de "devolver", expressões estas que se encaixam no termo mais amplo de "entrega". Vale dizer: regulado pelo Capítulo II, Seção I do CPC, que trata "Da Entrega de Coisa Certa — arts. 621 e seguintes".

Ora, a tutela das obrigações "de dar" ou "da entrega da coisa", no nosso direito nunca foi atendida pelas ações de preceito cominatório. Este está limitado à hipótese do art. 287, combinado com os arts. 644 e 645 do CPC.

Repita-se, pois, que o pedido de reparação de danos, não se confunde com a obrigação de fazer, fato a ser prestado pelo devedor, pelo que não faz sentido manter o despacho de fls. 30, na parte que deferiu o pedido do Município de Porto Alegre, de cominação de penalidade pecuniária diária.

À luz de tais considerações, revogo o despacho de fls. 30, na parte que acolhe o pedido incidental de cominação de penalidade pecuniária diária de Cz\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil cruzados) pelo alegado atraso no repasse das parcelas do ICM.

Intimem-se.

Em 16.6.88.

Paulo Roberto Hanke
Juiz de Direito

USUCAPIÃO: PRESCRIÇÃO AQUISITIVA

ELIANA DONATELLI DEL MESE
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública:

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu Procurador infra-assinado, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, tendo em vista o Recurso de Apelação interposto por J. R. E SUA ESPOSA (Proc. nº 01185198700), para, em prazo hábil, nos termos do art. 191 do Código de Processo Civil, apresentar suas CONTRA-RAZÕES de Recurso, requerendo que, uma vez atendidas as formalidades legais, com os documentos juntos, sejam os autos remetidos ao Grau Superior.

P.D.

PORTO ALEGRE, 19 de novembro de 1987.

Eliana Donatelli Del Mese
Procurador do Estado

COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO

CONTRA-RAZÕES AO RECURSO DE APLICAÇÃO INTERPOSTO POR J. R. E SUA ESPOSA

PELO APELADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EGRÉGIA CÂMARA:

Descabido e insustentável o Recurso interposto, eis que a d. decisão fez justiça ao ora Apelado, pelos seus jurídicos e inarredáveis fundamentos.

2. Pretenderam os Apelantes fazer ressurgir pela via imprópria da Apelação a matéria atinente à ilegitimidade passiva do Estado quando deixaram de agravar no momento oportuno, estando a matéria preclusa e, pois, insuscetível de reapreciação de acordo com o disposto expressamente no art. 522 da Lei Instrumentária.

3. De qualquer forma, o pedido extemporâneo de "exclusão do Estado" em nada altera a competência absoluta do MM. Juízo Fazendário para processar e julgar matéria que envolve o patrimônio de Fundação Oficial ou Governamental, como no caso da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, sob cuja titularidade e administração se encontra o imóvel usucapiendo, na qualidade de bem público afetado a uma finalidade especial, qual seja o Jardim Botânico. A afetação pública da área, aliás, decorre da Lei estadual nº 2.136, de 26 de outubro de 1953, bem anterior, portanto, ao intrusamento da área.

4. A questão da competência das Varas da Fazenda para os feitos em que

haja interesse da Fundação Zoobotânica já está pacificada através dos inclusos Acórdãos do E. Tribunal de Justiça do Estado, proferidos nos Agravos de Instrumento interpostos pelo próprio ente fundacional e pelo Estado (Cfe. Ac. unânime no Agravo de Instrumento nº 587019589, da QUINTA CÂMARA CÍVEL, Rel. Dr. SÉRGIO JOSÉ DULAC MULLER, de 08-09-87, (DOC. 1); Ac. unânime no Agravo de Instrumento nº 587037979, da QUINTA CÂMARA CÍVEL, Rel. Dr. SÉRGIO JOSÉ DULAC MULLER de 20-10-87 (DOC. 2) e, Ac. unânime no Agravo nº 587017372, da 6ª CCTJ (DOC. 3), bem como no Agravo de Instrumento nº 587042847, da SEXTA CÂMARA CÍVEL, Rel. Des. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, de 10-11-87.

5. Igualmente, na Ação de Reintegração de Posse movida pela Fundação contra O. S. T. (Proc. nº 01186301790) foi proferida a seguinte decisão:

"Vistos. Na exceção apensa apreciou-se apenas a arguição de incompetência relativa suscitada pelo Réu face ao seu domicílio. Suscita o M.P. questão da incompetência absoluta em razão da qualidade da pessoa autora. Tem razão o digno representante do Ministério Público. A competência para julgar processos em que *é parte a Fundação Zoobotânica* do Rio Grande do Sul é de uma das Varas da Fazenda Pública. Isto porque 'em se tratando de instituição criada por lei, voltada para objetivos eminentemente públicos e mantida com recursos do Tesouro Estadual, caracteriza-se como Fundação de direito público, das contempladas no artigo 84, V, do COJE, determinada assim a competência das Varas da Fazenda para as causas em que ela seja parte' (A.I. nº 587017892 DA SEXTA CÂMARA CÍVEL DO TJRS). Assim, tratando-se de competência absoluta, nos termos do art. 84, V, do COJE declino da competência para uma das Varas da Fazenda Pública, devendo o feito ser redistribuído."

6. Por outro lado, a Lei federal nº 7.596, de 10 de abril de 1987, que altera dispositivos dos Decretos-leis 200/67, 900/69 e 2.299/86, afastou definitivamente a discussão relativa à natureza PÚBLICA das fundações governamentais, embora de personalidade jurídica de direito privado, criadas mediante autorização legislativa como no caso da Fundação Zoobotânica, incluídas dentre os Órgãos da Administração Indireta (Cfe. art. 4º, letra d), ao teor do art. 1º, inciso II, da antes referida Lei nº 7.596, a saber:

"II — o art. 5º fica acrescido de um inciso e um parágrafo a serem numerados, respectivamente, como inciso IV e § 3º, na forma abaixo:

'Art. 5º —

IV — *Fundação Pública* — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

.....
§ 3º — As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua

constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações."

7. Dirimida qualquer controvérsia sobre a natureza pública das fundações governamentais, definida está, em primeiro lugar, a competência das Varas da Fazenda Pública para processar e julgar os feitos, em que as mesmas sejam parte. Em segundo lugar, é indubitável que os bens integrantes do seu patrimônio são INUSUCAPÍVEIS (Cfe. Súmula STF nº 340).

8. No caso dos autos, como bem o refere a d. sentença à fl. 207, os próprios AA. requereram a citação da Fundação Zoobotânica em virtude de na Certidão de fl. 22 do Registro de Imóveis da 2ª Zona, constar que o imóvel usucapiendo "integra o todo maior matriculado no R.I./47.016, em nome da Fundação Zoobotânica". Inobstante isso, a transferência da propriedade pública, antes administrada pela Secretaria de Estado da Saúde, só ocorreu em 17-2-1983, conforme consta da averbação 2/47.016 constante do verso do Título de fl. 44 e 58, incorrendo o prazo prescricional alegado pelos AA. ainda que a Fundação não fosse pública, como argumentam.

9. Esclarecida e comprovada, pois, a questão pertinente à dominialidade pública do imóvel usucapiendo tinha o MM. Juízo não só a possibilidade mas o DEVER de extinguir o Processo com julgamento de mérito como o fez, até anteriormente ao saneamento do feito, forte nos artigos 329 e 330 da Lei Instrumentária.

10. Equívocas e improcedentes todas as demais alegações dos AA., sendo escorreita e inarredável a d. sentença.

Em face dos argumentos ora expendidos e dos demais elementos contidos no processo, espera o Apelado que seja mantida a d. sentença recorrida, negando essa E. Câmara provimento ao recurso, fazendo, assim, a costumeira

JUSTIÇA.

PORTO ALEGRE, 23 de novembro de 1987.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA
1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

AÇÃO DE USUCAPIÃO

Implantação nº 01185198700

Autor: J. R. e outros

CONTESTAÇÃO

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador signatário, lotado na Procuradoria do Domínio Público Estadual, da Procuradoria-Geral do Estado, situada na Av. Borges de Medeiros, nº 417, 10º andar, onde recebe intimações, na Ação de Usucapião que J. R. e outros, qualificados na Inicial, movem, ante essa Vara e MM. Juízo, no prazo do artigo 297 e 188, combinado com os artigos 300 a 303 do Código de Processo Civil, vem, com o devido acatamento, ante Vossa Excelência apresentar Contestação à pretensão dos demandantes, dizendo e ao fim requerendo o que segue:

Trata-se de Ação de Usucapião, visando à obtenção de sentença declaratória do domínio de uma fração de terras, situada em rua sem nome — segundo a

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 155-173, 1988

157

inicial — com acesso pela rua Prof. Cristiano Fischer, nº 991, no Bairro Jardim Botânico, sob o nº 461 e com situação geográfica descrita no item II da peça vestibular.

I — PRELIMINARMENTE

- Ausência de uma das condições da ação
- Impossibilidade jurídica do pedido
- Inépcia da Inicial

2. A área descrita na Inicial pertence à Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, e integra o Jardim Botânico do Estado, conforme faz prova a cópia da Certidão do Registro de Imóveis de Porto Alegre da 2ª Zona, acompanhado da cópia da escritura em que figura o Estado como doador da área que passou a integrar o Patrimônio da entidade (DOC. 1), explicitada conforme a inclusa planta (DOC. 2).

A Fundação tem patrimônio público pela natureza de sua constituição e é subvencionada pelo Estado, de modo que, ainda que se trate, por definição de lei, de Fundação de direito privado, seu patrimônio e sua finalidade são de direito e interesse público, nas quais está presente o Estado, pela subvenção, fiscalização e dotações previstas nos artigos 7º e 11 da Lei nº 6.497, de 20 de dezembro de 1972, (DOC. 3), sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado, por evidente.

Tanto é verdade, que, uma vez extinta a Fundação, seu patrimônio reverterá ao doador, conforme estabelece o mesmo citado Estatuto, ora incluso (DOC. 4), aprovado pelo Decreto nº 22.686/73, em seu art. 2º.

3. Os promoventes, no item I da Inicial, alegam que: "desde 1954 ocupam o imóvel" objeto da ação. Omitem, todavia, que passaram a ocupar o imóvel em questão mediante simples autorização de uso, a título precário e meramente tolerado por prazo indeterminado, revogável a qualquer tempo, com a intermediação de funcionário da Secretaria de Saúde, então lotado na Colônia Agrícola Juliano Moreira, Sr. E. R., usando água e luz às custas do Estado.

Portanto, são os AA. simples detentores de coisa alheia e não possuidores como foi alegado, faltando-lhes a possibilidade da pretensão de usucapir. Tal diferença encontra-se explicitada no art. 487 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual o detentor de coisa alheia é mero instrumento do poder possessório que a outro pertence.

4. SAVIGNY, citado por CLÓVIS BEVILAQUA, ensina que "a detenção é o poder material exercido sem a intenção de a ter como sua, sem o *animus sibi habendi*, equivalente ao *animus domini*" (*in* *Traité de la Possession*, § 9; idem LAFAYETTE *in* *Direito das Coisas*, I, § 3; MATOS PEIXOTO *in* *Corpus e Animus*, Cap. XIII; SALVAT *in* *Tratado de Derecho Civil Argentino*, (derechos reales), I, ns. 21 e seguintes e 35 a 40 apud CLOVIS BEVILAQUA *in* *Direito das Coisas*, RJ, Freitas Bastos, 1941, p. 39).

Não há que se falar em posse dos AA., no caso, principalmente, por tratar-se de bem público, afetado ao uso especial da Administração Pública, com o funcionamento do Jardim Botânico da Cidade e do Estado.

É o que assegura o mesmo CLOVIS, na obra antes citada, a saber:

"Assim é nos casos em que a coisa, por sua própria natureza

jurídica, não pode ser possuída, como a de uso comum do povo (Código Civil, art. 66, I), ou de uso especial da Administração Pública (66, II)" (ob. cit., p. 40).

5. Cuida-se, no caso presente, de publicização do bem por destinação. E, por ser bem público, os remédios jurídicos dos interditos ou do usucapão não são publicações utilizáveis pelos servidores da posse, como meros detentores.

Este é o ensinamento de TITO LÍVIO PONTES, *verbis*:

"Esse alguém recebe um poder de fato sobre a coisa, mas de outro, em uma relação a que está adstrito a prestar obediência à instrução de outro, de quem teria recebido a posse da coisa. Por isso é chamado *servidor da posse, fato que lhe imprime o cunho de simples detentor, de mero instrumento da posse*." "Não é respaldado ou servido pelos interditos, e nem esse estado de mero contato material lhe assegura o direito de usucapião" (...)

"O fâmulos é o simples detentor, sem detenção autônoma, antes subordinada — *Os interditos e o usucapião são remédios jurídicos que não o atingem*". (Grifou-se) (*in* *Da Posse*, 2ª ed. SP, Universitária de Direito, 1977, p. 61).

E mais:

"A posse compreende em si uma pretensão de autonomia, de independência; a detenção contém uma confissão de inferioridade, de dependência de relação possessória" (...)

"De resto, não há estorvos a vencer. O texto entra olhos a dentro dos mais inexperientes, a dizer-lhes que posse com *animus sibi habendi, animus domini*, ou, mais genericamente, posse jurídica não existe no caso" (ob. cit., p. 62).

Na mesma linha de raciocínio, ARNOLD WALD, que é peremptório ao afirmar a insusceptibilidade de apropriação de coisa pública, a saber:

"Existe enfim detenção e não posse quando o objeto sobre o qual o poder é exercido não é suscetível de apropriação, como ocorre com os bens públicos por exemplo" (*in* *Curso de Direito Civil Brasileiro*, SP, Sugestões Literárias S.A., 1970, p. 73).

Tal orientação é pacífica na Jurisprudência Brasileira, conforme o demonstram os Acórdãos a seguir arrolados: — Ac. da 5ª C.C. do TJSP, Apel, nº 270.452, v. un. em 17-4-80, Rel. Des. MARTINIANO DE AZEVEDO, RT 540/76 apud WILSON BUSSADA (*in* *Código Civil Interpretado pelos Tribunais*, Vol. III, Tomo I, RJ, Liber Juris Ltda. 1983, p. 150-5); — Ac. da 5ª C.C. do TJSP, de 20-2-75 (*in* RT 478/105); — Ac. da 1ª T. TA do RJ — Ac. da 4ª Câmara Cível de 29-11-83 — Ap. 96.390 — Rel. Juiz SAMPAIO PERES — Espólio de Antonio Gonçalves de Moraes vs. Geraldo Firmo Pereira de Araújo (*in* *Jurisprudência ADCOAS* nº 96.283, p. 214); — Ac. da 3ª C.C. do TJMG de 23-9-82, Apel. Cível nº 58.643, de São João Del Rei, Rel. Des. OTAVIANO ANDRADE (*in* *Jurisprudência Mineira*, Vol. 88, p. 111-3).

Especificamente com relação aos bens públicos, são esclarecedores os arestos jurisprudenciais abaixo transcritos:

"POSSE — INTERDITOS — ININVOCABILIDADE EM RELAÇÃO A BENS PÚBLICOS. Não se pode invocar posse de bens públi-

cos. Há, tão-somente, simples detenção, que não autoriza a invocação dos interditos possessórios" (TA Civ. — RJ — Ac. unân. da 8ª Câm. de 30-4-86 — Ap. 43.236 — Saquarema — Rel. Juiz Ivo Werneck — Fazenda Ubás Agropecuária Ltda. vs. P. S. de S. C. e sua mulher in Jurisprudência — ADCOAS nº 109.763, p. 440).

"AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE PROPOSTA PELO MUNICÍPIO CONTRA PARTICULAR, BEM PÚBLICO, PERMISSÃO DE USO. PROCEDÊNCIA DE AÇÃO. Ao particular não é dado o direito de opor sua posse contra a da Administração, quando se trata de bem público e o seu uso é a título precário, não gerando e nem transferindo direito" (...)

"Assim, frente ao instituto da inalienabilidade, próprio dos bens públicos, inadmissível pretenda um particular ser titular da posse de bens desta natureza, mesmo quando, a qualquer título, se lhe definir a permissão de uso de determinada coisa pública, pois segundo preleciona Cretella Júnior, 'a permissão não deixa de ser uma tolerância administrativa necessariamente revogável e expressa, visto que o traço específico deste tipo de ocupação do domínio público é de caráter precário'. E, mais adiante, acrescenta que a permissão de uso privativo não gera e nem transfere direito, 'porque o precário é inidôneo para fundamentar algum título', concluindo: 'Sua natureza inequívoca é a de ato unilateral, solicitado pelo particular à Administração, que o outorga a título precário, revogando-o imediatamente, assim que o interesse público o exija' (in Dos Bens Públicos, p. 77-3 apud Jurisprudência Catarinense. Vol. 21, 1978, p. 108).

6. Ausente, destarte, um dos pressupostos da ação de usucapião, qual seja, o ânimo de dono (*animus domini*), não há que se falar, no caso, em posse *ad usucapionem*, não podendo a ação prosperar, sendo os AA. carecedores da ação.

7. De qualquer forma, descabe pretensão indenizatória relativamente a despesas feitas com o uso e gozo da coisa, autorizados pela Administração Estadual, como com referência ao instituto do comodato dispõe o art. 1.254 do Código Civil Brasileiro (Cfe. Ac. 14.139 na Apel. Cível nº 558/77 de Ponta Grossa, Rel. Des. ATHOS VELLOZO, de 4-10-77, in Paraná Judiciário, p. 51).

8. Por outro lado, esbarra a pretensão deduzida na Inicial, na impossibilidade jurídica de se usucapir imóvel integrante do patrimônio de fundação governamental, no caso, a Co-Ré Fundação Zoobotânica, por tratar-se o imóvel doado pelo Estado ao ente fundacional de bem público, com destinação especial.

Segundo TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO "é pressuposto constitutivo da pretensão processual de ver declarado o usucapião a circunstância de o bem pretendido usucapir ser particular e não público, posto que este é, por legislação, coisa inábil à prescrição aquisitiva. E esta prova, como regra processual é ônus do Autor" (in Usucapião. Doutrina, Jurisprudência. Prática. 3ª ed. POA, Síntese, p. 19).

Inversamente, trata-se, no caso, de imóvel notoriamente público, afetado ao uso especial da Administração Pública, já que destinado ao Jardim Botânico da cidade e do Estado, militando em seu favor a definição legal e regulamentar.

Senão vejamos:

9. Através da Lei E. nº 6.497, de 20-12-72, (cfe. cópia inclusa, DOC. 3) o Poder Executivo foi autorizado a instituir uma "Fundação de direito privado, com o objetivo de manter e administrar áreas destinadas à proteção e preservação da flora e da fauna e outros recursos naturais" (cfe. art. 1º), cujos Estatutos foram aprovados por Decreto do Governador do Estado (cfe. art. 2º),

10. Para a formação do patrimônio destinado à persecução dos fins colimados nos arts. 1º e 5º da lei que instituiu a dita fundação governamental, foram transferidos à mesma, de acordo com o art. 3º, letras a, b, c, combinado com o art. 8º, ambos do diploma legal antes referido, os "bens móveis e imóveis, benfeitorias e instalações existentes no Parque Zoológico em Sapucaia e Jardim Botânico em Porto Alegre, administrados pela Unidade de Parques Estaduais da Secretaria de Desenvolvimento Regional e Obras Públicas e bens móveis e imóveis, benfeitorias e instalações existentes no Museu Rio-Grandense de Ciências Naturais, administrado pelo Departamento de Assuntos Culturais da Secretaria de Educação e Cultura"; "b) espécies de flora e representantes da fauna localizados nos órgãos referidos na letra a"; "c) veículos, máquinas, aparelhos, equipamentos e material técnico pertencentes à Secretaria do Desenvolvimento Regional e Obras Públicas à disposição da Unidade de Parques Estaduais, e os da Secretaria de Educação e Cultura, à disposição do Museu Rio-Grandense de Ciências Naturais".

11. Importa salientar, nesse passo, que o § 1º, do art. 4º, do anexo Decreto estadual nº 22.686, de 10-10-73 (DOC. 4), que aprovou o estatuto da fundação, assim dispõe: "§ 1º — Em hipótese alguma poderão ser alienados ou cedidos os bens imóveis transferidos pelo Estado para integrar o patrimônio da fundação". Até mesmo os móveis e semoventes encontram-se cadastrados na diretoria do patrimônio (cfe. Dec. nº 23.249/74, em anexo, DOC. 5).

12. Dentre os recursos financeiros da fundação estão compreendidos os seguintes: "contribuições, subvenções e auxílios da União, do Estado, dos Municípios ou respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista" (cfe. art. 4º, letra a), além da dotação orçamentária específica prevista no artigo 11 da Lei nº 6.497, que é renovada anualmente para cobrir as despesas necessárias ao cumprimento do fim público para o qual a fundação foi criada.

Assim, se uma pessoa jurídica depende de outra como instituto de sua administração é impossível deixar de compreender-se o patrimônio da dependência, autônoma ou não, como um pecúlio sobre o qual se exerce mediamente o direito superior da pessoa jurídica instituidora.

Não se pode por pertencer a fundação, abstrair o direito superior da pessoa de direito público que lhe deu existência, para o fim de interesse público que lhe foi atribuído.

Não é outro o entendimento dos maiores administrativistas brasileiros. Senão vejamos:

RUY CIRNE LIMA: "Podemos dizer conseqüentemente, sem ofensa ao Código, que formem o domínio público e o patrimônio administrativo todos os bens, pertençam a quem pertencerem, que participam da atividade administrativa e se acham, por isso mesmo, vinculados aos fins desta" (in Princípios de Direito Administrativo. 3ª ed. POA, Sulina, 1954, p. 78).

HELY LOPES MEIRELLES: "O patrimônio dessas fundações,

sendo constituído com bens do Estado deve ser considerado público, mas com destinação especial e sujeito à administração particular da instituição" (Grifou-se) (in Direito Administrativo Brasileiro. 4ª ed. SP, RT, 1976, P. 344).

Diz mais, o mesmo autor:

"A despeito de serem públicos, dada a sua destinação especial, as organizações de personalidade privada e a sua administração em moldes particulares, os bens das entidades paraestatais prestam-se à oneração como garantia real e sujeitam-se à penhora por dívidas da entidade, como também podem ser alienados na forma estatutária, independentemente de lei autorizativa. No mais, regem-se pelas normas de direito público, inclusive quando à *imprescritibilidade por usucapião*, uma vez que, se desviados dos fins especiais a que foram destinados, retomam a sua condição originária do patrimônio de que se destacaram." (Grifou-se) (Ob. cit., p. 417-8).

LENINE NEQUETE, trazendo à colação o Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 30-8-66, segundo o qual "um imóvel — destinado à proteção dos mananciais de uma cidade e à preservação da flora e da fauna — é bem de uso especial (e, portanto, imprescritível), posto que sua finalidade consiste em permanecer intacto" (Grifou-se) (Cfe. R.T.J. — STF, 39/424), ainda assevera, relativamente aos bens de uso especial, ser manifesto "que estão na posse de seus administradores ou ocupantes oficiais, ainda que em certos casos essa posse não seja ostensiva, como ocorreria por exemplo, com uma reserva florestal: de sorte que impossível, por igual, invocar-se a seu respeito, assim como às coisas já possuídas por outrem, uma posse senão simplesmente tolerada ou precária" (in Da prescrição aquisitiva. 3ª ed. POA, Coleção AJURIS/17, 1981, p. 168 e 176).

Os bens que constituem o patrimônio das fundações, infere-se do art. 30 do CC, são inalienáveis; porque as pessoas que os administram não são proprietárias e ainda porque a fundação é patrimônio personificado pela finalidade a que é destinado; desviar o patrimônio do seu fim é destruir a fundação. (Cfe. RT/116/659).

13. A par disso, as fundações governamentais sujeitam-se à tutela administrativa e financeira do Estado, de mérito ou de legitimidade, concernente à conveniência e oportunidade de seus atos, ou de legalidade, de forma preventiva e repressiva.

14. Portanto, além da supervisão pela Secretaria de Estado a que se encontra vinculado o ente fundacional (Cfe. Art. 1º, III, e, do Dec. estadual nº 29.926, de 08-12-80, incluso (DOC. 6), combinado com o art. 6º do Dec. E. nº 19.801/69), (DOC. 7), que representa a designação pelo Governador do Estado dos dirigentes e conselheiros da fundação; o envio de relatório, boletins, balanços, balanços e informações, que propiciam o acompanhamento das atividades da fundação pelo secretário supervisor e a execução do orçamento-programa estabelecido pelo Governo; fixação das despesas de pessoal e de administração de gastos com publicidade, divulgação e relações públicas; auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; e, intervenção por motivo de interesse público; a fundação é submetida, ainda, ao controle interno da Administração Pública através da fiscalização contábil e administrativa exercida pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, com vistas à aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira, aprovação das contas e rela-

tórios, bem como ao controle externo, por meio da fiscalização financeira e orçamentária exercida pela Assembléia Legislativa, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado.

15. A obrigatoriedade de adoção das normas de contabilidade pública e dos princípios licitatórios e regramentos sobre licitações para a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços, colocam, as fundações em condições de igualdade com as autarquias e as demais entidades da Administração Indireta (Cfe. Art. 3º do Decreto estadual nº 23.974/75, em anexo (DOC. 7), e O.S. nº 29/83-87, combinado com o Decreto estadual nº 22.686/73, §§ 1º e 2º do art. 22 e art. 23).

16. Aliás, o recente Decreto-lei nº 2.300/86, aplicável aos Estados-Membros por força de seu artigo 85, inclui as fundações governamentais na Administração Federal retomando a orientação anterior ao Decreto-lei nº 900/69 que as desequiparou das empresas públicas. Esta a orientação do artigo 86 do Decreto-lei nº 2.300.

Fica evidente, pois, a impossibilidade jurídica do pedido pela ausência de uma das condições da ação, eis que o imóvel usucapiendo é bem público estadual, sendo seus ocupantes meros detentores.

II — NO MÉRITO

17. Conforme se denota da documentação anexa, a área da presente ação se inclui no todo maior de propriedade da co-ré, pública por destinação, anteriormente à instituição da fundação integrante de área afetada ao uso do Hospital São Pedro.

18. Agora, mesmo passando a vincular-se ao uso da co-ré é inusucapível, por força dos artigos 67 e 69 do Código Civil Brasileiro, eis que publicizado por destinação o imóvel, como já se demonstrou de sobejo nas preliminares antes arguidas.

FACE AO EXPOSTO, REOUER o acolhimento das preliminares aduzidas ou, no mérito, seja julgada improcedente a ação, impondo-se aos Autores os encargos da sucumbência.

REOUER, desde logo, seja determinada a realização de perícia para localização na área maior que é da co-ré.

Protesta pela admissibilidade de produção de todo o gênero de provas admitidas em direito, inclusive testemunhal e o depoimento pessoal dos AA.

E.D.

PORTO ALEGRE, 06 de fevereiro de 1987.

Ação de Usucapião

Processo nº 01185198700

Autores: J. R. e sua esposa L. M. V. R.

VISTOS, ETC.

J. R. e sua esposa L. M. V. R., sob o abrigo da assistência judiciária gratuita e com fundamento nos arts. 550 e seguintes, do Código Civil Brasileiro, em combinação com os arts. 941 e seguintes, do Código de Processo Civil, ingressaram

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 155-173, 1988

na 12ª Vara Cível com a presente *AÇÃO DE USUCAPIÃO* relativamente ao terreno nº 461, localizado nesta Capital, com área de 495,36 m², devidamente descrito na Inicial, cujo acesso é feito pela Rua Cristiano Fischer nº 991, no Bairro Jardim Botânico.

Com o pedido juntaram os documentos de fls. 4/9, ponderando que desde 1954 ocupam o aludido imóvel, de forma mansa e pacífica e ininterrupta, com *animus domini*.

Através da petição de fls. 21, os suplicantes requereram a citação da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, alegando que de acordo com a certidão do Cartório do Registro de Imóveis da 2ª Zona (fls. 22), o terreno usucapiendo integrava o todo maior a ela pertencente.

Ao vir para os autos (fls. 42/50), a fundação arguiu a incompetência absoluta de juízo, requerendo a redistribuição do processo para uma das Varas da Fazenda Pública, o que foi deferido às fls. 53vº, sem qualquer oposição por parte dos Autores que do despacho foram intimados (folhas 54), inclusive anexando, mais tarde, a certidão de fls. 58, idêntica à de fls. 44. Nela observa-se que o imóvel pertencente à Fundação Zoobotânica foi matriculado sob nº 47.016, em data de 24.06.81, e a ela foi doado pelo Estado do Rio Grande do Sul que o possuía desde 28.02.34 (fls. 48), adquirido por compra feita à Companhia Geral de Indústrias que desde 30.10.28 o mantinha registrado no Cartório de Imóveis da 1ª Zona, sob o nº 50.443, às fls. 399, do Livro 3-P, nos termos da anterior Lei dos Registros Públicos.

Justificada a posse, com a inquirição de três testemunhas (fls. 77/79vº), o feito foi contestado pela Fundação Zoobotânica (fls. 80/88) trazendo novos documentos e repetindo outros (fls. 89/99).

Em sua irresignação argui a preliminar de carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, na forma dos arts. 267, VI e 295 § único, do Código de Processo Civil, já que os demandantes estão a buscar o domínio de um bem público impossível de ser adquirido por usucapião, nos termos da Súmula nº 340, do Pretório Excelso, no que conta, também, com o apoio da doutrina.

Relativamente ao mérito, pondera que o imóvel que hoje lhe pertence — dentro do qual está o terreno objeto desta ação — foi adquirido mediante doação feita pelo Estado do Rio Grande do Sul, nos termos da Lei nº 6.497, de 20.12.72 não transcorrendo daí fluxo temporal adequado à regra do art. 550, do Código Civil, pois nem quinze anos se passaram. Como se não bastasse — esclarece — embora a contestante seja uma fundação, ela é caracterizadamente pública por que seu instituidor foi o Estado, um ente público, sendo isso que a distingue de uma fundação privada, e por tal motivo seus bens são igualmente insuscetíveis de serem usucapidos.

Por último, referindo-se à audiência de justificação de posse, observou que as testemunhas não tiveram condições de identificar o imóvel objeto da ação e nem sua localização, adiantando que os lindeiros não foram citados regularmente, posto que os indicados na inicial despontam como ocupantes da área na mesma posição dos autores.

Na réplica os suplicantes levantam a prejudicial de ilegitimidade passiva da fundação e rebatem a preliminar da contestação salientando que ainda que o imóvel ficasse dentro da área pertencente a ela, seria o mesmo suscetível de usucapião, já que os bens da ré não são públicos, não sendo a hipótese de incidência

da Súmula nº 340, antes aludida. Contrariando suas próprias afirmativas de fls. 21, dizem agora que o bem descrito na Inicial não está dentro da área pertencente à Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul (fls. 101/103).

O Estado do Rio Grande do Sul também veio para os autos (fls. 105/119 e docs. de fls. 120/144), contestando a pretensão dos Autores, arguindo preliminar idêntica àquela trazida pela primeira contestante. Diz que esta tem patrimônio público pela natureza de sua constituição, de modo que ainda que se trate, por definição de lei, de fundação de direito privado, seu patrimônio e sua finalidade são de direito e interesse público, nas quais está presente o Estado, pela subvenção, fiscalização e dotações previstas nos arts. 7º e 11, da Lei nº 0.497/72, sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas, advertindo que, uma vez extinta a fundação, seu patrimônio reverterá ao doador, conforme art. 10, do mesmo diploma legal.

Alega, também, que os Autores estão ocupando o imóvel mediante simples autorização de uso, a título precário e meramente tolerada por prazo indeterminado, revogável a qualquer tempo, com a intermediação de E. R., funcionário da Secretaria da Saúde, então lotado na Colônia Agrícola Juliano Moreira, às custas da qual usavam água e luz. São, portanto — adianta o contestante — simples detentores de coisa alheia e não possuidores, como asseveraram, aplicando-se ao caso a hipótese do art. 487, do Código Civil Brasileiro.

Sublinha, ainda, que através da lei antes referida, o Poder Executivo foi autorizado a instituir uma *fundação de direito privado*, com o objetivo de manter e administrar áreas destinadas à proteção da flora e da fauna e outros recursos naturais, sendo a ela transferidos — com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade — todos os bens imóveis, benfeitorias e instalações quer do Parque Zoológico de Sapucaia do Sul, quer do Jardim Botânico de Porto Alegre. Ademais, dentre os recursos financeiros da fundação estão as contribuições, subvenções e auxílios da União, do Estado, dos Municípios ou respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, além da dotação orçamentária específica prevista, a qual é renovada anualmente para cobrir as despesas necessárias ao cumprimento do fim público para o qual ela foi criada.

Nessa linha de raciocínio, observa seguindo orientação doutrinária — que o patrimônio da fundação, sendo constituído com bens do Estado, deve ser considerado público, mas com destinação especial e sujeito à administração particular da instituição, sendo inalcancável pela prescrição aquisitiva.

Quanto ao mérito — um tanto envolvido na preliminar — ratificou estar o imóvel objeto da ação dentro da área pertencente à fundação.

Os Autores replicaram (fls. 146/149), e posteriormente manifestou-se o Ministério Público pela improcedência da ação (fls. 151/153).

Voltando aos autos, o segundo contestante pediu a reunião a este processo de outros dois que tramitavam pela 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública, sob a alegação de existência de conexão entre eles, já que idêntica era a causa de pedir, integrando os aludidos imóveis a área maior pertencente à Fundação (fls. 159/163). Tal pedido foi atendido pelo despacho de fls. 173, do Juiz Substituto, contra o qual irresignaram-se os suplicantes (fls. 175/180).

Através da promoção de fl. 181, o Ministério Público, por seu representante nesta Vara, entendeu ser o Estado parte ilegítima porque a Fundação Zoobotânica possui a natureza de direito privado. Partindo de tal raciocínio entendeu que a

Vara da Fazenda Pública seria incompetente para processar e julgar o feito. Tal parecer recebeu os aplausos dos autores e a crítica do Estado.

Por solicitação minha vieram os autos conclusos.

Foi o relatório.

Segue a prestação jurisdicional, na forma do art. 330, I, do Código de Processo Civil, já que os fatos que interessam à causa estão todos presentes através da prova documental, dispensando-se a inquirição das testemunhas que, no caso, seria irrelevante, como se verá. A perícia requerida pelos contestantes também nada acrescentaria.

Com efeito, analisando a petição de fl. 21, observa-se que os demandantes requereram a citação da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, atendendo o que prescreve o art. 942, I, da Lei Instrumental, porque o imóvel que pretendiam usucapir integrava o todo maior a ela pertencente. Tal pedido prendia-se ao fato de que na certidão de fl. 22, do Cartório do Registro de Imóveis da 2ª Zona, constava o seguinte: *Certifico mais, que a área acima descrita — a do terreno usucapiendo — integra o todo maior matriculado no R.1/47.016, em nome da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul.*

Ora, dito documento, por evidente, só poderia ser desconstituído através de processo regular com tal objetivo, não tendo os depoimentos de fls. 77/78 a força suficiente para amparar a justificação de posse de fl. 79vº, circunstância que deve ter passado despercebida pelo Magistrado que presidiu aquela audiência.

Além do mais, se os Autores, baseados na referida certidão afirmaram que o imóvel em questão integrava a área que pertencia à primeira contestante, não poderiam, mais tarde, alegar que a mesma não deveria integrar o pólo passivo da relação processual. Seria, no mínimo, incoerência, para não dizer má-fé.

Mas, no entanto, o fizeram (fl. 101), inclusive levantando, a respeito, preliminar de carência de ação, ferindo o princípio da lealdade processual, chamada por uns de princípio da honestidade processual e, por outros, de princípio da probidade.

Pontes de Miranda, em seus Comentários ao Código de Processo Civil (Tomo I, pág. 365, ed. 1974), esclarece que o *dever de verdade* (= *dever de veracidade*) impõe que o autor e o réu apresentem fatos verídicos e não alterem, intencionalmente, os fatos apresentados.

Amauri Mascaro Nascimento, em artigo de doutrina sobre o *princípio da lealdade, veracidade e boa-fé no processo trabalhista* (RF, 251/462), e que também aqui tem aplicação, ensina que *Embora mantido o princípio dispositivo, há uma interferência estatal gradativamente maior no processo. De modo que a parte, diante do processo, embora assegurada sua liberdade, está diante de um instrumento utilizado pelo Estado, e este tem o interesse em apurar a verdade e exigir dos litigantes um comportamento segundo a boa-fé.*

Mencionando Carnelutti (Sistema, nº 352), o articulista diz que *sob o aspecto lógico, a moderna concepção de processo elimina todo o obstáculo ao reconhecimento da obrigação de dizer a verdade, porque o processo desenvolve-se segundo um interesse público e tende a um resultado de justiça, daí porque a parte serve ao processo e não se serve do processo.*

Assim, cai a preliminar de ilegitimidade de parte quanto ao ingresso da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul no processo, e outro destino não está reservado para idêntica prefacial levantada relativamente ao Estado.

Como já mencionado no relatório, desde 28.02.34 o Estado possuía a gleba de terras que, nos termos do art. 3º, da Lei nº 6.497, fez integrar o patrimônio da fundação a partir de 22 de dezembro de 1972, constando no artigo 10 que, extinta a fundação, todos os bens imóveis reverteriam ao seu patrimônio, bens esses gravados com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, conforme consta no R.1/47.016, do Cartório de Imóveis (fls. 44vº, 58vº e 93vº), por força do art. 4º, § 1º, do Estatuto da Fundação, aprovado pelo Decreto nº 22.686/73 (doc. de fl. 50).

Apenas pela referência às cláusulas restritivas, conclui-se que o Estado tinha o direito de intervir na demanda, na defesa legítima de seus interesses, como corretamente destacou o Dr. Francisco Pires de Bem, Promotor de Justiça, em seu parecer de fls. 151/153.

Entretanto, a prejudicial de carência por falta de uma das condições da ação — referente à impossibilidade jurídica do pedido — trazida pelos contestantes, deve ser acolhida.

Conforme já foi frisado, desde 1934 o Estado era proprietário da área. A partir de então, dita gleba, ou parte dela, não seria suscetível de ser usucapida, nos exatos termos do art. 67, do Código Civil, por ser um bem público, assim definido pelo art. 66, III, do mesmo diploma legal. A respeito do assunto foi emitida a Súmula nº 340, pelo Supremo Tribunal Federal, dizendo que *desde a vigência do Código Civil — 1º de janeiro de 1916 — os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.*

É interessante também esclarecer que o argumento dos Autores, no sentido de que sobre o terreno objeto desta ação poderia ocorrer a prescrição aquisitiva, por ser a fundação uma entidade de direito privado, não tem qualquer consistência, bastando para isso lembrar que a cláusula de inalienabilidade, além de impedir a transferência do bem de uma pessoa para outra, também não admite que seja ele submetido a ônus real. Esta última hipótese aconteceria se a presente ação fosse julgada procedente e o terreno fosse registrado no Cartório de Imóveis como de propriedade dos demandantes.

E, mesmo que vingasse a tese dos requerentes, ainda assim não teriam sucesso em sua postulação, porque somente a partir de 22.12.72 — data da Lei nº 6.497 — o imóvel passou a ser patrimônio da fundação, não tendo decorrido lapso temporal para a busca do usucapião, pois, da referida data até a primeira contestação em 26.11.86 (fls. 80/88), nem 14 anos se passaram.

Galeno Lacerda, em seu magnífico Despacho Saneador ensina que *qualquer que seja o resultado da sentença, favorável ou desfavorável, há de exigir-se do autor, para aceitação processual do pedido, existência de normas que o autorize (ou possibilidade jurídica, segundo a fórmula de Liebman), legitimação para a causa e interesse.* Adianta, ainda, que a sentença é um silogismo, onde a premissa maior é representada pelas condições da ação, sendo necessário que o direito objetivo, em tese, admita o pedido, conceda titularidade às partes e reconheça o interesse do Autor. Enfim, que os fatos apurados no decorrer do processo favoreçam à pretensão inicial (págs. 77 e 78, ed. 1985).

No caso em tela, existindo impedimento legal, a busca do usucapião pretendido pelos demandantes não encontra respaldo no direito objetivo, não possuindo eles o amparo da *premissa maior* no tocante à possibilidade jurídica do pedido prevista pelo art. 267, VI, do Estatuto Processual, circunstância que os faz carecedores de ação.

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 155-173, 1988

Vale também ponderar que uma fundação pública, pelo simples fato de ser regida pelo direito privado, não lhe tira a característica de ente estatal, como assegurou o Ministério Público às fl. 152.

Desnecessária, portanto, a prova testemunhal que em nada mudaria os rumos desta sentença, pois, como se disse alhures, não teria o condão de derrubar a certidão de fl. 22, do Ofício de Imóveis.

Uma palavra final deve-se trazer no tocante às ações ditas conexas pelo Estado e que tramitavam nas 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública. Em um primeiro relance entendi que poderia estar ocorrendo conexão (fl. 170). Todavia, mais tarde, quando os processos vieram para cá (por força do despacho de fl. 173), mudei meu pensamento e os devolvi às Varas de origem, pois, tratando-se de terrenos diferentes — embora dentro de um todo maior único — o objeto não era comum e, assim, não poderiam ser conexas as causas, nos exatos termos do art. 103, da Lei Instrumental.

Em face do exposto, com fundamento nos dispositivos legais mencionados ao longo desta decisão, forte no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por ausência de possibilidade jurídica do pedido, **JULGO OS AUTORES CARECEDORES DE AÇÃO**, condenando-os no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios dos patronos dos réus, que arbitro em 15% sobre o valor da causa — metade para cada um — condenações que suspendo por um quinquênio, como se verá a seguir.

Com base no art. 17, II, do Estatuto Processual, entendo ter ocorrido litigância de má-fé por parte dos Autores, já que eles alteraram a verdade dos fatos.

Com efeito, se na petição de fl. 21, seguindo a certidão de fl. 22, afirmaram que o terreno por eles ocupado pertencia a um todo maior de propriedade da fundação, não poderiam, mais tarde, negar tal assertiva, sob pena de estarem ofendendo o princípio da lealdade processual, dever esse que a parte deve ter não apenas para com o adversário, mas também para com o juiz. Todavia, à fl. 101 asseguraram expressamente: *A área usucapienda fica longe da área de propriedade da contestante...* e, com isso argüíram a ilegitimidade passiva da fundação, o que não lhes era dado o direito de fazer.

Diz o art. 18, *caput*, do Código de Processo Civil, que o litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

No caso em tela, como os Autores gozam do benefício da gratuidade da justiça, de acordo com o artigo 12, da Lei nº 1.060/50, se tais pagamentos — aí também incluídas as custas processuais — não puderem ser buscadas em cinco anos, a obrigação ficará prescrita.

Intimem-se.

PORTO ALEGRE, 17 de setembro de 1987.

FLÁVIO PÂNCARO DA SILVA
Juiz de Direito

USUCAPIÃO, JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.

Cabe o julgamento antecipado da lide, em ação de usucapião, ainda que contestada, se os documentos juntados com a inicial e com a contestação bastam ao convencimento do julgador.

FUNDAÇÃO ZOOBOTÂNICA DO RIO GRANDE DO SUL.

Tratando-se de entidade criada por lei, cujos objetivos são eminentemente públicos, mantida que é com recursos do Tesouro do Estado, caracteriza-se como fundação de direito público.

BEM PÚBLICO. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA.

Por sua própria destinação e pela natureza jurídica da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, os bens de sua propriedade consideram-se bens públicos e são insuscetíveis de prescrição aquisitiva.

Apelação Cível
nº 587067331

J. R. e sua mulher L. M. V. R.,
Estado do Rio Grande do Sul,
Fundação Zoobotânica do Rio
Grande do Sul,

* Quinta Câmara Cível
Porto Alegre
Apelantes;

Apelados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, em Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, *a unanimidade, rejeitar as preliminares e negar provimento ao apelo.*

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Exmos. Srs. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Sergio Pilla da Silva.

Porto Alegre, 17 de maio de 1988.

DES. LIO CEZAR SCHMITT — Relator.

(Foi lido o relatório de fls.).

VOTO

O DES. LIO CEZAR SCHMITT — RELATOR — I. — A primeira questão posta nas razões do recurso pertine à *intempestividade da sentença*.

Para os apelantes, a relação processual estava incompleta, em face da arguição de ilegitimidade do Juízo, bem assim do pedido de exclusão do Estado do Rio Grande do Sul como parte.

O MM. Juiz *a quo* entendeu de efetuar um julgamento antecipado da lide, *ex vi* do art. 330, inciso I, do CPC.

Quando se julga antecipadamente a lide, as questões processuais que não dizem com o mérito, quais as preliminares de legitimidade *ad causam*, resolvem-se na sentença terminativa do feito.

a. — No que diz com a *legitimidade do Juízo*, questão relativa à competência, não foi suscitada de maneira adequada pelos Autores.

Na verdade, ao ingressar no feito, citada que fora, a Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul arguiu a incompetência da Vara Cível (fl. 1), o que foi acolhido pelo juiz processante (fl. 53). E contra esta decisão os Autores não interpueram recurso algum.

b. — Quanto à ilegitimidade passiva *ad causam* da mesma fundação, é questão que se resolve em face da prova, porquanto a controvérsia maior, neste processo, cinge-se à circunstância de estar ou não o imóvel usucapiendo dentro da área de domínio da fundação. A partir da certidão do Registro de Imóveis da Segunda Zona (doc. de fl. 22), que afirma integrar a área usucapienda o todo maior matriculado no R.I. 47.016 e cujo xerox da matrícula se encontra à fl. 44, o Juízo competente é o da Vara da Fazenda Pública.

c. — A presença do Estado do Rio Grande do Sul, como parte, ou como terceiro interessado (assistente) também desloca a competência para uma das Varas da Fazenda Pública.

d. — A propósito do Juízo competente para processar e julgar as ações de usucapião sobre imóveis que a Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul entende integrar área maior de seu domínio, esta Câmara e a colenda Sexta Câmara Cível já se manifestaram.

Esta Câmara, nos agravos de instrumento nos 587019589, 587037979; e a Sexta Câmara Cível, no agravo de instrumento n.º 587017872 (doc. de fls. 230/247).

Cito a ementa do agravo de instrumento n.º 587017872:

“FUNDAÇÃO ZOOBOTÂNICA DO RIO GRANDE DO SUL. Em se tratando de instituição criada por lei, voltada para objetivos iminentemente públicos e mantida com recursos do Tesouro do Estado, caracteriza-se como fundação de direito público, das contempladas no art. 84, V, do COJE, determinada assim a competência das Varas de Fazenda para as causas em que ela seja parte”.

Nos agravos de instrumento antes referidos, julgados nesta Câmara, o Acórdão firmou a legitimidade da intervenção do Estado no processo. As fundações, de um modo amplo, se destinam a atividade de interesse coletivo e de interesse público (H. L. Meirelles, op. cit., 312). Inclusive lembra a Constituição Federal e o dever de fiscalização, este numa dupla linha, institucional e governamental, dizendo que estas se colocam como entes auxiliares do Poder Público, recebendo

recursos para a consecução de seus fins (*ib idem*). Na terminologia de Marcello Caetano (Manual de Direito Administrativo, Tomo I, primeira edição brasileira, págs. 180 e segs.), quando o ‘instituto’ destina-se a gerir patrimônio especial, formado inclusive por “recursos pecuniários provenientes de um capital inicial frutífero ou de contribuições, taxas ou outras receitas “poder-se-ia falar as fundações públicas”. (É bem verdade que Hely Lopes Meirelles, op. et loc. cit., em nota de pé-de-página estampa crítica à expressão “fundação pública”). Mas aí se evidencia aspecto fundamental. Há a fiscalização do Estado, até por força da lei já alvitada, agora art. 4.º. Então, decorre interesse. E se há interesse e intervenção, a competência, no caso absoluta, se firma, incidindo a norma da Lei de Organização Judiciária, no Juízo da Fazenda Pública.

e. — Tenho, pois, neste passo, a primeira preliminar — Da intempestividade da Sentença — resta superada. É legítima a presença processual do Estado, não na qualidade de *litisconsorte*, *stricto sensu*, mas de *assistente litisconsorcial*. E a competência é da Vara da Fazenda Pública.

II. — A segunda preliminar traz a exame desta segunda instância o alegado *cerceamento de defesa*.

O douto juiz *a quo*, para dispensar a instrução probatória — testemunhas e perícia — argumenta: a) ‘Os fatos que interessam à causa estão todos presentes através da prova documental, dispensando-se a inquirição de testemunhas que, no caso, seria irrelevante, como se verá. A perícia requerida pelos contestantes também nada acrescentaria’. b) Os próprios Autores requereram a citação da fundação, reconhecendo que o imóvel usucapiendo integra área de domínio da contestante. c) A certidão do Registro de Imóveis assim o afirma.

Com a devida vênia, entendo que, em momento algum, os Autores reconheceram o domínio da fundação sobre o imóvel que pretendem usucapir.

Na inicial não referem quem seria o proprietário. Na petição de fl. 21 dizem, *verbis*: ‘Os peticionários juntam certidão do Registro Imobiliário competente, tendo esta informado que o imóvel usucapiendo integra o todo maior matriculado em nome da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul’. Pedem a citação desta. Mas não reconhecem explicitamente o domínio da fundação sobre o imóvel usucapiendo. O mesmo se diga da petição de fl. 57, renovação da anterior. Ora, as petições e os requerimentos de citação da fundação não implicam em aceitação da certidão do Registro de Imóveis (*in fine*). Significam, apenas, que, em face da certidão, se chama a fundação à lide. No momento processual oportuno, porém, após a contestação oferecida pela fundação, na réplica, pois, à fls. 101/103, os Autores se posicionaram em face da pretensão da contestante amparada pela certidão imobiliária. ‘A área usucapienda fica longe da área de propriedade da contestante, tendo esta, inclusive, seus limites cercados’.

E aqui a controvérsia cujo desate demandaria prova, segundo os Autores. A área usucapienda fica ou não dentro do todo maior registrado em nome da fundação?

Não se afasta a certidão imobiliária, nem a matrícula. Não se trata de desconstituição da matrícula (do registro). O ‘certifico’ final de fl. 22, não faz prova *juris et de jure* contra os Autores. Embora não seja uma *opinião* do Oficial do Registro de Imóveis, mas uma conclusão em face da Matrícula n.º 47.016, esta *certidão específica* merece o crivo do Judiciário, em face da alegação dos autores de que o imóvel usucapiendo não integra o todo maior do imóvel registrado sob a

Matrícula nº 47.016. E se conseguisse provar, estaria a usucapir imóvel que não da fundação, e a ação de usucapião procedente não implicaria desconstituição da matrícula.

Entretanto, examinando os mapas trazidos para os autos, o de fl. 22 (localizando o imóvel usucapiendo) e o de fl. 49 (dimensionado e localizando a área da fundação), constato que o imóvel usucapiendo, tomando-se como ponto de referência as ruas Gastão Dias de Castro e Ney Messias, Travessas da Av. Professor Cristiano Fischer, localiza-se entre as duas (na projeção geográfica). Os mapas ainda são coincidentes, na linha divisória com propriedade da Prefeitura Municipal. Quer dizer, partindo do ponto onde a Rua Gastão de Castro (mapa de fl. 22) desemboca na Av. Cristiano Fischer, corre a linha divisória entre as propriedades da Prefeitura e da fundação. O imóvel usucapiendo fica ao sul desta linha divisória, dentro, pois, de todo maior de propriedade da fundação. O caminho de grama mencionado na Inicial, aliás, segundo o mapa que a acompanha, seria o prolongamento da Rua Ney Messias (mapa de fl. 49).

Note-se, ainda, pelos mapas juntados aos autos, que a área da fundação desce até a altura da Rua Pedro Santa Helena.

Acresce dizer-se que a alegação de que o imóvel usucapiendo se situa fora da cerca do *Jardim Botânico* não merece análise maior, por isso que importa se situe dentro da área da fundação.

Assim, a partir dos mapas juntados pelas partes e da prova documental oferecida pelo Registro de Imóveis, conclui-se, seguramente, que o imóvel usucapiendo integra o todo maior de propriedade da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul.

Daí porque despicienda qualquer outra prova que se pretendesse produzir. Inocorre cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide, quando a prova produzida com a inicial e com a contestação for bastante para a decisão de mérito.

III. — A área usucapienda é insuscetível de aquisição por usucapião.

Bem andou o Dr. Juiz de Direito em julgar os Autores carecedores da ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

a. — Por ser de propriedade de Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, instituição criada por lei e com objetivos iminentemente públicos, pessoa jurídica com características de direito público, o imóvel usucapiendo é bem público, por sua destinação.

O todo maior no qual se insere a área usucapienda está afetado ao uso especial da Administração Pública, com o funcionamento do Jardim Botânico da cidade e do Estado. Ocorre a publicização do bem público por destinação. Ora, não pode ser público, nem ter destinação pública, o bem a ser usucapido. É pressuposto essencial da ação de usucapião seja o bem usucapiendo particular.

b. — Ainda que assim não se compreendesse, deve-se ter presente o fato de que o imóvel era do domínio do Estado do Rio Grande do Sul, até 17 de fevereiro de 1983, data em que foi registrada a escritura de doação da área que o Estado fez à fundação, *ut se vê* dos documentos de fl. 44 (xerox da Matrícula nº 47.016) e fls. 45 a 48 (xerox da escritura pública de doação).

Até aquela data, pois, o domínio de todo maior era do Estado do Rio Grande do Sul e, portanto, insuscetível a área de prescrição aquisitiva, porque bem público. Se aos Autores se atribuisse a possibilidade de aquisição por usucapião, o lap-

so prescricional contar-se-ia a partir daquela data (17.02.1983) e, quando do ajuizamento da ação (23.07.1985), a posse *ad usucapionem* se reduziria a dois (2) anos e cinco (5) meses.

IV. — A sentença bem examinou a espécie e merece confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Câmara tão apenas suprime a pena por litigância de má-fé, porque entendeu de inoportunidade, na espécie, deslealdade processual.

V. — Isto posto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento à apelação.

O Des. RUY ROSADO DE AGUIAR JR. — Revisei e estou de inteiro acordo com o eminente Relator.

A questão discutível é, como foi acentuado, a da necessidade ou não de ser feita perícia; reconhecida, implicaria a anulação do processado a partir da sentença. Mas o exame dos autos mostra, pelos documentos que se têm, mapas, escrituras, registros, que a área usucapienda está dentro da titulada em nome do Jardim Botânico, daí por que a perícia parece dispensável.

Vencida essa questão, as outras desmerecem mais considerações do que as feitas pelo eminente Relator. Apenas queria acrescentar a qualidade do trabalho desenvolvido pelo Estado nos autos.

O Des. SERGIO PILLA DA SILVA — Nada tenho a acrescentar, até porque se evidencia desde logo que, localizando-se o imóvel usucapiendo dentro de um quarteirão cuja propriedade é da Fundação Zoobotânica e que até 1975 era do Estado do Rio Grande do Sul, se trata de área insuscetível de usucapião.

Acompanho o eminente Relator.

O Sr. Presidente (Des. RUY ROSADO DE AGUIAR JR.) — Apelação Cível nº 587067331, da Comarca de Porto Alegre, a decisão é a seguinte: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento. Unânime".

LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LIMITES PARA SUA CONCESSÃO

DILMA DE SOUZA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Objeto: MANDADO DE SEGURANÇA
PEDIDO DE LIMINAR

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial firmatária, vem perante Vossa Excelência impetrar Mandado de Segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Segunda Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, em razão dos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I — Dos Fatos

1. O ex-servidor policial civil N. C. de C. L. propôs ação ordinária visando desconstituir ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado que o demitiu a bem do serviço público do cargo de escrivão de polícia que ocupava.

Incidentalmente, quando se achava em curso prazo para defesa naquela ação, propôs medida cautelar inominada, em que, alegando a presença dos requisitos do "*fumus boni juris*" e do "*periculum in mora*", pediu a "reintegração provisória do requerente no serviço público estadual."

2. É que o Autor da ação, escrivão de polícia, em 1980, foi acusado, juntamente com outros policiais de, mediante pagamento em dinheiro, liberarem presos, sem ordem superior e na absoluta falta de obrigação decorrente de lei. E, mais tarde, de tentarem extorquir das mesmas pessoas outras importâncias, sob ameaça de prosseguimento das ações penais a que deviam responder os detidos.

Elaborou-se sindicância e inquérito administrativo, com coleta minuciosa de prova e ampla defesa propiciada aos acusados, em volumes contendo cerca de 530 páginas. Ali se concluiu pela demissão do Autor a bem do serviço público, o que se concretizou em dezembro de 1985. É este o fato que se discute em juízo.

3. A petição inicial da cautelar inominada enfoca os aspectos relativos aos pressupostos do "*fumus boni juris*" e do "*periculum in mora*" para pedir, inclusive a concessão liminar do pedido.

O primeiro dos requisitos consistiria em que a pena máxima aplicada ao final do inquérito administrativo é viciada de nulidade, por ter sua base acusatória em auto de reconhecimento que não atendeu às formalidades legais. Não teria o reconhecimento sido presenciado por testemunhas, o que torna a prova de valor relativo.

O segundo requisito estaria ligado à situação política do servidor: é vereador pelo Partido Democrático Trabalhista e pretende candidatar-se a deputado estadual. O fato da "demissão a bem do serviço público" está sendo explorado por seus adversários políticos e sua agremiação partidária o rejeita.

Está a sofrer prejuízo irreparável, pois a cada momento o dano se consolida. Junta cópia do jornal Zero Hora, com notícia acerca de sua demissão.

Pede a reintegração provisória no cargo de escrivão de polícia, para evitar a concretização do dano.

4. O M.M. Juiz de Direito da Segunda Vara da Fazenda Pública Estadual deferiu a liminar, sem ouvir a parte contrária, fundado em que o direito do Autor não se limita à eficácia do processo principal, ou seja, à reintegração no cargo, mas:

"Sua utilidade transcende esse limite, objetivando a manutenção da honorabilidade e boa fama até então gozada pelo Autor e, até mesmo, como cidadão que é, gozando a plenitude de seus direitos políticos e direito a concorrer a cargos eletivos. Ou, na hipótese segunda, não se há de negar que o direito material invocado pelo Autor se apresenta verossímil que, pela prova que se encontra nos autos da ação principal, tem o Autor possibilidade de sucesso em sua pretensão.

De outro lado, tenho como fundado o temor manifestado pelo Autor na obtenção de uma justa composição do litígio, mantida a situação de fato atual. Temor de dano jurídico decorrente de uma situação objetiva de perigo, com as consequências naturais decorrentes da demissão do autor, com a natural demora na solução definitiva da lide principal (*periculum in mora*)."

5. Está o Autor reintegrado no cargo, em cumprimento à liminar concedida conforme documentos inclusos.

6. Em face da absoluta ilegalidade de que se reveste o ato concessivo da liminar, o Estado ajuizou, imediatamente, e antes mesmo de contestar a ação, pedido de reconsideração ou Agravo de Instrumento, onde, sustentando a falta de amparo legal, pleiteou a reconsideração do despacho, ou caso recebida a petição como Agravo, lhe fosse dado efeito suspensivo, para impedir a reintegração do Autor no cargo público.

7. O despacho de Sua Excelência determinou o processamento do pedido como Agravo e não lhe concedeu efeito suspensivo "por não estar previsto na lei processual civil".

Desta forma, na iminência de sofrer danos irreparáveis em decorrência da liminar concedida pelo M.M. Juiz da Segunda Vara da Fazenda Pública, e sendo o ato manifestamente ilegal e violador de seu direito líquido e certo de ver mantido o ato administrativo de demissão a bem do serviço público, até sentença final da ação ordinária, vem o Estado impetrar o presente mandado de segurança contra o ato concessivo da liminar.

II — Da ilegalidade do ato impugnado

O ato impugnado — reintegração de funcionário no cargo, do qual fora demitido a bem do serviço público — é, como se disse, manifestamente ilegal.

8. Em primeiro lugar, a ilegalidade reside na incompetência do juiz prolator da decisão, com violação do princípio da independência e harmonia dos poderes.

A reintegração no cargo pretendida pelo Autor na ação ordinária importa em desconstituir ato praticado pelo Senhor Governador do Estado, segundo competência a ele afetada pela Constituição Estadual, ao dividir as áreas de atuação de cada poder do Estado. Quem determinou a demissão do Autor a bem do serviço público foi o Governador do Estado, chefe do Poder Executivo e é contra este ato que se volta a cautelar. Deferir cautelarmente a reintegração importa em suspender os efeitos do ato administrativo praticado pelo Senhor Governador.

É pacífico na doutrina, por interpretação sistêmica dos princípios constitucionais e processuais, que, em casos como esse, a competência para conhecer da ação cautelar é do órgão que seria competente para conhecer mandado de segurança contra o ato, pois assim não sendo, ofender-se-ia o princípio de independência e harmonia dos poderes (CF, art. 6º).

Ensina Galeno Lacerda em "Comentários ao CPC, vol. VIII, tomo I, pág. 183:

"Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativa de função, específicas para o mandado de segurança, porque naquelas a pessoa da autoridade não está em causa, e sim o ato do ente público ou da pessoa jurídica por esta representada, ou responsável por seus atos, a verdade é que, quando a cautela consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirigem diretamente contra a autoridade. Por este motivo, por coerência com o sistema constitucional e respeito ao princípio de harmonia dos poderes, não se admitirá, por exemplo, que juiz do 1º grau suspenda em ação cautelar ato do Presidente da República, embora possa decretar-lhe a nulidade em ação ordinária."

E, ainda, enfatiza:

"Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe asseguram em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelares suspensivas de juízos incompetentes para o remédio constitucional."

É evidente só por isto, a ilegalidade do ato impugnado. Violou-se, concedendo a liminar, a regra de competência privativa do Tribunal Pleno, em Órgão Especial, para conhecer e julgar mandados de segurança contra atos do Chefe do Poder Executivo, bem como o princípio da independência e harmonia dos poderes a que aquela competência atende, pois se suspendeu, por decisão de juiz singular, ato de autoridade administrativa que, pela sua posição hierárquica, só poderia ser suspenso por ato do Tribunal de Justiça do Estado.

9. Se é ilegal o ato impugnado, porque proferido por autoridade judiciária incompetente, também o é por ferir a literalidade dos artigos 797 e 804 do Código de Processo Civil.

Não se trata, no caso, de hipótese "expressamente prevista em lei" a que se refere o artigo 797 da lei processual, onde se faculta a concessão de liminar sem audiência da parte contrária.

De outra parte, citado, o Estado do Rio Grande do Sul não tornaria ineficaz a medida, pois, agente da autoridade que é, está adstrito a agir nos limites da legalidade.

A concessão da liminar sem audiência da parte contrária, sequer justificada no despacho impugnado, não encontra respaldo legal; ao contrário, tem contra si a literalidade dos dispositivos indicados que não são, de outra parte, de aplicação facultativa pelo juiz, mas cogentes. Seu desprezo implica a ilegalidade do despacho concessivo da cautela, o que, por si só, autoriza a impetração do "mandamus".

10. Ainda, é ilegal a concessão liminar da cautela por *inocorrência do "periculum in mora"*.

O requisito apontado está ligado ao interesse processual que, como se sabe, é uma das condições da ação. Sua ausência implica indeferimento da petição inicial segundo dispõem os artigos 295, III e 267, VI da lei processual civil.

Afirma o pedido inicial que o Autor foi ferido em sua "aexistimatio" pela demissão a bem do serviço público e que o ato está a prejudicar sua carreira política, já que, de vereador na Câmara Municipal de Porto Alegre, pretende candidatar-se a deputado estadual. A demora no processo acarretará a possibilidade de exploração política do fato, com prejuízo irreparável para a carreira do Autor.

O interesse que a ação cautelar protege, e consistente no requisito da existência de perigo, diz respeito à eficácia da sentença, ou seja, à possibilidade de que a decisão não seja exequível quando do trânsito em julgado.

Sequer foi alegado tal temor no pedido inicial por exemplo, a possibilidade de vir a inexistir o cargo quando da decisão final, ou, a impossibilidade de pagamento dos vencimentos quando da reintegração. O que se afirmou foi que a decisão administrativa que demitiu o servidor prejudica sua vida política e sua candidatura a deputado estadual.

Tal temor não caracteriza absolutamente o "periculum in mora" tal como exige a lei, ou seja, perigo de ineficácia da decisão. A concessão da liminar, na ausência do requisito, quando se tratava, na verdade, de pressuposto da própria medida cautelar, ofende o direito expresso nos apontados dispositivos legais, dos artigos 295, III e 267, VI do Código de Processo Civil. Na verdade, era caso de indeferimento liminar da petição inicial a teor destes artigos da lei processual e não de deferimento liminar do pedido.

Na reintegração de servidor no cargo público, a sentença a ser proferida declara a nulidade do ato de demissão e determina o restabelecimento da situação anterior, com plenitude, ou seja, o servidor é reintegrado, com pagamento dos vencimentos desde o ato nulo, bem como faz jus ao cômputo do tempo de serviço ininterruptamente desde então.

No caso, a sentença a ser proferida se procedente, o que não se reconhece, terá plena exequibilidade contra o Estado que lhe dará cumprimento integral. Nenhum prejuízo sofrerá o servidor, aliás, nem tanto é alegado na peça vestibular. O que ali se afirma é o prejuízo político e este não é pressuposto necessário à concessão da cautela. Ao Judiciário não cabe assegurar meios de disputa aos participantes do jogo político, sabidamente marcado por este tipo de exploração. A concessão da liminar não pode atender a este temor, porque não foi este o interesse que se quis proteger. Ao contrário, o interesse é o da manutenção do cargo, se for o caso de o Autor resultar vencedor na ação ordinária.

Só por esta razão — inexistência de "periculum in mora" — era de se indeferir a petição inicial, o que não só não ocorreu, como se concedeu cautelarmente o pedido, com violação dos artigos 295, III e 267, VI do Código de Processo Civil.

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 175-185, 1988

11. Também não concorre na cautelar intentada pelo Autor o requisito do "fumus boni juris", indispensável, como se sabe, à concessão da cautela.

Fundou o Autor seu pedido, neste aspecto, em que teria ocorrido vício no ato que o reconheceu como participante das atividades ilícitas do ponto de vista penal e administrativo.

O Autor, como se afirmou anteriormente, foi acusado, no ano de 1980, de liberar presos mediante pagamento em dinheiro e sem autorização superior. Ele e os demais acusados obrigaram a companheira de R. L. C. da S. a sacar de sua caderneta de poupança, junto à casa de crédito Apesul, a quantia de Cz\$ 70,00 (setenta mil cruzeiros, na época) para pagamento do preço da liberação. Mais tarde, os policiais voltaram a procurar R. com a intenção de obter mais dinheiro.

A transgressão que é a base acusatória está definida na Lei estadual n.º 7.366/80, como segue:

"Art. 81 — Constituem transgressões disciplinares:

.....
XL — receber, exigir ou solicitar propinas, ou auferir vantagens e proveitos pessoais de qualquer espécie e sob qualquer pretexto, em razão da função ou cargo."

Instaurou-se sindicância e inquérito administrativo. A prova carreada para os autos é documental, testemunhal e indiciária. A petição inicial indica como elemento caracterizador do requisito do "fumus boni juris" o fato de que a demissão a bem do serviço público teria seu embasamento em prova falha e nula — o auto de reconhecimento — pois levada a efeito sem testemunhas presenciais.

Ora, o parecer exarado na Procuradoria-Geral do Estado, e que serviu de base para o apenamento dos servidores, ressalta que é fator decisivo para a aplicação da pena o conjunto da prova e não apenas o auto de reconhecimento impugnado pelo Autor.

Não é ele o único elemento de convicção do julgador, de modo que a nulidade invocada não aproveita ao demandante, nos termos por ele pretendidos. O reconhecimento do Autor, entre outros onze elementos colocados na mesma sala, se fez sem dificuldades por R. e sua companheira M. de F., em atos separados. As contradições porventura existentes nos depoimentos de ambos ficam superadas pelo reconhecimento, que é objetivo.

Mas, repita-se, não foi só este o elemento que embasou a penalização dos servidores. Os documentos e testemunhas, inclusive quanto ao assédio sofrido posteriormente à liberação por R., de parte dos mesmos policiais, somam-se ao reconhecimento, formando prova indiciária robusta e que foi e é decisiva no convencimento do julgador, seja ela a autoridade administrativa, seja a judiciária.

Como se vê da discussão acima exposta, a base da lide principal é exatamente o exame da prova produzida no inquérito administrativo e sua valoração. Daí não transparece o direito do Autor com clareza, ao contrário, depende de exame e de juízo de valor. Incorre o "fumus boni juris", tal como é exigido para pressupor direito à cautela.

De outra parte, formalmente, não há falhas a serem apontadas no procedimento que precedeu a demissão: propiciou-se ampla defesa ao acusado; este a exerceu através de qualificado profissional; não há nulidades a serem sanadas; a autoridade processante e aquela que praticou o ato de demissão qualificada são competentes.

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 175-185, 1988

De todo o exposto, verifica-se que, de plano, inexiste a aparência de direito que se quis ver na petição inicial da medida cautelar. A possibilidade de existir o direito do Autor é remota e, no mínimo, depende do exame da prova. Ainda aqui não foi este o direito que se quis proteger com a medida cautelar inominada.

12. Ainda no exame da ilegalidade do ato impugnado no presente mandado de segurança, ofende ele o princípio da independência e harmonia dos poderes. Houve indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do Executivo, com ofensa ao princípio constitucional. Ignorou-se a existência de inquérito administrativo disciplinar, onde se atenderam às exigências de forma e de conteúdo, com aplicação da pena após detido exame da prova e de ampla defesa do acusado. Sem acusação de vício formal no procedimento, incompetence da autoridade processante ou da que exercitou a demissão, desfez-se a pena aplicada, com desprestígio para o Executivo e causando-lhe prejuízo irreparável, com a permanência do servidor faltoso no serviço público, com percepção de vencimentos dos quais o Estado não terá, possivelmente, condições de ressarcir-se.

Ao praticar a administração o ato demissório agiu em absoluta conformidade com a lei, descabendo, mediante a concessão da liminar, anulá-lo com a reintegração que teve, no caso, caráter satisfativo, pois importou em antecipação da sentença e da sua execução. A reintegração, tal como operada pela liminar, importou em satisfazer integralmente a pretensão deduzida na inicial da ação ordinária, o que não é, como se sabe, do caráter da medida cautelar.

13. Indiscutível, portanto, por todos os títulos a ilegalidade do ato impugnado que, assim, lesando direito líquido e certo do Estado de ver o Autor da ação cautelar afastado de seu quadro funcional até sentença final na ação ordinária proposta e, mais, sendo suscetível, como a seguir se verá, de causar ao imputado dano irreparável, é passível de ser corrigido por mandado de segurança.

III — Do dano irreparável

14. O impetrante, como se disse, ajuizou contra o ato impugnado pedido de reconsideração e/ou agravo de instrumento, recebido como agravo.

Ocorre que, não tendo o recurso efeito suspensivo, e, mais, sendo de tramitação sabidamente demorada, a reintegração determinada é passível de causar ao Estado danos irreparáveis, o que justifica e até impõe o apelo ao mandado de segurança.

15. Há duas soluções jurisprudenciais correntes no sentido do abrandamento do disposto na Súmula n.º 267, que diz não caber mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição:

a) a do seu cabimento, desde que, do ato impugnado advenha dano irreparável, como é o caso;

b) a de, não tendo o recurso cabível efeito suspensivo, atribuir-lhe a segurança esse efeito, exigindo-se, "porém, a demonstração do *"fumus boni juris"* e do dano irreparável ou de difícil reparação" (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil, 12.ª ed. pág. 651).

16. A concessão da liminar, que é o ato impugnado, causa ao Estado do Rio Grande do Sul dano irreparável ou de difícil reparação, segundo os aspectos a seguir abordados.

Primeiramente, o Estado demitiu a bem do serviço público seu servidor,

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 175-185, 1988

após exame minucioso levado a efeito em procedimento previsto por lei para a penalização dos que cometem ilícitos administrativos. Segundo sua conveniência e segundo critério de oportunidade, a Administração não convinha manter o servidor em seus quadros, pela gravidade da falta cometida. Este juízo de conveniência, que atende ao *interesse público da Administração*, foi desprezado em favor do interesse privado do servidor, em subversão que não encontra precedente no Direito Administrativo.

Ensina Rui Cirne Lima, nos seus "Princípios de Direito Administrativo", pág. 164, que "a relação de administração, no Direito Administrativo, domina e paralisa a relação de direito subjetivo".

O ato administrativo que determinou a demissão do servidor só será passível de desconstituição através de sentença passada em julgado. A indébita antecipação jurisdicional operada com a concessão da liminar inverte a precedência que o interesse público tem sobre o privado. O direito, a boa fama e a honorabilidade que o Autor da medida cautelar crê atingidos pela demissão não se colocam acima do interesse público que é o de manter a prestação de serviços através de agentes que atendam aos requisitos de idoneidade moral e confiança.

Aliás, é de salientar que ainda que a liminar tenha sido concedida e reintegrado provisoriamente o servidor, o ato não restaura a honorabilidade e a boa fama, como pretende o Autor daquela ação. A simples notícia do inquérito administrativo, a sua existência, enfim, prestam-se à exploração política apontada como determinante do ajuizamento da medida cautelar inominada.

Fere, pois, o interesse público, causando-lhe dano irreparável, a presença do Autor nos seus quadros. Há desprestígio para a Administração em ver-se constrangida a reintegrar o servidor, sem decisão transitada em julgado, quando, a seu juízo, o caso era de demissão qualificada.

17. De outra parte, a concessão da liminar implica o pagamento de vencimentos e vantagens ao servidor, o que é vedado pela Lei n.º 4.848, de 26.6.64, em seu artigo 5.º. Ora, a liminar concedida de plano, com maior razão, consiste em infração da norma proibitiva referida.

A percepção de vencimentos é dano de difícil reparação, pois ao Estado, por certo, não serão devolvidas as quantias pagas ao servidor. Impossibilitado o ressarcimento, se, ao final, como se acredita, a ação ordinária venha a ser julgada improcedente, o dano terá assumido o caráter de absoluta irreparabilidade.

IV — Da suspensão liminar do ato

18. Satisfeitos estão, também, os requisitos da suspensão liminar do ato. São relevantíssimos os fundamentos do mandado de segurança impondo resguardar-se o Estado com a revisão do ato impugnado.

O resguardo de que carece o Estado diz respeito a impedir-se o dano apontado acima, irreparável tanto no caso da presença do servidor nos quadros da polícia civil, como na hipótese de percepção de vencimentos, sem previsão de ressarcimento por parte do ente público.

19. De outra parte, não haverá prejuízo para o servidor. Acaso concedida a reintegração, em sentença final na ação ordinária, esta terá pleno caráter de reposição. O servidor será reintegrado no cargo, com percepção dos vencimentos.

RPGE, Porto Alegre, 18(46): 175-185, 1988

mentos desde a demissão, com todas as vantagens e contagem de tempo ininterruptamente.

Assim, como se vê, é de se deferir a medida liminar para cassar a liminar concedida na ação cautelar, ou, dar efeito suspensivo da liminar lá concedida, até o julgamento do agravo de instrumento interposto.

ISTO POSTO, REDUER se digne Vossa Excelência ou o eminente Desembargador a quem o conhecimento desta haja de pertencer a) suspender liminarmente o ato impugnado, ou seja, a liminar concedida pelo magistrado impetrado na ação cautelar antes referida; b) solicitar informações e cumprir as demais formalidades legais e, por fim, c) conceder a segurança para cassar o ato impugnado ou, se assim não se entender, suspendê-lo até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no agravo de instrumento contra ele interposto.

P. Deferimento.

P. Alegre, 24 de junho de 1986

Medida cautelar. Liminar de reintegração provisória de funcionário demitido por ato do Governador. Ilegalidade da liminar por ofensa ao princípio da competência por prerrogativa de função, relativo ao mandado de segurança, aplicável às liminares cautelares, e por fraudar a proibição legal de liminares, naquela via, no tocante a vantagens a servidor público. Restrições ao uso da medida cautelar como sucedâneo do mandado de segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 586027328
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA
DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DE PORTO ALEGRE,
N. C. DE C. L.,

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE
IMPETRANTE;

COATOR;
LITISCONSORTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.
Acordam, em Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do mandado concedendo-lhe a ordem, nos termos dos votos a seguir transcritos.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, o Exmo. Sr. Des. Nelson Oscar de Souza, Presidente, e o Exmo. Sr. Des. Luiz Melibio U. Machado.

Porto Alegre, 26 de fevereiro de 1987.

GALENO LACERDA
RELATOR

RELATÓRIO

D DES. GALENO LACERDA — RELATOR — D Estado do Rio Grande do Sul impetrou mandado de segurança contra liminar cautelar concedida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, em favor de N. C. de C. L., conferindo-lhe reintegração provisória no cargo de eserivão de polícia, do qual fora demitido a bem do serviço público, cautela com vistas à ação principal desconstitutiva dessa demissão. Aponta várias ilegalidades no ato atacado: incompetência do magistrado, por se tratar de decreto do Governador; inexistência dos requisitos pertinentes à demanda cautelar; dano irreparável ao Estado, com ofensa ao art. 5º da Lei nº 4.348, etc. Pediu liminar para atribuir-se efeito suspensivo ao agravo e, a final, concessão da segurança para cassar-se o ato impugnado.

O Oes. Paulo Boeckel Velloso, então relator, deferiu a liminar. Prestadas informações, compareceu ao feito, como litisconsorte, N. C. de C. L., sustentando a legalidade da cautela liminar.

O Ministério Público opinou pela concessão "writ" para efeito suspensivo ao agravo.

Mais tarde, o litisconsorte peticiona informando que as ações principais e cautelar foram julgadas procedentes em primeiro grau, e pede o arquivamento deste mandado de segurança por perda de objeto. Intimado a falar sobre esse pedido, o Estado o impugnou, informando que perdura seu interesse na cassação da liminar reintegratória do Autor, pelos prejuízos que esta lhe acarreta e pelo fato de que pretende apelar da sentença; recurso com efeito suspensivo. De qualquer modo, o interessado não ficará prejudicado se confirmada a sentença, pois receberá os atrasados.

É o relatório.

VOTO

D DES. GALENO LACERDA — RELATOR — Não resta a menor dúvida de que o interesse do Estado perdura no julgamento deste mandado de segurança. É que, embora julgadas procedentes em primeiro grau as ações principal e cautelar, descabe a execução provisória da sentença, não só em virtude da anunciada apelação voluntária do impetrante, mas, principalmente, em virtude da obrigatória subida do processo a este Tribunal, em reexame necessário. Nestas condições, é evidente que a reintegração provisória prescrita na liminar cautelar, se mantida, obrigará ao pagamento dos vencimentos e vantagens do Autor, pelo menos, desde a data do ato judicial atacado por este pedido de segurança. Se provido o recurso o vencedor o Estado, é inegável o prejuízo do impetrante. Mesmo que improvisado, haverá prejuízo na antecipação de pagamentos pretendida. Por estas razões, conheço do presente mandado de segurança, que não perdeu seu objeto.

O DES. LUIZ MELIBIO U. MACHADO — De acordo.

D PRESIDENTE — DES. NELSON OSCAR DE SOUZA — De acordo.

O DES. GALENO LACERDA — RELATOR — No mérito, há dois argumentos do impetrante que se revelam irrefutáveis. O primeiro diz com a incompetência do juiz de primeiro grau para a concessão da liminar. É que importou ela suspensão de ato de demissão praticado pelo Governador. Tive oportunidade, em meus comentários ao CPC, de analisar longamente o uso da ação cautelar como sucedâneo do mandado de segurança, admitindo-o, porém, com reservas no que

concerne à concessão de liminares, para não se fraudarem as regras constitucionais e legais a respeito da competência por prerrogativa de função. Vale transcrever o que então escrevi:

"Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativas de função, específicas para o mandado de segurança, porque naquelas a pessoa da autoridade não está em causa, e sim o ato do ente público ou da pessoa jurídica por esta representada, ou responsável por seus atos, a verdade é que, quando a cautela consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirigem diretamente contra a autoridade. Por este motivo, por coerência com o sistema constitucional e respeito ao princípio de harmonia dos poderes, não se admitirá, por exemplo, que juiz de 1º grau suspenda em ação cautelar ato do Presidente da República, embora possa decretar-lhe a nulidade em ação ordinária movida contra a União. Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe asseguram em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelas suspensivas de juízos incompetentes para o remédio constitucional". ("Comentários ao CPC", VIII vol., tomo I, 2ª ed., p. 188).

Da mesma forma, haverá fraude à lei se a liminar cautelar for usada em situações para as quais a própria lei proíbe o decreto de liminar no mandado de segurança. Na mesma obra, disse mais adiante: "Pode a lei, também, proibir simplesmente as liminares. Desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição, nada impede coíba o legislador, por interesse público, a concessão de liminares" (ob. cit., p. 341).

Ora, a Lei federal nº 4.348, de 26.6.64, proíbe a liminar em mandado de segurança para a concessão de vantagens a servidor público. A reintegração provisória obtida pelo interessado incide, evidentemente, nesse veto. Outorgá-la pela via cautelar importa modo de fraudar essa proibição, através de procedimento análogo ao mandado de segurança. Por coerência com o sistema, impõe-se, portanto, que se impeçam liminares em cautelas com idêntico objetivo.

Vê-se, assim, que o ato atacado ofendeu duplamente o sistema legal, primeiro, ao suspender através de liminar ato do Governador, o que só seria possível pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça; segundo, ao produzir efeito satisfativo provisório, vedado por lei às liminares em mandado de segurança, nessa matéria.

Por tais motivos, concedo a ordem para cassar a liminar atacada. A decisão final do litígio caberá a este Tribunal, quando subirem os autos da ação principal.

O DES. LUIZ MELÍBIO U. MACHADO — De acordo.

O PRESIDENTE — DES. NELSON OSCAR DE SOUZA — De acordo.

A decisão é a seguinte: "Conheceram do mandado e concederam a ordem".

SÚMULA Nº 8

Não é admissível, no juízo de 1º grau, a concessão de medida cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal.

REFERÊNCIAS — Tribunal Pleno, Sessão de 9.03.87; Lei 7.356, de 1º/2/80, art. 12, III, nº 2, letra b; art. 17, I, a; art. 20, I, a; art. 23 I, b; 3ª Câmara Cível, Mandado de Segurança nº 586027328, j. em 26/02/87.

SÚMULA Nº 9

Não é admissível, em ação cautelar inominada a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares (v.g. Lei 4348 art. 5º; Lei 5021, art. 1º, § 4º).

REFERÊNCIAS — Tribunal Pleno, Sessão de 9.03.87 Lei 7.356, de 1º/2/80, art. 12, III, nº 2, letra b; art. 17, I, a; art. 20, I, a; art. 23, I, b; 3ª Câmara Cível, Mandado de Segurança nº 586027328, j. em 26/02/87.

Sala de Sessões do Tribunal Pleno, aos nove dias do mês de março de mil novecentos e oitenta e sete.

Des. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA
Vice-Presidente, no exercício da Presidência

ÍNDICE DE ASSUNTOS

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Agravo de instrumento. Usucapião. Inquirição de testemunha. Trabalho forense do Procurador Regina Pires Vieira 143
- ICM. Ação ordinária de reparação de danos. Trabalho forense dos Procuradores Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle, Avani Valéria Rigo Busato e Laurdis D. Sebben 149

ATO ADMINISTRATIVO — ANULAÇÃO

- Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. Artigo do Procurador Almiro do Couto e Silva 11

BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

- Tribunal de Contas. A Assembléia Legislativa assim como o Tribunal de Contas, mesmo através de Comissão Parlamentar de Inquérito, não tem acesso direto às atividades do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto instituição financeira, compreendidas ou tuteladas pelo "sigilo bancário", decorrente de legislação federal. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta 93

BANCOS — HORÁRIO DE EXPEDIENTE

- Horário bancário. Fixação pelo Município. Não é de reconhecer-se o peculiar interesse do Município quando o interesse nacional é superior ao interesse local. Projeto de lei municipal. Inconstitucionalidade. Parecer do Procurador Maria Izabel de A. R. Fonyat 115

BENS PÚBLICOS — CESSÃO DE USO

- Bem público — concessão de uso. Natureza jurídica do ajuste. Desnecessidade de autorização legislativa para sua efetivação. Salvaguarda dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, através de certame licitatório. Parecer do Procurador Adnor Goulart 81

CARGO-ACESSO

- Organização administrativa municipal. O regime jurídico dos servidores municipais e o princípio de acessibilidade aos cargos públicos. Trabalho do Procurador Renita Maria Hüllen 33

CASAMENTO — SUPRIMENTO JUDICIAL

- Casamento. Suprimento de idade e de consentimento. Aspectos de direito material. Aspectos de direito processual. Trabalho elaborado pela Assistente Judiciária Maria do Carmo Rodrigues Barbosa 45

CASAMENTO — SUPRIMENTO DE IDADE E DE CONSENTIMENTO

- Casamento. Suprimento de idade e de consentimento. Aspectos de direito material. Aspectos de direito processual. Trabalho elaborado pela Assistente Judiciária Maria do Carmo Rodrigues Barbosa 45

DÉCIMO-TERCEIRO VENCIMENTO

- 13º Vencimento. Leis nºs 8.020/85 e 8.026/85. Impossibilidade legal de ser efetuado o pagamento do 13º vencimento proporcional aos funcionários que não forem efetivos no mês de dezembro. Parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich 71

DOCUMENTOS CONFIDENCIAIS

- Tribunal de Contas. A Assembléia Legislativa assim como o Tribunal de Contas, mesmo através de Comissão Parlamentar de Inquérito, não tem acesso direto às atividades do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto instituição financeira, compreendidas ou tuteladas pelo "sigilo bancário", decorrente de legislação federal. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta 93

ESTADO DE DIREITO

- Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. Artigo do Procurador Almir do Couto e Silva 11

FÉRIAS

- Compensação de horário. Compensação por serviços prestados além do horário de expediente com abono de faltas. Inadmissibilidade. Desconto em folha dos dias não trabalhados. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado 73

FUNCIONÁRIO — DESCONTO EM FOLHA

- Compensação de horário. Compensação por serviços prestados além do horário de expediente com abono de faltas. Inadmissibilidade. Desconto em folha dos dias não trabalhados. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado 73

FUNCIONÁRIO — FALTAS AO SERVIÇO

- Compensação de horário. Compensação por serviços prestados além do horário de expediente com abono de faltas. Inadmissibilidade. Desconto em folha dos dias não trabalhados. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado 73

FUNCIONÁRIO — REINTEGRAÇÃO

- Liminar em ação cautelar inominada. Limites para sua concessão. Trabalho forense do Procurador Dilma de Souza 175

FUNCIONÁRIO — REQUISICÃO

- Justiça eleitoral. Requisição de servidores. A requisição de empregados de sociedade de economia mista, para prestar serviços à Justiça Eleitoral, não está autorizada nem pelo Código Eleitoral (Lei federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965) nem pela Lei federal nº 6.999, de 7 de junho de 1982. Parecer do Procurador Rosa Maria Peixoto Bastos 89

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — REPASSE

- ICM — Ação ordinária de reparação de danos. Trabalho forense dos Procuradores Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle, Avani Valéria Rigo Busato e Laurdis D. Sebben 149

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

- Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Fornecimento de mão-de-obra. Estabelecimento prestador — artigo 12, letra "a" do Decreto-lei nº 406/68. Prestação dos serviços em Município vizinho. Parecer do Procurador Eulália Maria de Carvalho Guimarães 121

INFORMAÇÕES — ACESSO

- Tribunal de Contas. A Assembléia Legislativa assim como o Tribunal de Contas, mesmo através de Comissão Parlamentar de Inquérito, não tem acesso direto às atividades do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto instituição financeira, compreendidas ou tuteladas pelo "sigilo bancário", decorrente de legislação federal. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta 93

JUSTIÇA ELEITORAL

- Justiça eleitoral. Requisição de servidores. A requisição de empregados de sociedades de economia mista, para prestar serviços à Justiça Eleitoral, não está autorizada nem pelo Código Eleitoral (Lei federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965) nem pela Lei federal nº 6.999, de 7 de junho de 1982. Parecer do Procurador Rosa Maria Peixoto Bastos 89

LEI MUNICIPAL — PROJETO

- Horário bancário. Fixação pelo Município. Não é de reconhecer-se o peculiar interesse do Município quando o interesse nacional é superior ao interesse local. Projeto de lei municipal. Inconstitucionalidade. Parecer do Procurador Maria Izabel de A. R. Fonyat 115

LEIS, DECRETOS — INCONSTITUCIONALIDADE

- Horário bancário. Fixação pelo Município. Não é de reconhecer-se o peculiar interesse do Município quando o interesse nacional é superior ao interesse local. Projeto de lei municipal. Inconstitucionalidade. Parecer do Procurador Maria Izabel de A. R. Fonyat 115

LICITAÇÃO

- Licitação. Publicidade dos atos seletivos às modalidades licitatórias, especialmente as referentes a tomadas de preços e concorrências. Interpretação do Decreto-lei nº 2.300/86 e alterações posteriores. Normas de observância cogente para os Municípios. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura 127

LICITAÇÃO — DISPENSA

- Bem público — concessão de uso. Natureza jurídica do ajuste. Desnecessidade de autorização legislativa para sua efetivação. Salvaguarda dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, através de certame licitatório. Parecer do Procurador Adnor Goulart 81

MAGISTÉRIO — POSSE

- Cargo público. Requisitos para investidura. A satisfação das obrigações eleitorais é obrigatória para os naturais de Portugal no acesso aos cargos públicos. Artigo 17 da Lei nº 6.672/74. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry 77

MAGISTÉRIO — VENCIMENTOS — REAJUSTE

- Lei nº 8.026. Magistério. Reajuste automático de vencimentos. Representação 55

MANDADO DE SEGURANÇA

- Mandado de segurança. Efetivação de celetistas. Trabalho forense do Procurador Marilene Petry Somnitz 135
- Mandado de segurança. Liminar em ação cautelar inominada. Limites para sua concessão. Trabalho forense do Procurador Dilma de Souza 175

ORDENS DE SERVIÇO — OBSERVÂNCIA	
— Vigência das ordens de serviço. Natureza jurídica. Revogação expressa. Parecer do Procurador Sílvia La Porta	87
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
— Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Artigo do Procurador Almiro do Couto e Silva	11
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	
— Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Artigo do Procurador Almiro do Couto e Silva	11
RECURSO — CONTRA-RAZÕES	
— Usucapião. Bem público. Prescrição aquisitiva. Trabalho forense do Procurador Eliana Oonatelli Del Mese	155
RECURSO EXTRAORDINÁRIO — ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA	
— Apontamento sobre a argüição de relevância da questão federal em recurso extraordinário. Trabalho do Procurador Mário Nunes Soares	31
REPRESENTAÇÃO Nº 1.425-8	
— Lei nº 8.026. Magistério. Reajuste automático de vencimentos	55
SERVÍÇO — EFETIVAÇÃO	
— Mandado de segurança. Efetivação de celetistas. Trabalho forense do Procurador Marilene Petry Somnitz	135
SERVIDOR — REGIME JURÍDICO	
— Organização administrativa municipal. O regime jurídico dos servidores municipais e o princípio da acessibilidade aos cargos públicos. Trabalho do Procurador Renita Maria Hüllen	33
SIGILO BANCÁRIO	
— Tribunal de Contas. A Assembléia Legislativa assim como o Tribunal de Contas, mesmo através de Comissão Parlamentar de Inquérito, não tem acesso direto às atividades do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto instituição financeira, compreendidas ou tuteladas pelo "sigilo bancário", decorrente de legislação federal. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta	93
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	
— Tribunal de Contas. A Assembléia Legislativa assim como o Tribunal de Contas, mesmo através de Comissão Parlamentar de Inquérito, não tem acesso direto às atividades do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto instituição financeira, compreendidas ou tuteladas pelo "sigilo bancário", decorrente de legislação federal. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta	93
TRIBUNAL DE CONTAS — COMPETÊNCIA	
— Tribunal de Contas. A Assembléia Legislativa assim como o Tribunal de Contas, mesmo através de Comissão Parlamentar de Inquérito, não tem acesso direto às atividades do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto instituição financeira, compreendidas ou tuteladas pelo "sigilo bancário", decorrente de legislação federal. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta	93

USUCAPIÃO

— Agravo de instrumento. Usucapião. Inquirição de testemunha. Trabalho forense do Procurador Regina Pires Vieira	143
--	-----

USUCAPIÃO — BENS PÚBLICOS

— Usucapião. Bem público. Prescrição aquisitiva. Trabalho forense do Procurador Eliana Oonatelli Del Mese	155
---	-----

ÍNDICE DE AUTOR

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Magistério. Reajuste automático de vencimentos. Parecer	55
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — 13º vencimento. Parecer	71
AURVALLE, Luis Alberto D'Azevedo. — ICM. Ação ordinária de reparação de danos. Trabalho forense	149
BARBOSA, Maria do Carmo Rodrigues. — Casamento. Suprimento de idade e de consentimento. Artigo	45
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Justiça eleitoral. Requisição de servidores. Parecer	89
BUSATO, Avani Valéria Rigo. — ICM. Ação ordinária de reparação de danos. Trabalho forense	149
DEL MESE, Eliana Donatelli. — Usucapião. Bem público. Prescrição aquisitiva. Trabalho forense	155
FONYAT, Maria Izabel de A. Ribeiro. Horário bancário. Parecer	115
GOULART, Adnor. — Bem público. Concessão de uso. Parecer	81
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Parecer	121
HÜLLEN, Renita Maria. Organização administrativa municipal. O regime jurídico dos servidores municipais e o princípio da acessibilidade aos cargos públicos. Artigo	33
LA PORTA, Sílvia. — Vigência das ordens de serviço. Parecer	87
MACHADO, Eunice Nequete. — Compensação de horário. Parecer	73
MOURA, Ana Maria Landell de. Licitação. Parecer	127
PETRY, Elaine de Albuquerque. Cargo público. Requisito para investidura. Parecer	77
SEBBEN, Laurdis D. — ICM. Ação ordinária de reparação de danos. Trabalho forense	149
SESTA, Mário Bernardo. — Tribunal de Contas. Parecer	93
SILVA, Almiro do Couto e. — Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. Artigo	11
SOARES, Mário Nunes. — Apontamentos sobre a arguição de relevância da questão federal em recurso extraordinário. Artigo	31
SOMNITZ, Marilene Petry. — Mandado de segurança. Efetivação de celetistas. Trabalho forense	135
SOUZA, Dilma de. — Mandado de segurança. Liminar em ação cautelar inominada. Limites para sua concessão. Trabalho forense	175
VIEIRA, Regina Pires. — Agravo de instrumento. Usucapião. Inquirição de testemunhas. Trabalho forense	143
	193

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado é uma publicação do Instituto de Informática Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado. A correspondência deve ser dirigida para a Avenida Borges de Medeiros nº 1501, 13º andar (CAERGS), em Porto Alegre.



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag