

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

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

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

RPGE	Porto Alegre	v.13	nº 38	p. 1 a 230	1983
------	--------------	------	-------	------------	------

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. 23cm. trimestral.

Continuação da Revista da
Consultoria-Geral do Estado.



ISSN0101 - 1480

JAIR SOARES
Governador do Estado

CLÁUDIO STRASSBURGER
Vice-Governador do Estado

FRANCISCO SALZANO VIEIRA DA CUNHA
Procurador-Geral do Estado

IVALINO JOÃO BORTOLAN
Procurador-Geral Adjunto

JORGE ARTHUR MORSCH
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

Maria Amália Dias de Moraes
Almiro Regis Matos do Couto e Silva
Manoel André da Rocha
Luiz Juarez Nogueira de Azevedo
Maurício Azevedo Moraes
Ana Maria Landell de Moura
Jorge Arthur Morsch
Eliana Donatelli de Moura
Rosa Maria Peixoto Bastos
Mercedes Moraes Rodrigues
Telmo Candiota da Rosa Filho
José Hugo Valvirio Castro Ramos

Maria da Graça Landell de Moura Berni (Secretária do Conselho)

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO

Bel. Henriqueta Kopsch von Wackerritt

ASSISTENTE

Bel. Maria Rita Bortolon

EXPEDIÇÃO

Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

J. CRETILLA JÚNIOR	Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo	13
CARLDS AYRES BRITTO e JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE	Reajuste da casa própria. Limitações constitucionais ao BNH	33
ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL	Legitimidade da tutela jurídico-administrativa municipal para preservar áreas verdes	61
FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO	A evolução do Direito Civil Brasileiro ..	65

PARECERES

NEY SÁ	Abandono de cargo. Parecer 5203 PGE	87
JORGE ARTHUR MORSCH	Aposentadoria antecipada de professor cedido. Parecer 5282 PGE	91
JORGE ALBERTO DIEHL PIRES	Cômputo de tempo de serviço para fins de estabilidade. Parecer 5329 PGE	95
JORGE RAFAEL CÉZAR MOREIRA	"Congelamento" de função gratificada. Parecer 5298 PGE	101
VERENA NYGAARD	O projeto de lei do desenvolvimento urbano. Parecer 5386 PGE	107
MARISA SDARES GRASSI	Pensão por morte em ato de serviço. Parecer 5229 PGE	121
ROSA MARIA DE C. ARANOVICH	Acúmulo de pensão com vencimentos ou proventos. Parecer 5262 PGE	125
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	Reorganização das autarquias. Parecer 5325 PGE	133
EULÁLIA MARIA DE C. GUIMARÃES	Reajuste de preços contratuais. Parecer 5253 PGE	141
JOSÉ JOAQUIM MONTENEGRO	Aposentadoria de policial-militar. Parecer 5126 PGE	147
ADERBAL TORRES DE AMORIM	Contratação de pessoal pelo poder legislativo sem concurso público. Parecer	155

ASSUNTOS MUNICIPAIS

ALDD LEÃO FERREIRA	Aposentadoria de funcionário municipal. Parecer 5290 PGE	163
NILO VARGAS	Emancipação de município. Parecer 5296 PGE	167
SÍLVIA LA PORTA	Remuneração de vereador. Parecer 5362 PGE	173
MARIA IZABEL DE ARAÚJO FONYAT	Convocação de prefeito pela Câmara Municipal. Parecer 5335 PGE	181
TARGINO BIDART DA SILVA	Falecimento de servidor municipal. Parecer 5185 PGE	187

TRABALHOS FORENSES

MÁRCIA PORTO CASTRO	Revisão de proventos. Apelação	193
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Fato gerador do ICM na importação de mercadorias. Apelação	199
ELIANA DDNATELLI DE MOURA	Retrocessão. Contestação	207
DINIZ FERRUGEM DE OLIVEIRA	Retrocessão. Sentença	214
VERENA NYGAARD	Retrocessão. Contra-razões de apelação	217

DOCTRINA

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO LEGISLATIVO

J. CRETILLA JÚNIOR
Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo

SÍNTESE:

1. Introdução
2. Responsabilidade como categoria jurídica.
3. Evento gerador do dano.
4. Conceito de lei.
5. Lei formal danosa.
6. O Estado legislador irresponsável.
7. Orientação francesa.
8. Lei constitucional "em tese", que causa dano.
9. Lei inconstitucional danosa.
10. Dano da lei e indenização.
11. Regulamento danoso.
12. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO.

O problema, rotulado sob a denominação acima, sinônimo perfeito de outra, denominada **Responsabilidade do Estado legislador**, ou, ainda, **Responsabilidade extracontratual por ato do Estado legislador**, envolve questão magna e paradoxal, qual seja a de saber se o Estado pode ser responsabilizado por prejuízos causados ao particular, em decorrência de ato legislativo.

Compreende-se que o **serviço público**, desempenhado por agentes do Poder Executivo e do Poder Judiciário, apresente falhas e que estas acabem causando danos ao cidadão, funcionário público ou não, empenhando a responsabilidade estatal e possibilitando ações de perdas e danos contra a pessoa jurídica pública política, responsável por prejuízos que seus agentes causem a terceiros.

Agentes públicos existem nos três Poderes. Por excelência, os agentes públicos do Poder Executivo é que causam danos ao particular, empenhando a responsabilidade da pessoa jurídica pública a que se acha vinculada a pessoa física, agindo, porém, na qualidade de funcionário do Estado. Entretanto, embora com menos frequência, atividades dos membros do Poder Judiciário — os magistrados — também podem causar dano ao cidadão. Por fim, em terceiro lugar, com incidência ainda menor, a própria lei pode ocasionar prejuízos. Nos três casos, o intermediário entre o Estado e o prejudicado é o agente público, a pessoa física que age em nome do respectivo poder a que se vincula o funcionário público **stricto sensu**, o juiz, o le-

gislador. Nessas três hipóteses, **lato sensu**, existe o homem, a pessoa física que, "na qualidade de agente público", desempenha atividades danosas, desempenhando serviços públicos, julgando ou legislando.

Stricto sensu, funcionário público é o agente da Administração direta ou indireta, vinculado ao Poder Executivo, mas, **lato sensu**, funcionário público é também o magistrado, em qualquer grau, tanto assim que, nos vários Estatutos do Funcionalismo, no Brasil, os primeiros artigos costumam fazer a ressalva de que as disposições estatutárias do diploma do funcionalismo se aplicam aos agentes dos três Poderes do Estado, bem como aos dos membros do Tribunal de Contas, exceto no que colidirem com a legislação especial. E os legisladores não representam o Estado, já que este é o somatório de todos os cidadãos?

Difícil, entretanto, é compreender que os legisladores de qualquer esfera sejam funcionários públicos ou agentes públicos, porque o regime jurídico a que se encontram submetidos de maneira alguma se identifica com o que regula o funcionalismo, em geral.

Mandatários do povo, os agentes legislativos, deputados, senadores, vereadores, são selecionados pelo voto, não estão sujeitos à hierarquia, não se submetem aos dispositivos estatutários; fazem a lei, nesta ou naquela hierarquia, dentro desta ou daquela esfera, mas fazem a lei, em conjunto, seguindo processo legislativo rígido, informado por princípios do direito constitucional. Nunca agem com **culpa** e muito menos, com **dolo**. E se, porventura, agirem com **dolo**, ou com **culpa**, em uma de suas três modalidades, a imperícia, a imprudência, a negligência?

Por outro lado, como entender que o ato legislativo — a lei —, expressão incontestável da soberania nacional, possa transformar-se em fonte geradora de dano para o cidadão, empenhando, desse modo, a responsabilidade do próprio Estado, que é criador e tutor do direito?

Se a lei, ato geral e impessoal, que se dirige à grande massa dos administrados, estabelecendo situação de igualdade para todos; se a lei, em princípio inatacável, porque expressão do anseio médio da coletividade; se a lei, produto de exigente, requintada e complexa técnica legislativa, a bem dizer se identifica com o próprio Estado, que a ela também se submete, em decorrência do **princípio da legalidade** ("paterem legem, quam fecisti"), como pretender responsabilizar a pessoa jurídica pública política matriz por disposição legislativa que cause danos ao cidadão, pessoa política essa que também está interessada em acertar, porque abrangida pelo ato editado?

Themístocles Brandão Cavalcanti (cf. **Tratado de direito administrativo**. 3a. ed., 1955, vol. I, págs. 427-428), depois de assinalar que "um dos pontos mais sensíveis das doutrinas sobre a responsabilidade do Estado é aquele que se refere aos atos emanados do Poder Legislativo" (cf. **Tratado**, vol. I, pág. 427), indaga a

seguir, com propriedade: "Se esses atos constituem a própria legalidade, a emanação da soberania nacional, através do seu órgão próprio, competente, como encontrar, nesses atos **legais**, uma fonte geradora de obrigações para o Estado?"

Citando Tirard, o mesmo autor salienta que "o ato legislativo é, por natureza, geral e impessoal" e, por isso, "não atinge particularmente situações jurídicas individuais, mas estabelece o direito em determinado país e em época dada" (cf. **Tratado**, vol. I, págs. 426-427).

Em síntese, a **responsabilidade do Estado legislador** ou a **responsabilidade do Estado por ato legislativo** é tema dos mais relevantes, atuais, e que tem sido levado à consideração do Poder Judiciário, mostrando-se, pois, não apenas como tema acadêmico ou teórico, mas erigindo-se em assunto de importância prática, reclamando a atenção dos especialistas.

2. RESPONSABILIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA.

A **responsabilidade jurídica** nada mais é do que a própria responsabilidade humana, **in genere**, transportada para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão do agente, privado ou público, que responde com sua pessoa, bem ou cargo, em razão de ter contrariado norma respeitada pelo grupo em que vive.

Ou o infrator responde diretamente, quando age no próprio nome, ou empenha a responsabilidade do respectivo **preponente**, por agir como seu **preposto**. Nos dois casos, a responsabilidade é, de modo genérico, a mesma.

Desdobrada em modalidades jurídicas diversas, filiadas ao protótipo comum categorial, a responsabilidade é una, típica, reunindo sempre, em essência, a entidade personativa, direta ou indireta que se projetou ou se emitiu no mundo das normas jurídicas, quebrando-as e provocando o dano, convulsão maior ou menor no sistema, desequilibrando-o, o que determina imediata recomposição do equilíbrio violado.

Como **categoria jurídica**, o vocábulo **responsabilidade** designa a "situação especial de toda pessoa, física ou jurídica, que infringe norma ou preceito de direito objetivo e que, em decorrência da infração, que gerou danos, fica sujeita à determinada sanção". O dano é causado quer diretamente, dando origem à necessária relação jurídica entre autor e vítima, quer indiretamente, por meio de interposta pessoa, gerando relação jurídica entre **preponente**, vinculado por ação ou omissão de seu **preposto**, e vítima. Bifurca-se a **categoria jurídica responsabilidade** em duas áreas, a do direito privado, estudada pelo direito civil, a do direito público, analisada pelo direito administrativo. Esta última é a **responsabilidade pública**, informada por princípios publicísticos, exorbitantes e derogatórios do direito comum, a qual,

estruturada a partir de 1873, com o caso "Blanco", acabou por ultrapassar a responsabilidade paralela do direito privado, pois coloca **sempre** o Estado em posição de devedor, irremediavelmente, desde que haja "dano" e "nexo causal".

3. EVENTO GERADOR DO DANO.

Regra geral, o **evento** ou **fato gerador** do dano é o homem que, por ação ou omissão, atinge a pessoa ou os bens de outro homem, responsabilizando-se ou empenhando a responsabilidade de alguém, pessoa física ou jurídica, em nome da qual desempenha atividades. A responsabilidade é, assim, **direta**, sem interposta pessoa, ou **indireta**, envolvendo **preposto** e **preponente**.

No âmbito do Poder Executivo, ou no "quantum" de Administração, que existe nos outros dois Poderes, o agente público é o causador do dano, equacionando-se, nas duas hipóteses, a responsabilidade do Estado, em decorrência do mau desempenho do serviço público, mas, no primeiro caso, temos a regra — serviços públicos normais —, no segundo caso, temos a exceção, ou seja, atividades atípicas dos outros dois Poderes.

O evento gerador do dano é, em qualquer dos casos, o homem, a pessoa física, o agente público que, na qualidade de funcionário, ocasiona o prejuízo. No fundo, mesmo quando não se descubre o agente, como no caso da **falta anônima do serviço público**, o homem, próxima ou remotamente, é responsável pelo dano, como no caso do dano causado "pela coisa", ou, na linguagem dos franceses, "par fait des choses".

Em decorrência das eliminações feitas, o que nos interessa, neste estudo, é a fixação do nexo causal, da relação jurídica, entre a "atividade típica" de cada Poder e o dano, a saber, a conexão causal entre o **serviço público administrativo** do Poder Executivo e o prejuízo, o **serviço público jurisdicional** e o prejuízo e, por fim, tema central de agora, a conexão entre o **serviço público legislativo** e o dano. Note-se que o **ato de legislar** (e não a matéria legislada) é estudada pelo direito administrativo.

Se o evento gerador do dano for o produto do processo legislativo, isto é, da lei, deverá o Estado indenizar o prejudicado?

Um dos pressupostos para o equacionamento e resolução deste problema é o do exato conceito de **lei**.

4. CONCEITO DE LEI.

Lei é a declaração solene da norma jurídica feita pelo Poder competente. Regra de direito, fonte de obrigações e princípio de todo recurso, em juízo, constitui, por excelência, a fonte mais pura e profunda do direito administrativo (Manuel Colmeiro, **Derecho administrativo español**, 3a. ed., 1865, pág. 29).

A palavra **lei**, na linguagem jurídica, tem duplo significado, o **sentido formal** e o **sentido material**. No **sentido formal**, lei significa não uma parte dos direitos que compreendem o poder do Estado, mas uma **forma** sob a qual se manifesta a vontade do Estado, pouco importando o conteúdo dessa vontade (cf. Paulo Laband, **Le droit public de l'empire allemand**, 1901, vol. II, pág. 344); no sentido material, **lei** quer dizer o ato jurídico que estabelece a regra de direito (cf. Paulo Laband, **Le droit public de l'empire allemand**, 1901, vol. II, pág. 260). "Entre a **lei no sentido material** e a **lei no sentido formal** não há relação de gênero a espécie, de sentido restrito e subordinado ao sentido amplo do termo. Trata-se de dois sentidos essencialmente diversos, cada um dos quais com caráter próprio: um é o **fundo**, outro a **forma** de uma declaração de vontade. Lei pública, no sentido formal, é o ato que emana da vontade do Estado, executado e afirmado sob certa forma solene" (Paul Laband, **Le droit public de l'empire allemand**, 1901, vol. II, págs. 345-346).

Em sentido formal, **lei** é toda disposição que emana do Poder Legislativo e que tem forma constitucional de lei (critério subjetivo), seja qual for a essência e o objeto que a identifique: no sentido material ou substancial (critério objetivo), **lei** é toda norma geral que o é pelo conteúdo, fundo, desde que seja editada pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo ("interna corporis"), isto é, por dois Poderes que, normalmente, não têm a função precípua de legislar.

Deixando de lado as leis materiais — "interna corporis" — que, ao que sabemos, não causaram, no direito brasileiro, até agora, nenhuma lesão sensível aos administrados a tal ponto que tenham sido objeto de exame pelo Poder Judiciário, passaremos ao exame das **leis formais**, incluindo, em nosso estudo, entretanto, os **regulamentos**, porque estes atos, sempre de índole geral, nada mais são do que regras destinadas à aplicação melhor das leis a que se acrescentam, não existindo, como em outros direitos, os "regulamentos autônomos". Além disso, em nosso direito, o próprio Poder Judiciário, solicitado a manifestar-se, já tratou **regulamentos** e **decretos** como se fossem **lei**, o que é inexato (cf. RDA, 8:133 e 20:42).

5. LEI FORMAL DANOSA.

As leis estão dispostas em escalonamento hierárquico, a partir da Lei Maior, a Constituição, que é a lei formal, por excelência, já que de modo algum tem a participação de outros poderes. Nas Federações temos, além da Constituição Federal, as Constituições Estaduais.

Pois bem, o problema inexistente, em relação à Constituição Federal, porque, mesmo que dispositivos constitucionais, de algum modo, pudessem ocasionar danos aos administrados, o legislador constituinte seria irresponsável, já que o texto, no todo e em suas partes, tem por base a soberania nacional e esta é incontestável. A Constituição faz o direito originariamente, criando-o.

No entanto, o problema existe, em relação a dispositivos das Constituições Estaduais que, quando conformes à Carta Magna, não empenham a responsabilidade do Estado-membro, mas quando inconstitucionais, se causam danos, podem ser objeto de arguição de inconstitucionalidade e, portanto, de apreciação pelo Poder Judiciário sob vários aspectos.

Responsabilidade (civil ou patrimonial) do Estado, em decorrência de lei formal danosa — eis a denominação completa e precisa do tema sobre o qual estamos discorrendo. Em síntese, o Estado é responsável patrimonialmente (a) por dispositivos das Constituições Estaduais e (b) por qualquer tipo de lei ordinária, que, no todo ou em parte, causem danos a terceiros, cabendo até ação regressiva contra os legisladores que, em casos excepcionais, de dolo ou culpa, tenham contribuído para a elaboração do texto prejudicial. Havendo, por exemplo, prova de que o texto de "lei em tese", inconstitucional, foi redigido para atingir determinada porção da coletividade (ou um só membro), o prejudicado tem o direito de recorrer ao Judiciário, empregando instrumento jurídico processual adequado à espécie para responsabilizar o Estado legislador pela "pseudolei em tese" danosa.

Se da lei inconstitucional resulta dano ao particular, caberá a responsabilidade ao Estado, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. Sendo a lei, em regra, comando genérico e abstrato, texto impessoal de generalidade máxima, o dano aos particulares emergirá de atos concretos praticados em decorrência da lei inconstitucional, exceto no caso raro de leis que determinem situações jurídicas individuais, que é a hipótese da "pseudolei em tese", texto que, sob a forma de regra geral e abstrata, acaba enquadrando o caso particular. Imprescindível, porém, é que se verifique o **nexo causal** entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido.

Note-se que somente pelo voto da maioria dos membros do Poder Judiciário poderá ser declarada a inconstitucionalidade de leis ou ato normativo do Poder Público, cabendo depois ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

6. O ESTADO LEGISLADOR IRRESPONSÁVEL.

"The King can do no wrong", regra que resume a posição do Estado imune a qualquer tipo de indenização, foi invocada com muito maior razão pelos adeptos da **teoria da irresponsabilidade do Estado legislador**, que prevaleceu durante muito tempo.

Interessante é observar-se — e isto não foi assinalado ainda pelos autores — que, no campo da responsabilidade pública, em relação aos Poderes do Estado, a evolução foi sucessiva, gradual, por períodos, tendo ocorrido, primeiro, no âmbito do Poder Executivo, a regra, depois no campo do Poder Legislativo, a exceção. Em

outras palavras, o Estado foi responsabilizado, primeiro, pela atividade dos funcionários públicos, **stricto sensu**; em segundo lugar, pela atividade dos magistrados e, por último, pela dos legisladores.

O caso "Blanco", de 1873, na França, que marcou nova era para o direito administrativo, referia-se tão-somente ao Poder Executivo, à responsabilidade do Estado, em decorrência de falha da máquina administrativa. A decisão anterior, de 1855, do Conselho de Estado francês, julgando o caso "Rotschild", também denominado de "O Estado devedor", responsabilizou o Poder Executivo, o que sucessivamente foi ocorrendo com as decisões "Anguet" (dano pessoal no Departamento do Correio), "Pelletier" (apreensão ilegal de edição de jornal), "Cames" (acidente em arsenal), "Lémonnier" (projétil em exercício de tiro que fere transeunte), "Mélinette" (atropelamento por veículo do serviço público), "Verbanck" (caminhão do serviço de pontes e calçadas que abalroa e mata ciclista), "Balsa de Eloka" (que soçobra e causa danos pessoais e materiais), "Feutry" (caso de demente que foge de asilo e incendia pilhas de feno, fazendo com que o fogo atinja casa comercial vizinha). Toda a jurisprudência aqui citada é referente ao serviço público, à falha da máquina administrativa, ou, em outras palavras, ao Poder Executivo.

Mesmo o caso "Conitéas", que principiou, no Poder Judiciário, quando o proprietário, tendo tido ganho de causa, ia proceder à execução da sentença, acabou envolvendo o Poder Executivo que, aliás, por prudência, deixou de dar cumprimento ao mandado judicial, empenhando assim a responsabilidade do Estado, tendo o juiz sentenciado com base na "teoria do risco social".

No segundo momento, a responsabilidade civil do Estado refere-se ao Poder Judiciário, que Waline, com sua grande autoridade, mas sem a menor razão, neste particular, entende ser questão estranha ao direito administrativo, visto tratar-se de atividade não administrativa (cf. **Droit administratif**, 9a. ed., 1963, pág. 909), o que, aliás, não o impediu de desenvolver a matéria, precisamente em obra concernente à nossa disciplina (cf. Waline, **Droit administratif**, 9a. ed., 1963, pág. 909, Vedel, **Droit administratif**, 5a. ed., 1973, pág. 421 e Rivero, **Droit administratif**, 9a. ed., 1980, pág. 302).

Na França, os exemplos, embora de certo modo raros, existem, como o famoso caso do Capitão Dreyfus e, mais recentemente, da senhora francesa acusada de colaboracionista, durante a ocupação da França pelos alemães, condenada em 1945 a trabalhos forçados perpétuos, degradação nacional, confisco de bens e, a final, em pedido de revisão, em 1956, considerada inocente (cf. Waline, **Droit administratif**, 9a. ed., 1963, pág. 910 e nosso **O Estado e a obrigação de indenizar**, 1980, pág. 153). No direito francês, além do **erro judiciário**, vamos encontrar ações ajuizadas contra magistrados, em virtude de dolo, concussão, morosidade nos trabalhos (Laubadère, **Traité de droit administratif**, 3a. ed., 1963, vol. II, págs. 631 e 650, Rivero, **Droit administratif**, 9a. ed., 1980, pág. 302, Waline, **Droit administratif**, 9a. ed., 1963, págs. 910-911 e Zanobini, **Corso di diritto amministrativo**,

6a. ed., 1950, vol. I, pág. 277), configurando responsabilidade do Estado, gerada por falhas nos serviços judiciários, em decorrência de motivos pessoais dos juizes e agentes desse mesmo Poder. É a "prise à partie", denominação dada pelos franceses (cf. Laubadère, *Traité*, 3a. ed., 1963, vol. II, pág. 650 e Vedel, *Droit administratif*, 5a. ed., 1973, pág. 423).

O terceiro momento da responsabilidade civil do Estado refere-se ao Poder Legislativo, somente levado aos tribunais franceses muito recentemente, em 1938, no caso "La Fleurette" e, em 1963, no caso "8overo".

A doutrina, em vários países, ainda era titubeante, hesitando em tomar posição definida contra o **Estado Legislador responsável**.

Citando as teses de doutorado de Brunet (*La responsabilité de l'État législateur*, Paris, 1936) e de Koutlay (*La responsabilité de la puissance publique du fait des règlements*, Paris, 1954), o professor Rivero (*Droit administratif*, 9a. ed., 1980, § 306, págs. 300 a 302) ressalta a posição da doutrina francesa e menciona vários casos levados aos tribunais gauleses, além dos dois citados acima, a saber, em 1944, Caucheteux et Oesmont e, em 1961, Lacombe. Depois das decisões dos tribunais, o artigo de Kahn (*L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois*) e a tese de Morange (*L'irresponsabilité de l'État législateur*), ambos os trabalhos citados pelo professor Rivero, pelo menos põem em relevo a preocupação constante com o assunto.

Depois de excluir os **regulamentos** e frisar que o problema somente existe "no que concerne às leis formais", Rivero sustenta que o problema apenas ocorre "no silêncio da lei", porque se o texto legal excluir toda indenização pelos danos causados, ou então, como no caso das nacionalizações, fixar um "quantum" pelos prejuízos, haverá, é claro, indenização, mas "se a lei nada previu, prevalece o princípio tradicional da **irresponsabilidade do Estado legisferante**, facilmente se justificando o princípio: é juridicamente e politicamente impossível descobrir-se uma falha na atividade legislativa que, por definição, é soberana. Por outro lado, o juiz não pode fazer decorrer de uma lei uma responsabilidade total isenta de culpa, sem endossar a vontade do legislador, isto é, substituí-lo, ficar em lugar dele" (cf. Rivero, *Droit administratif*, 9a. ed., 1980, pág. 300, § 306).

Georges Teissier elucida que "o princípio da irresponsabilidade do Estado, em decorrência de atos do Poder Legislativo, tem sido aplicado sem contestação, mesmo nos casos em que esse Poder tenha sido exercido, na realidade, por Governo investido excepcionalmente de poderes ditatoriais" (cf. *La responsabilité de la puissance publique*, pág. 17).

Bielsa mostra com grande propriedade que também a aplicação da lei pode causar dano **injusto**, mas não **ilegal**, o que constituiria inadmissível antinomia (*Derecho administrativo*, 5a. ed., 1957, vol. V, pág. 3).

"Sem disposição especial da lei, será absurdo jurídico pretender ter direito a ação de ressarcimento de dano patrimonial, ocasionado pela lei (cf. Fiore, *Della responsabilità civile dello Stato*, in *Questioni di diritto*, pág. 366, citado por Antônio Gonçalves de Oliveira, na *Revista Forense*, vol. 95/57).

Resta a hipótese da responsabilidade civil do Estado, nos casos em que o silêncio da lei faz supor o consentimento prévio e tácito do legislador a eventuais indenizações.

O fundamento da irresponsabilidade do Estado por ato legislativo era múltiplo, argumentando-se, em primeiro lugar, com a soberania do Parlamento e com a consideração de que a lei é a síntese da vontade geral da Nação; em segundo lugar, refletia-se, se a lei proíbe certa atividade, é porque esta é prejudicial, injusta, ou, pelo menos em desacordo com o direito; em terceiro lugar, se o juiz atribui responsabilidade decorrente de lei, está sobrepondo-se, endossando ou substituindo-se ao legislador; em quarto lugar, o número de pessoas abrangidas pelas leis, formais ou materiais, é extenso e tão genérico, que o prejuízo se reparte por todos: é encargo, ônus público geral. Se "mal de todos é mal de nenhum", o prejuízo generalizado será sofrido por toda a coletividade visada pelo texto legal; enfim, faltando o traço da individualidade, da especialidade (cf. Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3a. ed., 1963, vol. II, pág. 628), **subsiste a irresponsabilidade**, porque a **responsabilidade** exige a verificação concreta do prejuízo individual (cf. **nosso O Estado e o obrigação de indenizar**, 1980, pág. 157).

7. ORIENTAÇÃO FRANCESA.

O Conselho de Estado Francês, em 14 de janeiro de 1938, decidiu questão da maior relevância, o "leading case" da **responsabilidade do Estado por ato legislativo** e, a partir desse momento, houve radical mudança de colocação, no tocante ao pagamento de indenização ao prejudicado por ato legislativo formal danoso. Foi a decisão "La Fleurette" que em resumo, é calcada no seguinte caso concreto: "a lei, entre um conjunto de medidas destinadas a proteger a indústria produtora de leite, ameaçada de colapso total, proibiu a fabricação de produtos suscetíveis de substituírem o leite, em certas circunstâncias, o que, na realidade, incidiu sobre número reduzidíssimo de empresas e, entre elas, a Companhia La Fleurette" (cf. Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 301).

A Companhia La Fleurette fabricava produtos alimentares, derivados do leite, inofensivos à saúde, mas contendo certo teor láctico, o que parecia perturbar o escoamento do produto principal, o leite. A Companhia, sentindo-se prejudicada pela lei, propôs ação contra o Estado, perante o Conselho de Estado, o qual lhe deu ganho de causa porque (a) a atividade proibida pela lei não era prejudicial, (b) o prejuízo sofrido incidia quase que totalmente sobre a empresa requerente, (c) o legislador visara a proteção de outros interesses profissionais, ou seja, os dos produtores

de leite e (d) nada, nem no próprio texto da lei, nem nos projetos e trabalhos preparatórios, nem no conjunto das circunstâncias do caso permitiria pensar que o legislador tivesse pretendido que o interessado suportasse encargo que, normalmente, não lhe seria possível suportar" (cf. Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, pág. 413).

Seis anos mais tarde, o Conselho de Estado também reconhecia o direito de indenização de sua empresa que estava tendo prejuízos especiais caracterizados pela proibição do emprego de glicose na fabricação de cerveja, proibição feita no interesse dos produtores de cereais (caso Caucheteux e Desmont, 21 de janeiro de 1944).

Uma terceira decisão, no caso Lacombe, em 1º de dezembro de 1961, mostra que o Conselho de Estado aceitou o princípio do direito à indenização pelo administrado particular, em decorrência de lei danosa.

A análise destas decisões, que aceitam, e daquelas, muito mais numerosas, que negam a responsabilidade do Estado, em matéria legislativa por motivos diversos, permite equacionar o regime da responsabilidade, admitida pelo Conselho de Estado, até a decisão Bovero, prolatada em 23 de janeiro de 1963. Tratava-se de locatário, cujo filho fora mobilizado e servira o exército francês, na Argélia, no combate aos "rebeldes", antes da Independência. O locador propõe ação de despejo, obtém ganho de causa, mas, na fase de execução, é promulgada lei que suspende os despejos contra inquilinos combatentes ou que tivessem parentes mobilizados, o que protegeu o inquilino despejando e prejudicou o proprietário que teve ganho de causa.

O proprietário recorre ao Conselho de Estado que, aceitando o princípio da igualdade de todos diante dos encargos públicos, já firmado no caso La Fleurette, responsabiliza o Estado pelo ato legislativo danoso, obrigando-o a indenizar o proprietário prejudicado (cf. Rivero, *Droit administratif*, 9a. ed., 1980, pág. 301 e Vedel, *Droit administratif*, 5a. ed., 1973, pág. 415).

Vedel assinala que a unificação das **teorias sobre a responsabilidade do Estado** por ato legislativo está em fase de construção, podendo-se formular o princípio para o qual se orienta o direito francês, do seguinte modo: "em todas as hipóteses em que a regularidade do comportamento do poder público não pode ser contestado diante do juiz da constitucionalidade ou da legalidade **stricto sensu** — lei, ato de governo, decisão jurisdicional definitiva — o princípio da igualdade diante dos encargos públicos deve permitir a reparação dos prejuízos especiais que ultrapassam certo grau de gravidade, sempre que o ato prejudicial não proíbe essa reparação" (Vedel, *Droit administratif*, 5a. ed., 1973, pág. 416).

8. LEI CONSTITUCIONAL "EM TESE", QUE CAUSA DANO.

O que os autores ainda não distinguiram é a verdadeira lei "em tese", texto geral, impessoal, dirigido a todos, da pseudolei "em tese", texto que, na prática, engloba pessoas certas, identificadas. Pois bem, os dois mais relevantes julgados do Conselho de Estado francês, responsabilizando o Estado pelos danos causados por leis, na realidade, são pseudoleis "em tese", já que incidiram sobre uma só pessoa ou sobre número restritíssimo e identificado de empresas. No caso La Fleurette, somente esta empresa é que propôs ação contra o Estado; no caso Bovero, um só caso foi levado perante o Conselho de Estado. Onde, nesses dois exemplos, o traço da generalidade que deve caracterizar a "lei em tese"? A rigor, temos dois atos administrativos, porque ocorreu enquadramento de situações subjetivas, individuais.

Ao tratarmos da possibilidade de impetração de mandado de segurança contra "lei em tese" (cf. nossos livros *O Estado e a obrigação de indenizar*, 1980, SARAIVA, pág. 294, *Do mandado de segurança*, 2ª ed., 1980, FORENSE, pág. 153, § 93 e *Comentários às leis do mandado de segurança*, 2ª ed., 1980, SARAIVA, pág. 157, § 45), levantamos o problema da **responsabilidade civil do Estado por ato legislativo danoso**, no Brasil.

Segundo pensamos a "verdadeira" lei em tese ou melhor, "lei formal, em tese", se constitucional, não empenha a responsabilidade do Estado, quando causa prejuízos, porque o dano não se concentra em um só, mas se reparte, ao ser editado o texto, por todos aqueles sobre os quais incide.

Quando o Estado causa dano ao particular, em decorrência de medidas tomadas ou de operações materiais do poder público, o princípio que informa a indenização é precisamente o da "repartição equitativa dos ônus e encargos públicos" para que **um só** não arque penosamente com os prejuízos.

Ora, no caso da lei constitucional danosa, lei formal "em tese", a incidência é genérica, abstrata, impessoal, de tal maneira que não se aplicam os princípios que informam o instituto da responsabilidade pública.

9. LEI INCONSTITUCIONAL DANOSA.

Tanto a lei constitucional danosa como a inconstitucional danosa podem causar danos. Os danos podem atingir todos os destinatários da lei ou podem incidir sobre diminuto número de cidadãos. Se a lei constitucional danosa causar danos a seus destinatários, **in genere**, o Estado é irresponsável, porque o prejuízo se reparte por todos. Se causar danos a **um só**, ou a **restritíssimo número**, deixa a lei constitucional de ser "lei em tese" para erigir-se em ato administrativo e, nesse caso, o atingido pode recorrer aos Tribunais, mediante os adequados remédios jurídicos.

A lei inconstitucional danosa, entretanto, se causar danos possibilita, sempre, aos prejudicados, as providências jurídicas para que cessem os efeitos produzidos. Como deixar atuando dispositivos legais inconstitucionais? Se o ato de legislar (não a matéria legislada) é regido pelo direito administrativo, não se equipara, no caso, ao serviço público? Se este, em qualquer esfera funciona mal, não deve o Estado arcar com a responsabilidade?

"Se da lei inconstitucional resulta algum dano aos particulares, caberá a responsabilidade do Estado, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. Sendo a lei, em regra, comando genérico e abstrato, o dano aos particulares emergirá de atos praticados em decorrência de lei inconstitucional, exceto no caso excepcional de leis que determinam situações jurídicas individuais, de sorte que o dano será diretamente imputável à lei inconstitucional. Isso, entretanto, não altera, em absoluto, os termos da questão. O que é imprescindível é que se verifique o nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido" (cf. nosso **O Estado e obrigação de indenizar**, 1980, ed. SARAIVA, pág. 155).

Que é lei inconstitucional? Lei inconstitucional é a lei que, **no todo ou em parte**, ofende a Constituição (cf. Alfredo Buzaid, **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**, 1958, pág. 43). É a lei — federal, estadual, municipal — que se choca, que conflita de maneira clara com dispositivo expresso da Constituição Federal; "é a lei que contém, **no todo ou em parte**, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição" (Lúcio Bittencourt, **O Controle Jurisdicional da constitucionalidade das leis**, 2ª ed. Forense, 1968, pág. 53). Inconstitucional é ainda a lei que, embora pelo conteúdo não conflite com nenhum dispositivo expresso da Constituição, infringiu o processo, trâmite ou **iter legis**, contrariando ou saltando os passos prescritos para a tramitação legislativa, na própria Constituição, desde a iniciativa até a **promulgação** ou **sanção**.

"Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe dano injusto e irreparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se afigura indemonstrável no regime democrático em que o próprio povo escolhe os seus representantes para o Legislativo" (cf. Lopes Meirelles, **Direito administrativo brasileiro**, 7ª ed., 1979, pág. 625).

A nosso ver, nas próprias palavras do autor citado, (a) se a lei inconstitucional causa dano (b) dano injusto e irreparável, (c) se houver demonstração cabal da culpa do Estado, por que motivo o Estado não responderia civilmente pelos prejuízos? Não interessa o processo de escolha democrática pelo próprio povo, porque também, mediante concurso, são escolhidos, democraticamente, objetivamente, os agentes públicos do Executivo e do Judiciário, com base no princípio da igualdade de todos perante os cargos públicos e, no entanto, cabe a responsabilização estatal. Nem por terem sido escolhidos democraticamente, os agentes políticos ou repre-

sentantes do povo são perfeitos. Cometem erros, ao legislar, causando danos e obrigando, pois, o Estado que representam. Não interessa a **causa** do erro. Interessa o **dano**, em primeiro lugar, depois, o **nexo causal**.

Elucida Guimarães Menegale que "o ato da autoridade legislativa deve confrontar-se com a Constituição e, se lhe contravir aos mandamentos, tem de ser expungido; e, se de sua promulgação ou execução proveio dano ou lesão, o Estado o reparará (**Direito administrativo**, 3ª ed., 1957, págs. 508-509). Em outras passagens, ressalta Guimarães Menegale: "Se o ato legislativo ofende direito individual, é lícito ao prejudicado chamar o Estado à responsabilidade pelo ato de um de seus poderes constituídos". "Se o ato legislativo, cuja aplicação, por inconstitucionalidade, se recusou, acarretou danos a alguém, caberá ao prejudicado, em seguida, propor ação por perdas e danos" (cf. **Direito administrativo**, 3ª ed., 1957, págs. 508-509).

O direito positivo e a jurisprudência, no tempo do Império, proclamavam a regra de direito público de que os indivíduos não podiam reclamar indenização do Estado pelos danos que as leis porventura trouxessem aos seus direitos individuais, salvo se das próprias disposições legais não resultasse o reconhecimento de um direito à reparação (cf. Amaro Cavalcanti, **Responsabilidade civil do Estado**, 1905, pág. 510). Tal regra de direito público, fundamentada no princípio da **responsabilidade do Estado por leis prejudiciais**, sofre atenuações no tempo da República: cabe agora ao Poder Judiciário julgar da validade das leis, facultando-se ao indivíduo, lesado por seus dispositivos, recorrer ao referido Poder e, assim que tiver obtido a anulação da lei, poderá, conforme as circunstâncias do caso, exigir justa indenização pela lesão sofrida" (Amaro Cavalcanti, **Responsabilidade civil do Estado**, 1905, pág. 510).

Onde vigora o direito público federal, tal como, no Brasil, desde que as leis inconstitucionais não são aplicadas pelo Poder Judiciário e podem causar danos aos particulares, os danos causados por tais atos legislativos são ressarcíveis. A pessoa prejudicada por lei inconstitucional tem manifestamente o direito de pedir a reparação pelo dano sofrido (Pedro Lessa, **Do Poder Judiciário**, 1915, pág. 164).

Aguiar Dias separa a **lei constitucional**, válida, perfeita, da **lei inconstitucional**, nula, inválida.

Com apoio em Duez, sustenta Aguiar Dias que "o ato legislativo, isto é, aquele que cria uma situação jurídica geral, objetiva, impessoal, abstrata, considerá-se ao abrigo da responsabilidade. Bem entendido: sempre que silencie sobre as consequências danosas que possa acarretar" (cf. José de Aguiar Dias, **Da responsabilidade civil**, 2ª ed., 1950, vol. II, pág. 238 e 6ª ed., 1979, vol. II, pág. 315). Assim, ainda seguindo Duez, afirma que "a responsabilidade extracontratual do Estado com base em ato legislativo só opera, quando o legislador expressamente a reconheça".

A seguir, tratando da responsabilidade do Estado por danos causados por lei nula, inconstitucional ou inválida, conclui Aguiar Dias, baseado em J. Guimarães Menegale, que tal modalidade de lei empenha a responsabilidade estatal por danos causados, porque temos um regime que nos permite impugná-la (cf. **Da responsabilidade civil**, 2ª ed., 1950, vol. II, pág. 241 e 6ª ed., 1979, vol. II pág. 318).

Em síntese, grande parte da doutrina brasileira distingue entre a **lei constitucional** e a **lei inconstitucional**, concluindo que a primeira, mesmo ocasionando danos, não empenha a responsabilidade do Estado, por ser mandamento de ordem geral e impessoal, a não ser que, por exceção, passe a enquadrar situações especiais, ao passo que a segunda empenha sempre a responsabilidade do Estado, equiparando-se, de certo modo, ao serviço público que, por acidente, funciona mal.

10. DANO DA LEI E INDENIZAÇÃO.

Dano é o resultado da lesão; consistindo a reparação civil na obrigação de indenizar. Verifica-se, no dano, sempre, o desequilíbrio sofrido pelo sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, atingido no patrimônio em consequência da violação da norma jurídica por fato ou ato alheio. Ocorrido o dano, cabe a reparação.

No caso da **responsabilidade extracontratual por ato legislativo**, a reparação tem de ser considerada sob dois aspectos distintos: prejuízos causados diretamente pelo texto legislativo, ou seja, pelo próprio fato da edição da lei, ocasionando o dano e justificando a indenização e prejuízos causados em decorrência de medidas administrativas, tomadas com o objetivo de facilitar a aplicação da lei danosa (cf. Vedel, **Droit administratif**, 5ª ed., 1973, págs. 416-417).

A primeira hipótese é a da indenização pelos prejuízos causados diretamente pelo texto legal. Promulgada a lei, uma (ou várias) de suas disposições fere direitos de certo cidadão, em especial. Dirigida, muitas vezes, ao âmbito genérico da população, impessoalmente, a lei acaba tendo campo restrito, específico, prejudicando um só — ou alguns cidadãos — jamais cogitado pelo legislador. Funcionou para uns, de longe, abstratamente, "como lei" — a generalidade —, mas para outros atuou "com endereço certo", enquadrando, assim, situações subjetivas concretas (ato administrativo), como, no exemplo citado, da decisão francesa La Fleurette, empresa atingida por texto de lei que, visando o equilíbrio geral do mercado de laticínio, acabou incidindo sobre uma só firma, em especial, prejudicando-a, ou, como no caso da decisão Caucheteux e Desmont, condenou o Estado legislador que, ao promulgar lei, aparentemente geral e impessoal, prejudicou uma só firma, fabricante de cerveja, ao proibir-lhe o emprego de certo tipo de glicose. Ou, como no caso Bovero, também citado, que incidiu somente sobre uma pessoa, que combatera na Argélia.

Para efeitos de indenização, em decorrência de danos causados por ato legislativo danoso, os requisitos exigidos assim se resumem: 1º) só haverá pagamento de indenização, se o próprio legislador a fixou no texto legal, de modo expresso ou tácito; 2º) cabe ao juiz decidir, conforme o que a lei preceituou, caso o legislador não tenha fixado a indenização ou se tenha omitido.

Se a lei silenciou a respeito da indenização, vigoram as regras seguintes: a) não se concede indenização, se a atividade proibida era imoral, ilícita ou contrária ao interesse público; b) não se concede indenização, a não ser que o prejuízo, por sua especificidade ou gravidade, ultrapassou a média dos sacrifícios impostos pelo texto, em questão; c) não cabe indenização se o sacrifício imposto pelo legislador tem por objetivo o interesse nacional.

Cabe, entretanto, indenização, se o sacrifício imposto pela medida legislativa incide sobre interesses particulares, com a finalidade de favorecer ou proteger outros interesses privados (cf. nossa monografia **Anulação do ato administrativo por "desvio de poder"**, 1978, pág. 208).

Quando se trata de indenização por danos causados não por dispositivos legais, em si e por si, mas por medidas administrativas destinadas à concretização da lei (regulamentos ou decretos), não se configura a hipótese da **responsabilidade do Estado legislador**, assunto que estamos examinando, mas de problema geral de reparação de danos, em decorrência de ilegalidades praticadas pelo Executivo, pela Administração, no exercício do poder regulamentar.

Se as medidas tomadas são legais, tudo se passa como se tais providências completassem o texto de lei. Se as medidas embora legais, não tiverem sido determinadas pelo legislador, a Administração agiu, em virtude do poder discricionário de que dispõe, podendo, nesse caso, o prejudicado pleitear a reparação (Vedel, **Droit administratif**, 5ª ed., 1973, págs. 416-417).

11. REGULAMENTO DANOSO.

Regulamento não é lei. É ato administrativo geral, destinado a facilitar a aplicação da lei, devendo ser "secundum legem" e, jamais, "praeter legem" ou "contra legem". Logo, forma um todo único indissociável, um conjunto, com a lei, porque no Brasil não temos **regulamento autônomo**, como em outros países.

Por esses motivos, a generalidade da doutrina assimila o **regulamento à lei** e unifica a **responsabilidade legal** e a **responsabilidade regulamentar**, tratando-as conjuntamente.

O **exercício da função legislativa**, entretanto, não se identifica de maneira completa com o **exercício do poder regulamentar**, regendo-se, em vários casos, por diferentes princípios.

"Se o regulamento é legal", esclarece Vedel, "o problema é equacionado com fundamento no princípio da igualdade diante dos encargos públicos. Neste caso, o caráter geral e impessoal tem por efeito, na maioria das vezes, retirar dos prejuízos causados o caráter especial e, pois, de excluir a reparação baseada na igual repartição dos encargos públicos. Por este elemento secundário, tão-só, é que a responsabilidade ocasionada pelos regulamentos se aproxima da responsabilidade motivada pelas leis" (Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, págs. 417-418). "Se o regulamento é ilegal e causa prejuízos, o problema equaciona-se com base no elemento culpa e, alicerçado nesta, resolvido" (Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, pág. 417).

Embora lei e regulamento apresentem, no Brasil, inúmeros pontos de contato (cf. a respeito nosso *Tratado de direito administrativo*, vol. I, pág. 298 e vol. II, pág. 129), o que é reconhecido até pela jurisprudência, tanto assim que o próprio Supremo Tribunal Federal, admitindo a responsabilidade civil da Administração por ato danoso, fundado em "decreto" estadual, depois julgado inconstitucional, decreto, aliás, com efeitos normativos (ver: STF, em RDA, 20:42), tratou o regulamento como se fosse lei, o mesmo tendo ocorrido, antes, com o antigo Tribunal de Apelação do Estado de São Paulo, como se depreende da ementa do acórdão, então prolatado (ver: TASP, em RDA, 8:133), na realidade, de maneira alguma, se confunde o desempenho da função legislativa, cujo resultado final é a lei, elaborada por todo um colegiado, com o exercício da função regulamentar, que se concretiza no decreto, editado por uma só pessoa, o Chefe do Poder Executivo. Em sentido amplíssimo, tão-só, mas sem rigor técnico, é que o termo lei abrange e absorve o regulamento, mas este é apenas auxiliar das leis, procurando explicitar-lhes o sentido, jamais podendo tomar-lhes o lugar.

Havendo, no regulamento, alteração ou extinção de direitos, não há regulamento, mas abuso do poder regulamentar, invasão na competência do Poder Legislativo, porque o regulamento exorbitou, ultrapassando o terreno em que deveria movimentar-se. Se o regulamento é ilegal ou inconstitucional, se o processo de edição do regulamento se desvia ("ultra", "praeter" ou "contra" legem) das normas traçadas para seu nascimento válido, ou se contém disposições conflitantes com o texto legal matriz, o regulamento é passível de revisão judicial para que seus efeitos danosos não afetem o patrimônio dos administrados.

Se o regulamento defeituoso, na forma ou no conteúdo, pode causar danos, o Estado responde pelos prejuízos advindos. No entanto, mesmo o regulamento imune de vícios, mas despidido do caráter de generalidade, acaba eventualmente por atingir uma só pessoa, física ou jurídica, o que também possibilita a responsabilidade da Administração, obrigada a ressarcir os danos ocasionados.

12. CONCLUSÃO

Estamos sustentando, neste trabalho, que o Estado é responsável pelos danos resultantes das atividades ocorridas no âmbito dos três Poderes, inclusive na esfera do Legislativo. Se o Legislativo, portanto, promulgar lei danosa, o Estado é civil-

mente responsável pelos danos causados a um ou a número certo e identificado de administrados, o que, de maneira alguma, configura "antinomia inadmissível", porque "dano injusto" não é "dano ilegal", conforme acentua Bielsa (cf. *Derecho administrativo*, 5ª ed., 1957, vol. V, pág. 3). Nem tal colocação conflita com a noção de soberania, estranha ao caso, porque responsável não é o Estado, entendido como "síntese dos poderes soberanos", mas o Estado definido como "pessoa jurídica pública, sujeito de direito", no Brasil, a União, os Estados-membros, os Municípios.

Precisamente pela importância de que se reveste, o ato legislativo deve ser elaborado com toda a atenção exigida pela técnica de legislar, cabendo ao legislador o exame global do alcance da norma editada, inserindo-se no texto normas termostáticas de equilíbrio sócio-econômico, que restabeleçam, no caso de dano específico a um só, a justa distribuição dos encargos a todos os membros da coletividade, pelo pagamento da indenização.

Se apesar de todo o cuidado, o ato legislativo, mesmo perfeito, ocasiona lesão ao particular, o dano ocasionado empenhará a responsabilidade civil do Estado, já que o legislador claudicou em sua missão legislativa.

Extinção de empresa pública, quer a que preste serviço público, propriamente dito, quer a que desempenhe atividade econômica, industrial ou comercial, empenhará sem dúvida a responsabilidade patrimonial do Estado, se a iniciativa lei, ou ato administrativo (art. 178 do Decreto-lei nº 200) causar danos a terceiros.

Famoso, no Brasil, o caso da Empresa Revista do Supremo Tribunal Federal, cujo contrato para a publicação de julgados de nossa Corte Máxima foi anulado pelo Poder Legislativo, em razão do que se apurou no inquérito que a Câmara dos Deputados mandara abrir. Absorvendo os haveres daquela Sociedade, a Câmara reconheceu a obrigação de indenizar os credores, de acordo com o exame dos livros da empresa, que deveriam revelar quais os créditos atingidos pelo benefício da lei (cf. Lei nº 2.981, de 18 de dezembro de 1925). Em decisão posterior, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à indenização pelo material apreendido pela União e destinado aos fins da mencionada Revista, isto é, à execução do contrato (cf. Diário da Justiça de 10 de outubro de 1943).

Apesar de tudo, porém, não se admitiu a indenização pelas perdas e danos consequentes à anulação do contrato pelo Poder Legislativo. Não mereceu, no caso, acolhida, a tese da responsabilidade do Estado por ato legislativo, embora este houvesse anulado contrato em plena vigência e para cuja conclusão havia participado com a votação dos créditos necessários, mas cuja imoralidade foi apurada em inquérito instaurado (cf. Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, 3ª ed., 1955, vol. I, pág. 432).

Em 25 de novembro de 1957, a Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo teve ocasião de examinar texto de lei expropriatória municipal, reconhecendo-lhe a inconstitucionalidade, determinando, depois, a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, conforme a Constituição. Como da demanda resultassem despesas de vulto, tais despesas foram debitadas ao Município, "primeiro, por sua ação, promulgando-a, depois, por sua omissão ou inércia, deixando que se aniquilasse pelo decurso do tempo" (cf. TJSP, em RDA, 56:243).

Mais recentemente, a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos decidiu que "embora a doutrina brasileira tenha como insustentável a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo, admite-se a responsabilidade por ato regulamentar" (TFR, em RDA, 144:162).

Na realidade, é inexata a afirmação, no tocante à posição da doutrina pátria, já que em todo o corpo do acórdão apenas dois autores são citados. Um deles, Brandão Cavalcanti, na verdade, é pela **tese da irresponsabilidade** do Estado apenas quando se trata de lei constitucional, mas, quando se trata de **lei inválida** ou **inconstitucional**, o mesmo autor se inclina pela **tese da responsabilidade** do Estado. Assim: "A nulidade da lei ou de apenas alguns de seus dispositivos, por violar garantias constitucionais, justifica a responsabilidade, quando, de sua aplicação, resultar prejuízo patrimonial. É a consequência lógica da aplicação de uma lei que, em todo, ou em parte, é inexistente porque fere de frente a norma constitucional" (cf. **Tratado de direito administrativo**, 3ª ed., 1955, vol. I, pág. 437).

Amaro Cavalcanti também se filia à mesma colocação, escrevendo: "Decerto, declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar à União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede nos casos de impostos, taxas ou multas inconstitucionais, quer satisfazendo-se os prejuízos, provadamente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta" (cf. **Responsabilidade civil do Estado**, pág. 511).

No mesmo sentido, Pedro Lessa (Do **Poder Judiciário**, 1915, pág. 164) Aguiar Dias (Da **responsabilidade civil**, 6ª ed. 1979, vol. II, pág. 138), Guimarães Mene-gale (**Direito administrativo**, 3ª ed., 1957, págs. 508-509) sustentam a tese da responsabilidade civil do Estado, em decorrência de ato legislativo ilegal ou inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal a todo momento tem sido solicitado a manifestar-se a respeito de matéria concernente "ao mandado de segurança contra lei em tese", que a Súmula 266 não admite, bem como sobre o tema, petrificado na Súmula 510 ("Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial").

A evolução do trabalho pretoriano da Corte Suprema suscitou prolongados debates, a partir de 1962, quando o então Ministro Antônio Gonçalves de Oliveira teve de julgar questão referente à outorga especial de trigo mediante Decreto, depois revogado, caso que envolvia problema do âmbito do poder regulamentar e possível direito adquirido, passando-se, depois, ao bem fundamentado voto vencido do Ministro Décio Miranda, em que, mediante interposição do recurso extraordinário, candidata a concurso público defendia o direito de inscrever-se, chegando-se, por fim, à orientação do Plenário, no julgamento de mandado de segurança que investia contra Decreto do Presidente da República, fixando níveis de salário mínimo.

O Ministro Rafael Mayer, analisando a Súmula 266, repeliu a invocada preliminar de descabimento do "writ", salientando, em seu magnífico voto: "Também cabe desacolher o argumento relativo ao não cabimento do mandado, sob o color de que ele se propõe contra **lei em tese**, ou seja, de igual, o **decreto** ou **ato normativo de caráter geral**, emanado do Poder Executivo, que seria, ainda assim, **lei no sentido material**. A proposição é de ser admitida, em princípio; mas inaplicável à hipótese. Mesmo que o Decreto tenha por missão editar normas gerais, ele pode ser dotado de caráter próprio de execução, e concretude, capaz de, nessa formulação, afetar direitos. O decreto sobre salário mínimo tem por objeto principal a instituição de escalas tarifárias, que são de aplicação imediata alcançando, **per se**, a órbita dos interesses pessoais representados no direito ao salário mínimo, garantido pela Constituição e pela Lei. A simples edição do salário mínimo repercute no patrimônio dos assalariados. Portanto, é uma vantagem que lhes é conferida e, desde logo, assegurada, não se podendo, pois, assimilar a situação à de uma lei **em tese**, abstrata e geral, onde ainda não há efetiva constrição do direito como naquela outra. Cuido, assim, que o mandado de segurança não é inadequado para proteger contra o que é desenhado como danoso, de modo atual, ao direito do indivíduo. Não é, pois, de rejeitá-lo liminarmente". Seus pares, os ilustres Ministros, Cunha Peixoto, Décio Miranda e Soares Muñoz, o acompanharam, salientando este último, em voto lapidar: "O Decreto, atacado no mandado de segurança, é ato executório, pois fixou o salário mínimo para as diversas regiões do país e, contra os atos executórios, cabe mandado de segurança. Até contra lei auto-aplicável cabe mandado de segurança". Meu eminente e culto colega de Congregação na Faculdade de Direito de S. Paulo, o erudito Ministro Moreira Alves, votou, porém, em sentido contrário, por entender que "decreto que estabelece salário mínimo não é ato administrativo, no sentido de atribuir a determinadas pessoas um direito".

Por fim, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar outro mandado de segurança, reconheceu a possibilidade de impetração daquele remédio heróico contra ato normativo que produz efeitos concretos, só não tendo sido reconhecido o "writ" por mero lapso do impetrante, consistente em defeito de técnica processual, não pela matéria suscitada.

No entanto, a colocação dos Ministros Cunha Peixoto, Décio Miranda, Soares Muñoz e Rafael Mayer, na vanguarda do controle jurisdicional de qualquer ato do poder público que lese direito líquido e certo do administrado, mostra a relevância

da progressiva construção pretoriana da Corte Suprema da Nação, constituída não só por professores de direito, como Alfredo Buzaid, Moreira Alves e Oscar Dias Correia, como de antigos integrantes do Tribunal Federal de Recursos, Décio Miranda, Neri da Silveira, Aldir Passarinho, especializados no julgamento de matéria administrativa, na Corte de que provieram, que é como um verdadeiro Tribunal Administrativo, como ainda por nomes que integraram os mais altos postos na Administração Direta Federal, Francisco Rezek e Rafael Mayer e, finalmente, pelos julgadores Djaci Falcão e Soares Muñoz.

Em síntese, com apoio em excelentes doutrinadores, sustentamos a responsabilidade civil do Estado em decorrência (a) de ato legislativo danoso, embora perfeito e constitucional desde que, configurando-se como medida geral e impessoal, na aparência, na verdade se apresente como pseudolei em tese; (b) de ato legislativo danoso imperfeito, ilegal ou inconstitucional; (c) de ato regulamentar ou decreto que exorbite da lei, em que se apóia, hipótese esta que o Poder Judiciário tem examinado, inexplicavelmente, como "ato legislativo" e não como "ato administrativo".

REAJUSTE DA CASA PRÓPRIA. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO BNH

CARLOS AYRES BRITTO
Procurador-Geral da Justiça do Estado de Sergipe.
Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe

JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE
Advogado em Sergipe.

SUMÁRIO

1. Importância e Atualidade do Tema;
2. Limitações Constitucionais ao BNH, Enquanto Instrumento de Intervenção Estatal no Domínio Econômico;
3. Limitações Constitucionais ao BNH, Enquanto Empresa Pública;
4. Incompatibilidade entre a Lei Instituidora da Semestralidade Salarial e os Contratos que Silenciaram quanto à sua Aplicação;
5. O Sentido Social da Lei 4.380 e seus Efeitos Antiinflacionários. A Teoria da Imprevisão e os Contratos do BNH;
6. A Inconstitucionalidade do Critério das ORTNs Como Fator de Correção Monetária Desfavorável ao Mutuário;
7. Conclusões.

1. IMPORTÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA

1.1. Nos dias atuais, a ninguém é dado desconhecer que o Estado é o principal protagonista das ações que se desenrolam no palco existencial da sociedade humana.

É ele, o Estado, a pessoa de direito que mais presta serviços; adquire e produz mercadorias; investe capitais na infra-estrutura econômica e social; empresta dinheiro e transaciona com ações mercantis; emprega mão-de-obra; oprime e ao mesmo tempo protege os indivíduos.

Numa palavra, o poder público é o sujeito de maior importância pragmática, no interior de cada ordem jurídica soberana, acumulando em suas mãos uma soma de poderes infinitamente superior a de qualquer outra pessoa, natural ou jurídica.

1.2. Para elevar-se a tão eminente posição, o Estado age por si mesmo e ainda recorre a outros sujeitos, que ele mesmo cria. São, tais sujeitos, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas, que funcionam como um prolongamento administrativo do seu criador. E, na prática, a despeito de se tratar de organizações que têm personalidade e regime jurídico dife-

renciados, tais criaturas do Estado terminam por formar uma realidade inapartável: a realidade do PODER PÚBLICO, teoricamente voltada para o atendimento da maioria das necessidades e aspirações socialmente sentidas.

1.3. Pois bem, tanto uma quanto outra forma de atuação estatal são reguladas pelo Direito. A ordem jurídica apanha o Estado em sua inteireza, regulando-lhe todos os passos e processos de ação. E a primeira voz do Direito aos ouvidos do Estado é a emitida pela Constituição Federal. É a Magna Lei que indica e demarca as áreas de penetração estatal, no campo mais vasto das atividades humanas. É nela que o Estado vai buscar os fundamentos do seu extraordinário acúmulo de poderes. E nela, ainda, é que são indicados os fins mais eminentes da Sociedade política do Brasil, em vista dos quais aqueles poderes podem ser validamente exercidos.

1.4. Resulta claro, pois, que há parâmetros e vetores constitucionais especialmente impostos à observância estatal, seja pelos seus órgãos internos, seja pelos entes personalizados que ele mesmo procria. Parâmetros e vetores nutridos de eficácia e que, por isso mesmo, hão de recair sobre o real, sempre que ocorrentes as hipóteses de incidência das normas constitucionais.

1.5. Ora bem, o Banco Nacional da Habitação é um daqueles entes personalizados da Administração Federal. Uma empresa pública, que faz parte do aparato administrativo da União. Logo, uma organização ou realidade jurídica que se coloca a serviço dos fins que a Lei Maior qualificou como próprios da coletividade brasileira.

Isto significa que a juridicidade dos atos do BNH se mede por padrões constitucionais, antes mesmo de aferir-se pelas pautas instituídas pela legislação orgânica da Instituição (que são as leis ordinárias e demais atos normativos de sua particular organização).

1.6. No presente estudo, forcejaremos por indicar as pautas constitucionais que conformam o BNH, em matéria de reajuste das prestações dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação.

Como tal reajuste se faz por ato unilateral da Empresa, de forma a onerar os orçamentos domésticos de mais de 4 (quatro) milhões de mutuários (1), fácil é intuir com a magnitude da matéria.

1.7. Cuida-se, em verdade, de assunto tão momentoso quanto relevante, pois a correção monetária das prestações devidas aos agentes financeiros do BNH pode atingir a índices tão elevados, que terminem por comprometer a capacidade de

(1) Dados fornecidos pelos principais jornais e revistas do País, em suas edições do fluente mês de junho.

pagamento dos prestamistas, levando-os a um estado de absoluta insolvência. Do que resultam, imediatamente, a perda do capital já desembolsado e a frustração do atendimento de uma necessidade social elementar, que é a aquisição da casa própria.

Por outro aspecto, o poder de unilateralmente fixar os novos índices de pagamento leva, ou pode levar o BNH a um enriquecimento sem causa, seja pela retomada do imóvel já valorizado, seja pela atualização excessiva do saldo devedor, seja, ainda, pelo recebimento de prestações em bases superiores àquelas efetivamente devidas.

1.8. Cuidemos, então, de mostrar as coordenadas constitucionais a que se sujeita o BNH, especialmente aquelas que limitam a capacidade da empresa para atualizar os valores monetários dos contratos de financiamento para aquisição de casa própria. Coordenadas de cujo conhecimento o intérprete não pode dispensar, quer pela sua superioridade formal, quer até mesmo como exigência de ordem no trato da matéria, tantas e tão confusas são as normas administrativas do Sistema Financeiro da Habitação.

2. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO BNH, ENQUANTO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL.

2.1 Sob a forma inicial de autarquia, o BNH foi criado pela Lei federal nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. E o foi, como instrumento de intervenção da União no setor habitacional, conforme se deduz desta peremptória oração:

*"Art. 2º O Governo Federal **intervirá** no setor habitacional, por intermédio:*

*I — do Banco Nacional de Habitação;
II — do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo;
III — das Caixas Econômicas Federais, IPASE, das Caixas Militares, dos Órgãos federais de desenvolvimento regional e das Sociedades de economia mista". (sem o traço)*

2.2. Como sabido, falar em setor habitacional é referir-se, a um só tempo, à ordem econômica e social. Isto, pelos transparentes reflexos dessa atividade humana, tanto na esfera social dos núcleos familiares e da geração de emprego produtivo, quanto na esfera econômica das indústrias de material de construção e empresas construtoras em geral.

Aliás, é a própria lei 4.380 que qualifica a área da habitação como matéria de índole econômico-social, ao aportar expressões que bem denotam a preocupação

estatal com as famílias carentes de moradia própria e com a arregimentação, para tal fim, das forças produtivas que compõem a iniciativa privada.

É o caso do artigo introdutório do diploma legal, expresso nos seguintes termos:

"Art. 1.º O Governo Federal, através do Ministério do Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de população de menor renda".

2.3. Esse caráter interventivo da ação federal, no setor da habitação, é ainda expresso pela imposição de ônus pecuniário a todas as empresas do País, a título de "contribuição" para a formação do capital do BNH.

Deveras, o art. 22 da lei 4.380 instituiu novo gravame fiscal às empresas nacionais, no valor correspondente a 1% (um por cento) "mensal sobre o montante de suas folhas de pagamento". E o fez, obviamente, com base na parte inicial do inciso I do § 2º do art. 21 da Constituição Republicana, combinado com o artigo 163 do mesmo documento constituinte, assim redigidos:

"Art. 21...

§ 2º — A União pode instituir:

I — Contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social".

"Art. 163 — São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais".

"Parágrafo único — Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer".

2.4. Muito bem. Assente que o BNH assume nítida postura intervencionista nos domínios da ordem social e econômica, submete-se ele aos princípios e nor-

mas constitucionais que incidem sobre tal ordem. E se submete, pela clara razão de que os preceptivos constitucionais da espécie são aplicáveis a todos os protagonistas de ações que nesse campo se praticam, assim os de natureza governamental, como os de caráter privado.

2.5. A ordem econômica e social, na Constituição, recebe tratamento normativo especial. Constitui o título III de nossa Lei Fundamental e compreende os artigos 160 a 174.

Melhor explicando, o título III da Constituição Federal trata da ordem econômica e seus reflexos na ordem social. O objetivo central da norma constituinte é o domínio econômico. Mas, como a área econômica repercute diretamente no campo social, a Lei máxima também dispensa tratamento a esse campo assim afetado.

2.6. Tal explicação faz-se necessária, porque a parte da ordem social que não sofre direta influência das ações econômicas recebe tratamento normativo em apartado. Figura, mais precisamente, no título de nº IV da Magna Carta, sob a denominação genérica "Da Família, Da Educação e Da Cultura". Do que decorre ser a ordem social objeto de dois diferentes títulos constitucionais, conforme seja ou não corolário imediato das atividades próprias do aparelho produtivo nacional.

Com este acréscimo de idéia, já podemos apontar os princípios e normas que, na Constituição, disciplinam o comportamento de todos os sujeitos que se movimentam no espaço econômico brasileiro, de sorte a projetar direta influência no campo social.

Tendo em vista, porém, os propósitos limitados do presente estudo, indicaremos apenas as prescrições que condicionam a atuação do BNH, face aos mutuários do sistema nacional de que ele é o principal instrumento.

2.7. O primeiro ditame a ser respeitado é o próprio fim da ordem econômica e social, que o artigo 160 da Lei Mais Alta expressamente enuncia: o desenvolvimento nacional e a justiça social. Daí ao BNH somente ser facultada a operação que sintonize com tais objetivos; ou, dito pelo reverso, não pode a Instituição adotar comportamentos, estabelecer critérios ou impor obrigações que prejudiquem a própria finalidade da ordem econômica e social.

2.8. É certo que a Lei Maior não conceitua o desenvolvimento nacional, nem a justiça social. Inobstante, diz que um e outro se baseiam em princípios que ela mesmo arrola, de modo explícito, dois dos quais nos parecem patentemente aplicáveis às relações jurídicas travadas entre o BNH e seus clientes particulares.

Queremo-nos referir à repressão, ao abuso do poder econômico e à expansão das oportunidades de emprego produtivo (incisos V e VI do mesmo art. 160), cujo desrespeito ofende, à superior vontade constitucional.

2.9. Concretamente, incide o BNH na proibição de abusar do poder econômico, quando, por si ou pelos demais agentes do sistema, aumenta arbitrariamente os seus lucros (2). Arbitrariedade essa, que pode assumir variadas formas, tais como:

a) remuneração do capital emprestado, em bases superiores àquelas contratualmente ajustadas, ou permitidas em lei;

b) agravamento da relação originária entre a prestação mensal e o salário mínimo em vigor à data do contrato;

c) descompasso entre as taxas de recomposição dos custos da Empresa e aquelas relativas ao crescimento dos salários ou renda familiar, a ponto de acarretar a insolvência dos prestamistas;

d) retomada dos imóveis já valorizados, por efeito daquela forçada inadimplência, perdendo os mutuários a mais valia dos prédios e o numerário dispendido com a amortização das dívidas contraídas;

e) alteração unilateral dos contratos de financiamento, de modo mais gravoso para os prestamistas, principalmente no que toca à época dos reajustes de pagamento e ao prazo de liquidação dos empréstimos (sabido que os contratos da espécie são por prazo determinado, com conteúdo financeiro variável).

2.10. De igual passo, incorre o BNH na falta de cumprimento do dever de expandir as fronteiras do emprego produtivo, quando de alguma forma concorre para a retração do mercado de mão-de-obra.

Essa retração também assume múltiplas modalidades, mas a sua fonte principal é o próprio abuso do poder econômico do BNH, nas hipóteses acima indicadas.

É que a ação abusiva da Instituição leva ao atraso no pagamento das prestações dos financiamentos; à inadimplência de muitos e ao desestímulo na celebração de novos contratos para aquisição da morada própria. Retraem-se as indústrias de material de construção, incorporadores, corretores e empreiteiros vêem-se desestimulados pelas naturais desconfianças dos clientes em potencial e a economia como um todo se desaquece.

2.11. Ora, a consequência imediata desse estado de coisas não é apenas a diminuição na oferta de bens e serviços. É também o encurtamento das fronteiras do emprego, cujos limites correm pararelho com o comportamento daquela oferta.

(2) Reza a Constituição que o abuso do poder econômico se caracteriza pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Outra não é, aliás, a situação presente do setor habitacional, que atravessa um período de notórias dificuldades. Tudo frente às justificadas desconfianças do povo na seriedade de propósitos do sistema financeiro da habitação e até mesmo na possibilidade de sua manutenção por longa data (3).

2.12. Não param, aqui, as limitações constitucionais à política de reajuste das prestações devidas aos agentes do Sistema Nacional da Habitação.

No seu título de nº IV, devotado à educação, família e cultura, a Constituição agasalha um preceptivo que atinge, de cheio, as relações jurídicas sob análise.

Reportamo-nos ao artigo 175, inicial daquele título, que vem paramentado sob a seguinte roupagem vocabular:

"A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos".

Sinta-se, a propósito, que a Magna Lei fala de um direito a ser titularizado pela família: o direito à proteção dos Poderes Públicos, que são todos os órgãos e pessoas de natureza governamental.

2.13. Pois bem, a Lei criadora do Sistema Financeiro da Habitação, e do próprio BNH, outra coisa não fez senão atender aos reclamos desse programa constitucional de amparo aos núcleos familiares.

Lendo-se os dispositivos que formam a ontologia da lei 4.380, o que se encontra é o vivo compromisso do Estado para com as sociedades domésticas, sempre naquele sentido tutelar, conforme atestam as locuções deste jaez:

"Art. 4º — Terão prioridade na aplicação dos recursos:

I — a construção de conjuntos habitacionais destinados à eliminação de favelas, mocambos e outras aglomerações subumanas de habitação.

II — ...

V — a construção de moradia para a população rural".

"Art. 8º — O Sistema Financeiro da Habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado (...)"

(3) A "Folha de São Paulo", em sua edição de 29.05.83 (4º caderno), projeta bem o estado de revolta e perplexidade dos mutuários do sistema, ante à notícia da elevação do valor das suas prestações em 130%. Elevação bem acima dos níveis de variação dos salários e que será suportada por apenas 43% dos financiados, segundo estatística então divulgada.

"Art. 9.º — Todas as aplicações do sistema terão por objetivo, fundamentalmente, a aquisição da casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes (...)"

- 2.14. Por via de consequência, ao direito das famílias corresponde o dever protetivo do Estado. Dever que, em matéria de habitação, consiste no possibilitar às sociedades domésticas o acesso à morada própria.

Noutro dizer, o BNH é instrumento de que se serve a União para propiciar aos núcleos familiares o direito à residência própria. Este é o objetivo central do Sistema Financeiro da Habitação, que não pode sofrer desvios. Do que decorre a obrigação do BNH, no duplo sentido de contribuir, positivamente, para o desembaraço implemento do programa assistencial e de abster-se, correlatamente, da prática de todo e qualquer ato prejudicial àquele fim.

- 2.15. Sejam práticos. "Se a Constituição diz que a família terá direito à proteção dos Poderes Públicos, esta não é uma afirmação gratuita, platônica, despida de toda e qualquer aptidão para atuar por si mesma. Absolutamente! A despeito de sua extrema generalidade ou malgrados os desvíos normativos que a sua economia verbal ostensivamente revela, não se trata de um comando jurídico inteiramente inidôneo para incidir sobre fatos de manifesto interesse dos membros de uma sociedade familiar. Independentemente de lei que o diga, é possível imaginar a ocorrência de fatos empíricos capazes de deflagrar o mandamento protetivo da Constituição. Em princípio, tudo aquilo que contribuir para o fortalecimento da unidade doméstica pode, perfeitamente, operar como suposto fático da proteção constitucional. É o caso, por exemplo, da declaração de rendimentos em separado, sempre que tal proceder for mais benéfico para os cônjuges. Ou o direito de não ser extraditado, por parte de todo aquele casado com pessoa brasileira ou que tiver filho brasileiro, sabido que a extradição é ato político de extrema lesividade aos interesses familiares, pelo seu efeito tipicamente desagregador. Aliás, em ambos os casos a tutela constitucional não apenas prescinde de lei, mas ainda torna inválida enunciação legal em sentido contrário ao gozo dos respectivos direitos" (Trecho da monografia "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais", Ed. Saraiva, 1982, da autoria conjunta de Celso Ribeiro Bastos e um dos artífices da presente investigação).

- 2.16. Ora bem, tais reflexões põem à mostra o único caminho a ser validamente palmilhado pelos órgãos legislativos e pelas organizações administrativas do Estado, em matéria de habitação: o caminho que desemboca no atendimento dos justos reclamos populares por uma morada de sua exclusiva propriedade.

Em palavras outras, ao legislativo não é dado o poder de colocar-se a contrapasso da Constituição, criando normas desfavorecedoras do programa de democratização da casa própria. E, uma vez iniciada a proteção, toda a legislação subsequente só pode vir em sentido ampliativo, dado que a contramarcha implica efetivo DESAMPARO familiar.

A sua vez, os órgãos e entes administrativos também não podem optar por medidas de DESPROTEÇÃO familiar, **sejam quais forem as circunstâncias**. O que lhes cabe é absorver os ônus intercorrentes, e nunca repassá-los ao desencargo das próprias famílias.

- 2.17. Neste sítio, com mais razão se patenteia o comentado dever do BNH de não exceder-se no uso do seu poder econômico e também de não contribuir para o encurtamento das oportunidades de emprego útil. É que o descumprimento de tal dever provoca manifestos prejuízos à assistência e promoção familiares que a Lei Maior erigiu em direito social elementar e correlata obrigação estatal.

O que é bom para o BNH não o é, necessariamente, para a sociedade. Uma correção excessiva dos saldos devedores dos prestamistas; uma elevação arbitrária dos lucros da Empresa, quer pela retomada dos imóveis financiados, quer pelo reajuste gravoso das prestações; uma dilatação cada vez mais onerosa dos prazos de liquidação das dívidas, enfim, reforça o fluxo de caixa da Empresa mas estiola as economias de cada lar endividado.

- 2.18. Sob ótica jurídica, procedimentos que tais caracterizam uma disfunção estatal; isto é, o organismo governamental atende aos seus interesses personalíssimos de sobrevivência e progresso material, mas contraria sua própria destinação institucional (que reside na promoção e defesa dos interesses das famílias carenciadas).

É o que Renato Alessi chama de confrontação entre os interesses secundários da Instituição e os interesses primários da coletividade, assim reproduzida na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello:

"Os interesses a que se aludiu são interesses secundários e que a pessoa governamental tem apenas segundo os termos em que o teria qualquer outra pessoa. Não são interesses públicos. Não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral. Daí que, como bem observou Alessi, o interesse secundário só pode ser perseguido se e quando coincidente com o interesse público primário que é, em rigor, o único interesse público; portanto, o único que pode ser buscado por ato administrativo". (Em "Ato Administrativo e Direitos dos Administrados", Editora Revista dos Tribunais, 1981).

- 2.19. Observe-se que não há maior contrafação aos fins do programa habitacional que a resultante da acentuada dilatação do prazo de financiamento, para que, por ela, o mutuário possa suportar o peso dos reajustes nas respectivas prestações. É que, nessa hipótese, **o devedor passa de promitente-comprador a virtual inquilino, anquanto o agente financeiro se transmuda em senhorio de uma relação locetícia**.

O resultado dessa canhestra operação de refinanciamento é, mais que a frustração do programa assistencial para o qual o BNH foi criado, a própria desnaturação do instrumento contratual.

2.20. Em suma, o BNH é parte de relações jurídicas de conteúdo econômico e social. Nessa posição, torna-se destinatário das normas constitucionais que regulam esses dois essenciais setores da experiência humana. E, entre aquelas normas, figuram as limitativas do poder da Empresa para ditar as condições do financiamento destinado à oferta de residência própria aos núcleos familiares.

3. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO BNH, ENQUANTO EMPRESA PÚBLICA.

3.1. Inicialmente — já foi dito —, o BNH revestiu a forma jurídica de Autarquia. Era, então, uma pessoa jurídica pública, com as prerrogativas e sujeições especiais que a ordem jurídica consagra para tais personificações administrativas.

Posteriormente, no entanto, foi a Instituição transformada em empresa pública. Transformação, essa, operada pela Lei 5.672, de 14.12.71, com esta dicção:

"Art. 1º. O Banco Nacional da Habitação (BNH), autarquia federal criada pela Lei nº 4.380, de 12.08.64, vinculada ao Ministério do Interior, na conformidade do artigo 189, inciso III, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, fica enquadrado, nos termos e para os fins previstos no artigo 5º, § 2º, do referido Decreto-Lei, na categoria de empresa pública, dotado de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, mantida a denominação Banco Nacional da Habitação".

3.2. Essa mutação de natureza jurídica fez do BNH um agente econômico do Governo. Afinal, empresa pública é entidade vocacionada para a exploração de atividade econômica, segundo expressa definição do artigo 5º, do Decreto-Lei nº 200/67, com a redação introduzida pelo art. 1º do Decreto-Lei 900/69 (4).

Entretanto, não perdeu o programa da habitação o seu caráter social. Ao lado das atividades empresariais típicas — como os serviços de redesconto e de seguro; financiamento ou refinanciamento para a elaboração e execução de projetos de construção de edifícios e conjuntos residenciais; abertura de crédito para a aquisição

(4) Fala o artigo 5º do dec.-lei 200:

"Art. 5º — Para os fins desta lei, considera-se:

I — ...

II — empresa pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa; podendo revestir-se qualquer formas admitidas em direito".

ção da casa própria —, o BNH permaneceu como entidade de orientação, disciplina e controle do Sistema Financeiro de Habitação, respondendo diretamente pela execução de uma lei que se autodefine como de "sentido social" (art. 60 da Lei 4.380/64).

3.3. Nesta circunstância, o BNH assume uma posição comum às empresas governamentais: faz do econômico um meio e, do social, um fim. Nele, como nas demais organizações empresariais do Estado, o lucro é apenas um instrumento para melhor prestação de uma atividade. Ao contrário das entidades mercantis exclusivamente privadas, que fazem da prestação de suas atividades um instrumento para melhor obtenção do lucro.

So tem que as empresas do Governo, a despeito da sua inafastável preocupação com o social, operam por processos comuns aos agentes econômicos privados. Não lhes é franqueado o uso das regalias das pessoas de direito público em suas operações de comércio, pois a Constituição, fazendo das atividades econômicas um campo de ação preferencialmente reservado à iniciativa privada, não permite que o Estado-empresário receba tratamento mais facilitado que o conferido às empresas particulares.

3.4. Para enxotar qualquer dúvida a respeito da veracidade destas proposições, basta ler o artigo 170 da Constituição de 1969. Neste versículo, ao Estado-empresário é facultado movimentar-se no palco das ações produtivas, mas apenas em caráter suplementar da iniciativa privada. Ainda assim, em pé de igualdade jurídica com os agentes particulares.

Leiamos o texto.

"Art. 170. As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º. Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as Sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações" (sem os traços).

§ 3º. A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao regime tributário aplicável às empresas privadas".

3.5. Diante desse regramento constitucional, é límpida a compreensão de que o BNH tem que se nivelar com as demais pessoas mercantis, em seus atos tipicamente negociais. Suas relações profissionais não fogem à regra da autonomia da vontade — própria dos regimes de livre iniciativa — e ele já não pode unilateralmente constituir os particulares em obrigação.

Quanto a isto, aliás, nada tem a Instituição que reclamar, pois se ela desvestiu-se de sua primitiva personalidade autárquica, é porque identificou nos processos privados de ação um meio até mais idôneo para o alcance dos seus objetivos institucionais.

3.6. Esclarecido fica, portanto, que o BNH comparece às relações negociais travadas com terceiros, em situação de paridade jurídica. Logo, não pode impor obrigações às demais partes, que não resultem do consenso destas.

No caso do financiamento para aquisição da casa própria, o vínculo obrigacional se forma pelo princípio da autonomia da vontade e se desenvolve, ao longo do tempo, em obediência a esse mesmo princípio.

Prevalecem, na espécie, as normas legais formadoras do chamado "direito das obrigações", de que os contratos são campo especial de incidência.

3.7. Como todo contrato, o firmado entre o mutuário e qualquer agente do Sistema Financeiro da Habitação tem por fundamento a livre aquiescência e, por características centrais, a bilateralidade e a comutatividade; ou seja, além de fundado na vontade dos seus signatários, livremente manifestada, o contrato de financiamento da casa própria tem por atributos mínimos a existência de vantagens e encargos para os dois lados, assim como a equivalência de umas e outros. Não pode haver submissão de uma parte a outra; unilateralidade no gozo das vantagens ou na assunção dos encargos, nem, por igual, desnível na satisfação dos respectivos interesses, a ponto de o contrato funcionar como virtual instrumento de espoliação de um dos seus subscritores.

3.8. Formado o vínculo jurídico, as cláusulas contratuais hão de ser respeitadas. O contrato faz lei entre as partes, segundo a regra multissecular do "pacta sunt servanda" (as partes são servas do pacto).

Dai, cuidando-se de contrato a prazo, com conteúdo financeiro variável, toda a execução do instrumento segue parelha com as condições estabelecidas para a amortização do empréstimo; custo financeiro da operação; prazo de liquidação do mútuo; critério para a atualização do valor das prestações e do saldo devedor, além de outras também formalmente ajustadas.

O que é preciso observar são os termos do ajuste de vontades e exigir de ambos os contratantes um comportamento compatível com o que ficou pactuado.

3.9. Tenha-se em conta, porém, que a lei 4.380 faculta a recepção de algumas cláusulas e impõe a aceitação de outras.

Assim, por exemplo, é permitida a escolha do salário mínimo legal como padrão de referência para a época do reajuste das prestações do mutuário e o índice de correção do valor dessas prestações (art. 5º "caput").

Adotada que seja esse padrão de referência, repercute ele na execução do contrato, por dois modos:

1.º) quanto à data de vigência do reajustamento, que é fixada em 60 (sessenta) dias após a entrada em vigor de cada salário (§ 3.º do artigo 5.º).

2.º) quanto ao índice de variação do valor de cada prestação mensal, que "não poderá exceder, em relação ao salário mínimo em vigor, a percentagem nele estabelecida" (§ 5.º do art. 5.º).

3.10. A par de todas essas normas, a lei em foco aporta novos comandos de obrigatório respeito pelos contratos de financiamento, visando, sempre, à facilitação de meios para aquisição de casa própria e à preservação da capacidade de pagamento do mutuário. São as hipóteses dos §§ 4º e 6º do artigo 5º, assim verbalizadas:

"§ 4.º. Do contrato constará obrigatoriamente, na hipótese de adotada a cláusula de reajustamento, a relação original entre a prestação mensal de amortização e juros e o salário mínimo em vigor da data do contrato" (traços nossos)

§ 6.º. Para o efeito de determinar a data do reajustamento e a percentagem referida no parágrafo anterior, tomar-se-á por base o salário mínimo da região onde se achar situado o imóvel"

3.11. Outra disposição legal de voluntária recepção pelos contraentes é a substituição do salário mínimo pelo estipêndio do servidor público (inclusive o das autarquias), quando se tratar de financiado que ostente essa qualidade.

Então, com lastro no § 9º do mesmíssimo artigo 5º da lei 4.380, a remuneração do servidor é que servirá como padrão de referência, para os efeitos das normas estampadas nos §§ anteriores. Aqui, como alhures, tudo depende do modo como as partes combinam suas recíprocas obrigações, estabelecendo ou não o reajuste das prestações mensais com base em padrões antecipadamente eleitos.

3.12. Sejam didáticos. O contrato de empréstimo para obtenção da moradia própria não é de natureza administrativa. Não tem regime jurídico público, para que se possa falar em "disponibilidade" do seu conteúdo pelo contraente de índole governamental.

Cuida-se, em verdade, de um contrato privado, que se forma e se executa em consonância com a vontade de todos os seus signatários, cujos interesses estão em posição de horizontalidade. (5)

Essa vontade, no entanto, está sujeita a cânones legais. No caso, àquelas normas há pouco referidas voltadas para a facilitação do acesso do mutuário aos créditos do Sistema Financeiro da Habitação e para assegurar — senão fortalecer — o cumprimento da obrigação assumida.

3.13. Aplicando-se tais proposições à temática dos reajustes, a conclusão é uma só: seja qual for a opção do financiado pelo plano de empréstimo (o BNH tem mais de um), a revisão das prestações e do saldo devedor há de processar-se de acordo com as cláusulas do respectivo contrato e as normas legais contemporâneas da sua assinatura.

Essa irrestrita observância à vontade das partes e da própria lei é válida para todo e qualquer órgão ou sujeito administrativo, seja o Ministério do Interior, seja o próprio BNH. O que significa nova limitação à parte governamental, em matéria de reajuste dos valores aplicados no programa de assistência habitacional à população.

3.14. Trata-se de uma limitação — crescente-se — que impede as instituições administrativas de até mesmo aplicarem a lei da semestralidade salarial aos contratos que a ela não se referiram, expressamente, conforme a tessitura do raciocínio que embasa e conforma o capítulo vindouro.

Por enquanto, o que releva notar é a carência de poderes do BNH para subtrair-se às exigências do contrato assinado pelo mutuário, ou aos ditames das leis federais que tutelam esse mesmo prestamista.

4. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A LEI INSTITUIDORA DA SEMESTRALIDADE SALARIAL E OS CONTRATOS QUE SILENCIARAM QUANTO A SUA APLICAÇÃO.

4.1. Nos termos do Código Civil Brasileiro e dos princípios que a Constituição Federal adota, os contratos têm por fundamento a vontade espontânea das partes. Vontade que é revelada à vista dos indicadores de uma concreta realidade ou dada conjuntura existencial. Daí, exatamente porque exteriorizado à luz de fatores

(5) A falar de supremacia de interesses, só pode sê-lo em favor dos mutuários, à face do declarado sentido social da Lei 4.380.

conhecidos, ou razoavelmente presumidos, o querer contratual se prolonga no tempo e, em princípio, não se deixa modificar pela superveniência de novos fatores conjunturais. A não ser, é lógico, por voluntária recomposição das partes.

4.2. Esse respeito ao originário querer dos contratantes é uma exigência de segurança e estabilidade das relações jurídicas, que são valores humanos textualmente chancelados pelo Direito brasileiro. (6) Por isso é que se extrai do Código Civil a asserção de que "o contrato faz lei entre as partes" e, da própria Constituição, o categórico princípio de que, "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 153, § 3º).

4.3. Estas reflexões vêm a lume para justificar uma proposição que já foi, meteoricamente, antecipada: a de que a lei instituidora da semestralidade salarial não repercute sobre os contratos de financiamento anteriores à data do seu vigorem e nem sobre aqueles que, mesmo posteriores à época de sua edição, não ressalvaram sua efetiva incidência.

Vejamos as duas situações.

4.4. Realmente, antes da Lei 6.708, de 30.10.79, a expressão monetária dos salários só se modificava uma vez a cada ano. Era fato sabido e ressabido, que gerava hábitos e atitudes generalizados, com a força das coisas que se incorporam às tradições sociais.

Então, a partir desse arraigado costume, os contratos de empréstimo para aquisição de moradia própria dispunham que a revisão dos valores prestacionais entrava em vigor após o lapso de 60 (sessenta) dias da decretação dos futuros salários mínimos (ou das leis de elevação dos estipêndios do funcionalismo público, quando era o caso). Importa dizer que o consentimento do mutuário era dado para uma só revisão anual. Não mais que isto.

4.5. Com a sobrevinda do diploma legal em tela, o salário mínimo das diversas regiões do País passou a ser bianual. Semestralmente, alterava-se — como ainda agora se altera — a expressão monetária dos salários da classe trabalhadora, salvo a vinculada às pessoas políticas e autárquicas.

Quanto às prestações do BNH, no entanto, silenciou a Lei 6.708/79. Nela nada se contém sobre a repercussão da semestralidade na sistemática dos contratos em estudo, quer os anteriores, que os posteriores à data de sua eficácia.

Que fazer, então, diante dessa alteração no regime dos salários?

(6) A segurança jurídica é garantia individual que a "Lex Maxima" equipara aos supremos valores da liberdade, propriedade e da própria vida vegetativa, consoante enunciado no "caput" do art. 153.

4.6. A nosso juízo, duas situações não de ser consideradas. Aquela pertinente aos contratos celebrados em data anterior à nova lei e a que se refere aos instrumentos assinados "a posteriori".

Quanto à primeira hipótese, dúvidas não podem vicejar quanto à inaplicabilidade do novo regime de salário, à falta daquilo que é o próprio suporte moral e jurídico do contrato: a aquiescência da parte sobre a qual recairia o ônus da sobrepaga. Sobremais, a exigência do inesperado gravame atentaria contra a perfeição de um ato bilateral que se consumou segundo as leis vigorantes da época de sua efetuação. E isto, a seu turno, corresponderia a uma ofensa à própria legenda constitucional, que põe a salvo das arremetidas do poder público "a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito".

4.7. Quanto à segunda hipótese, atinente aos contratos celebrados após o vigeramento da lei da semestralidade, o problema da não-incidência pode suscitar algum questionamento. Contudo, atentando-se para o fato de que o referido diploma legal não se rotulou como auto-aplicável à situação escogitada, e tendo em vista aquela arraigada tradição dos negócios da espécie, cuja revisão de valores prestacionais era unianual, não temos dúvida em afastar a tese da aplicabilidade automática da Lei 6.708.

Somente pela expressa estatuição contratual é que a semestralidade salarial pode implicar uma idêntica semestralidade correccional das prestações devidas aos agentes do Sistema Financeiro da Habitação. E tanto isso é defensável, que o próprio BNH jamais ousou, na prática, aplicar a bianualidade aos contratos que não a acolhessem de forma explícita.

4.8. Não há confundir, entretanto, o regime de prazo correccional com o regime de atualização mesma das prestações mensais. Cuidando-se de contrato incluído no chamado "Plano de Equivalência Salarial" (que se baseia no comportamento do salário mínimo), a época da atualização monetária dos pagamentos mensais deve permanecer unianual. Mas os índices correccionais devem resultar da soma simples dos dois percentuais de variação do salário mínimo legal, verificados no curso do mesmo ano.

Explica-se. Embora a data dos reajustes prestacionais seja a primitivamente estabelecida no contrato ou decorrente do costume (60 dias depois de 1º de maio, época tradicional de elevação do salário mínimo), a alíquota corretiva do valor das prestações mensais deve ser a soma dos percentuais de majoração semestral.

4.9. Essa nova sistemática de atualização monetária, além de rigorosamente ajustada ao Direito positivo, afina com os propósitos tutelares da Lei 4.380.

Note-se que a bianualidade corretiva das prestações dos mutuários implica a repercussão do segundo percentual de aumento sobre os valores já atualizados pelo primeiro. Donde uma acumulação de gravames, cujo resultado numérico é maior que a simples soma ou justaposição mecânica dos dois percentuais (esta, sim, admissível).

4.10. D apelo aos números iluminará o pensamento. Se o mutuário paga Cr\$ 100.000,00 por mês e o BNH lhe aplicar, por exemplo, um índice correccional de 100%, de uma só vez, correspondente à soma dos dois percentuais de aumento semestral do salário mínimo, a nova elevação será de Cr\$ 100.000,00 (com o que a prestação anterior subirá para Cr\$ 200.000,00).

Agora, se o BNH impõe àquela prestação anterior de Cr\$ 100.000,00 duas sucessivas elevações de 50%, uma repercutindo sobre a outra, o acréscimo de valor será de Cr\$ 125.000,00 (com o que a nova prestação ascenderá a Cr\$ 225.000,00).

4.11. Desponta claro, assim, que a anualidade da correção monetária é favorável ao prestamista, mesmo levando-se a débito seu a adição das alíquotas semestrais de majoração do salário mínimo. Ao contrário da bianualidade, que, além de não pressamente consentida pelo mutuário, nem imposta pela lei de sua criação, s'ortalece a estrutura de capital do agente mutuante.

Das duas pretensões, a única respaldada no ato jurídico perfeito ou no direito costumeiro é a que favorece aquele que se põe como alvo principal de todo o programa habitacional: o tomador do empréstimo, membro de uma sociedade familiar a que a Lei das Leis conferiu o direito à proteção dos poderes públicos (art. 175, já transcrito).

De mais além, a Lei de Introdução ao Código Civil já prescreve que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum" (art. 5º).

5. O SENTIDO SOCIAL DA LEI 4.380 E SEUS EFEITOS ANTIINFLACIONÁRIOS. A TEORIA DA IMPREVISÃO E OS CONTRATOS DO BNH.

5.1. Toda esta dissecação jurídica é uma tentativa de por em realce aquilo que é o próprio "leit-motiv" da lei 4.380: **o seu profundo sentido social, explicitamente revelado no artigo 60.**

Cogita-se de um diploma legal que rende homenagem àquele dispositivo constitucional de proteção da família. E que só pode ser interpretado, corretamente, a partir dessa destinação protetiva ou assistencial.

5.2. É uma destinação impositiva, que tem a seu serviço algumas específicas disposições, embutidas no próprio esquema anátomo-fisiológico da lei em pauta.

Dessas disposições, algumas se voltam para a simples contenção da onerosidade dos contratos de financiamento, como, "ad exemplum", a fixação dos juros convencionais em um máximo de 10% ao ano (art. 6º alínea, e). Outras, procuram compatibilizar a capacidade de ganho do mutuário com a sua possibilidade de pagamento, como é o caso do reajustamento das prestações, a partir da época e dos índices de variação do salário mínimo legal ou da remuneração dos servidores públicos (art. 5º §§ 5º e 9º). Uma terceira categoria normativa, enfim, que busca manter a economia dos contratos, a sua particular equação econômico-financeira, acobertando o devedor contra os efeitos lesivos de uma inflação galopante. É o caso frisante do § 4º do artigo 5º, cuja voz de comando retransmitimos:

"Do contrato constará, obrigatoriamente, na hipótese de adotada a cláusula de reajustamento, a relação original entre a prestação mensal de amortização e juros e o salário mínimo em vigor da data do contrato".

5.3. Ora bem, esta última cláusula legal encerra uma providência antiinflacionária. O seu objetivo nuclear é a manutenção da economia interna dos contratos, malgrado a superafetação dos níveis inflacionários da economia do País.

Por tal dispositivo, o mutuário ganha nova proteção jurídica, consistente no seguinte:

a) o reajuste de sua prestação, nos termos dos §§ 5º e 9º do art. 5º, não pode exceder o percentual de majoração do salário mínimo legal, ou do seu próprio vencimento;

b) mas, a aplicação de tais índices não pode agravar a originária relação entre as prestações iniciais e o salário (ou vencimento) contemporâneo delas. O que pode determinar, em prol do mutuário, uma prestação corrigida em bases até inferiores ao percentual de variação dos salários.

5.4. Esta é, indubitavelmente, uma nova espécie de limitação ao poder do BNH e demais agentes do SFH, que não tem sido posta em relevo. Limitação que provém do direito positivo e que se aplica a todos os contratos vinculados à mecânica do salário mínimo e da remuneração do funcionalismo.

5.5. Não é tudo. À margem do direito legislado (mas não contra ele), doutrina e jurisprudência dos tribunais judiciais construíram a famosa TEORIA DA IMPREVISÃO, baseada na cláusula "rebus sic stantibus" (estando assim as coisas), cujos efeitos são suscetíveis de alcançar todos os contratos de empréstimo para a aquisição da casa própria, indistintamente.

Por essa construção, o dogma da intangibilidade dos contratos é excepcionalmente afastado, em face da superveniência de fatos que alteram profundamente a economia interna do ajuste, sem que fosse possível às partes a previsão de mudanças tão radicais. Dá-se uma alteração tão acentuada quanto imprevista nas condi-

ções objetivas que serviram de sustentação ao querer primitivo dos contratantes, a ponto de afetar sensivelmente o equilíbrio econômico-financeiro da avença e, por consequência, à ruína de uma das partes. Dai, por imperativo de justiça, impõe-se a revisão do próprio contrato, como única via de reequilíbrio dos interesses em jogo e de não-violência à verdadeira vontade das partes.

5.6. Postulando a revisão do contrato, a teoria da imprevisão impede a espoliação de uma das partes pela outra e rende vassalagem à norma substantiva civil que impõe ao intérprete e aplicador do Direito o dever de considerar mais a intenção das partes do que as expressões literais do respectivo instrumento de acordo (artigo 85 do Código Civil nacional). Além disso, toma em consideração o princípio constitucional da isonomia ou igualdade jurídica (art. 153, § 1º, pois não é justo fazer recair sobre apenas uma das partes contratuais todo o peso de uma conjuntura social adversa, a que ela não deu causa e cuja irrupção não podia ser razoavelmente pressentida.

5.7. Pois bem, trazendo essa peregrina teoria para os domínios do SFH, as consequências dela são também de cunho antiinflacionário, no sentido de impedir que os níveis de majoração dos pagamentos mensais dos mutuários corram de mãos dadas com a astronômica elevação do custo de vida.

Como é de notório saber, a inflação brasileira dos últimos doze meses já ultrapassou a incrível faixa dos 130% e é precisamente esse percentual paquidêmico que o BNH pretende aplicar aos contratos de financiamento em execução. Contratos que foram celebrados sob intensa propaganda governamental de combate à inflação e que não poderiam, por isso mesmo, supor que a economia da Nação sofresse um processo corrosivo que é o maior de toda a história da República. Sem falar que o SFH surgiu à sombra de uma ambiência governamental na qual se enfatizava a imperiosa redução dos índices inflacionários a patamares compatíveis com os vigentes nos países de economia estável e administração moderna.

5.8. Afinal, o consentimento dado para que os percentuais de variação salarial, ou os valores da chamada "tabela Price", servissem de critério para a atualização monetária das prestações o foi debaixo de perspectivas reducionistas da inflação, ou, no máximo, de expectativas de crescimento moderado... Sobretudo, a correção dos salários não tem acompanhado os índices de crescimento da inflação e a capacidade de pagamento do prestamista vem sofrendo um processo de estiolamento que toca às raízes da dramaticidade mais trágica que se possa conceber (7).

(7) O "Jornal do Brasil", em sua tiragem de 14.6.83, dá bem uma idéia de como os salários coxeiam atrás da inflação, com este esclarecedor comentário:

"Para estimular as exportações, a correção cambial tem sido a mais real possível, desprezando-se inclusive, a inflação americana para medir a desvalorização do cruzeiro frente ao dólar norte-americano.

Como não acompanhava a inflação, a correção monetária estava provocando uma perda tremenda nas cadernetas de poupança, com fuga de aplicação para o dólar no paralelo. Para evitar o problema, o Governo, em março, indexou a correção monetária à correção cambial e à inflação.

O mutuário do SFH, que tem seu salário corrigido pelo INPC ou por índices fixos (quando servidor público), acabou vítima do tão combatido modelo exportador".

Adensa tais argumentos a circunstância de que não é justo descarregar nas costas dos mutuários as consequências danosas de um comportamento que, em tese, é atribuível à sociedade como um todo. Para que haja equitatividade na assunção dos encargos sociais, é preciso repassar para os demais segmentos da sociedade uma parcela do ônus da inflação assim maximizada, pena de se agredir o tão decantado princípio constitucional da isonomia.

Tal repasse de onerosidade só pode ser absorvido pelo próprio poder público, por ser ele o representante legal da sociedade e aquele que, em nome dela, levou o País a conviver com a perplexidade dos três dígitos da inflação atual.

5.9. Quanto à absorção dessa responsabilidade pela União, não pode prosperar o argumento de que o alívio da carga do mutuário importa o prejuízo dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e das Cadernetas de Poupança. Ou, noutro falar, que o aumento da receita do BNH, proveniente das obrigações dos adquirentes da casa própria, é condição indispensável ao sucesso da política de administração do FGTS e de incentivo à formação de poupança popular (cujos serviços são também geridos pela Instituição).

É que, na base desse argumento está uma ilegal inversão de prioridades. O SFH não existe para servir à causa do FGTS ou das cadernetas de poupança. Como o seu próprio nome já explica, ele existe para o fomento do programa social da habitação. Encarna um complexo mecanismo financeiro cuja destinação é a oferta da casa própria às unidades domésticas, notadamente as menos bafejadas pela aragem da prosperidade material.

5.10. Na claríssima e até pedagógica linguagem da lei, o que é prioritário é o setor social da habitação. Tudo o mais é meio ou simples instrumento de viabilização desse programa eminentemente assistencial.

É só palmilhar os aplainados caminhos da Lei 4.380, para se encontrar expressões que espantam todos os fantasmas da hesitação interpretativa, de que são exemplos as seguintes estruturas de linguagem:

Art. 8º.

"O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado: (...)".

Art. 9º.

"Todas as aplicações do sistema terão por objeto, fundamentalmente, a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes (...)".

Art. 4º.

"Terá prioridade na aplicação dos recursos:

I — a construção de conjuntos habitacionais destinados à eliminação de favelas, mocambos e outras aglomerações em condições subumanas de habitação;

II — os projetos municipais ou estaduais que com as ofertas de terrenos já urbanizados e dotados dos necessários melhoramentos, permitirem o início imediato da construção de habitação;

III — os projetos de cooperativas e outras formas associativas de construção de casa própria;

IV — os projetos de iniciativa privada que contribuam para a solução de problemas habitacionais... (Vetado);

V — (Vetado)".

5.11. Por todas as evidências, assim como não é justo, nem jurídico, debitar aos 4 milhões de mutuários do SFH os desacertos econômico-financeiros dos 130 milhões de brasileiros, injusto e anti-jurídico é também jogar sobre os ombros dessa mesma clientela o dever de arrostar todos os sacrifícios pessoais, em prol das muitas dezenas de milhões de investidores das cadernetas e titulares de contas do FGTS (aqueles, detentores de folga orçamentária e, estes, sem a desembaraçada disponibilidade dos depósitos feitos em seu nome).

A primazia, insista-se, é do mutuário. Sua efetiva capacidade de adimplir as obrigações assumidas perante o SFH é que deve ser considerada, em primeiro plano. A partir daí, que se trace a política de formação de poupanças e de rentabilização dos depósitos do FGTS. Nunca o inverso, pois a tanto não pode chegar a incidência do Direito ou a incúria da Administração.

5.12. O que é preciso, pois, é respeitar o ordenamento jurídico pátrio e conferir aos interesses em jogo a primazia que resulta desse ordenamento. Não a que decorre do juízo subjetivo dos administradores.

Afinal, interesse público é aquele como tal definido pela Constituição e pelos diplomas legais. É algo externo à atividade administrativa do Estado, que a ela serve de inspiração e único objetivo a satisfazer, concretamente.

6. **A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DAS ORTN'S, COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA DESFAVORÁVEL AO MUTUÁRIO.**

6.1. Deixamos dito, repetidas vezes, que a Lei 4.380 surgiu com o protuberante objetivo de qualificar a necessidade de moradia particular como um interesse de caráter público. E as atividades direcionadas para o seu atendimento como um serviço também de natureza pública.

Tudo isto — nunca é demasiado insistir — em sintonia com a regra matriz do artigo 175 do Código Supremo, que impõe aos Poderes Públicos a obrigação de proteger a família.

6.2. Nesse rumo de idéias, a lei em apreço disciplinou as condições de acesso da família aos recursos financeiros do Sistema Habitacional, com base em uma equação negocial tão simples quanto adequada: o proponente faz uma declaração de rendimentos e entra em uma faixa de crédito compatível com a sua capacidade de pagamento. É revelar: as operações creditícias tomam em linha de consideração a renda doméstica do mutuário, de modo a respeitar, sempre, a respectiva capacidade de gasto ou dispêndio com o item da moradia. Daí a ereção do salário mínimo, ou do vencimento do servidor (conforme o caso), como fator de atualização monetária das prestações dos tomadores de financiamento.

6.3. Essa originária pureza do Sistema, entretanto, tem sido maculada por diplomas legais posteriores. É o caso do Dec.-lei 19, de 30.06.66, e da Lei 6.423, de 17.06.77, que colocaram as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN's) como fator corretivo das prestações dos mutuários do SFH.

Vejamos a letra fria dos documentos em tela.

Dec-lei 19/66

"Art. 1º. Em todas as operações do Sistema Financeiro da Habitação, deverá ser adotada cláusula de correção monetária, de acordo com os índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, para correção do valor das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN), e cuja aplicação obedecerá a instruções do BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO".

Lei 6.423/77

"Art. 1º. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação do negócio jurídico, de expressão monetária, de obrigação pecuniária, somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN).

§ 3º — Considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, na vigência desta lei, de correção monetária, com base em índice diverso da variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional".

6.4. Diante de tais regramentos, é natural que o intérprete vacile, titubeie e até se angustie em sua faina objetiva de resgatar a verdade jurídica. Mas, atento aos cânones constitucionais já comentados; à teleologia da lei criadora do próprio SFH e do BNH; à natureza, enfim, dos contratos de financiamento para casa própria, ele dissipa mais uma vez o nevoeiro da política normativa de inspiração executiva e chega à serena conclusão de que os novos documentos legais não de ser interpretados em harmonia com tudo o quanto se disse nas páginas anteriores. Ainda uma vez, **é preciso deter-se na análise das condições particulares de cada ajuste firmado com os agentes do SFH** e observar, de mais além, os próprios requisitos de validade que a ordem constitucional impõe à legislação ordinária.

6.5. Voltemos à preocupação com a didática. Se a Constituição confere às famílias o direito à proteção dos Poderes Públicos, o legislador comum só pode caminhar nessa direção tutelar. Fã-lo, de duas específicas maneiras: a) criando uma situação jurídica ativa, de gozo de um direito ou satisfação de uma necessidade individualmente experimentada; b) ampliando o teor de fruição daquele direito, ou a carga de satisfação daquela primitiva necessidade.

É certo que não se pode obrigar o legislador ordinário a dar imediata e plena concreção aos desígnios constitucionais protetivos do indivíduo ou da sociedade, quando a vontade da Lei Maior se expressa por conduto das chamadas normas programáticas (de que o artigo 175 é frisante exemplo). Todavia, dado o primeiro passo tutelar, não pode haver contramarcha. É defeso ao legislador ordinário desfazer a lei protetiva, ou torná-la menos benéfica para o particular frente ao Estado, **porque tal opção importa legislar em sentido contrário ao da constituição**. Implica, desenganadamente, uma medida de desproteção que ofende o núcleo do mandamento constitucional (que é de caráter protecionista ou assistencial).

6.6. Disto se infere que o critério das ORTN's, se de outros vícios não padecesse, somente poderia servir como fator substitutivo do estipêndio do mutuário, **se e enquanto mais benéfico para este**. Nunca o reverso, porque a legislatura comum não pode tirar com u'a mão o que a Constituição deu com a outra.

Mais: a Lei 4.380, na medida em que completante da vontade constitucional, fundiu o seu comando e o do artigo 175 da "Lex Maxima" em um único núcleo deôntico ou cerne mandamental. Daí, adquiriu a dignidade de **norma materialmente constitucional**, somente modificável por acréscimo de **normatividade assistencial**, e jamais por diminuição. É uma hipótese rara — mas possível — de regra ordinária de natureza **semi-rígida**, porquanto imodificável no sentido desprimoroso do particular frente ao Poder.

6.7. Esse caminhar a contrapasso da Constituição é flagrante, na escolha das ORTN's como elemento de atualização das prestações de financiamento com recursos do SFH.

Note-se que a ORTN é título de crédito. É valor mobiliário ou parcela de capital da União, oferecido aos investidores. Como tal, orienta-se por interesses especulativos, meramente financeiros, em sentido sabidamente ascensional. É revelar: para adornar os seus papéis de crédito, tornando-os atraentes no mercado de ações, o Governo é levado a remunerá-los em percentuais ascendentes, em bases até superiores às oferecidas pelos títulos privados.

A consequência imediata do largo trânsito das ORTN's é fermentar a inflação. É encarecer o custo dos dinheiros que o setor público arrecada do privado e daí para a subida de preços dos bens de consumo é um passo natural (quanto mais caro o dinheiro, mais acentuado o seu reflexo no custo dos bens e serviços ofertados à comunidade).

6.8. Nada disso tem a ver com o prestamista do SFH, a não ser para onerar a sua carga de obrigações.

Incrustar as ORTN's nos negócios imobiliários de que vimos tratando é **desnaturar** o próprio contrato de financiamento. Não entram elas naquela equação "possibilidade de ganho **versus** capacidade de pagamento" e, nessa condição, não passam de um verdadeiro corpo estranho nas relações jurídicas que atrelam os mutuários aos agentes mutuantes. E já não faz sentido a declaração de rendimentos do prestamista — exigida como ato preparatório do ajuste —, pela qual se define o montante do empréstimo e a parcela de comprometimento da renda doméstica, ao longo do tempo.

6.9. Substituir o salário mínimo ou o vencimento do servidor público pelas ORTN's é, assim, mais um insidioso processo de desnaturação do programa habitacional do governo federal. É, indubitavelmente, uma nova inversão de prioridade, pois a habitação é que passa a singelo meio de fortalecimento da estrutura de capital dos órgãos e entidades governamentais.

Arrecada-se mais dos prestamistas, aplicando-se-lhes índices de obrigação financeira para além do comportamento evolutivo dos seus próprios rendimentos (pois o certo é que o nível de variação dos salários e vencimentos tem sido inferior ao de crescimento das ORTN's). E adensa-se a capacidade arrecadadora do Governo, sob o conhecido pretexto de possibilitar maior coeficiente de remuneração aos investidores das cadernetas de poupança e aos titulares de depósito do FGTS.

6.10. Um outro aspecto em desfavor da plena eficácia das leis prestigiadoras do critério das ORTN's diz com os termos contratuais posteriores às suas edições.

Realmente, mesmo depois de editados os novos documentos legais, os contratos padronizados do Sistema, em sua maioria, continuaram a fazer expressa menção ao critério do rendimento doméstico, seja quanto aos índices de elevação, seja quanto à época do seu vigoramento.

Como fazer, então? Aplicar o referencial das ORTN's?

Cremos que não. A vontade livre e consciente do mutuário não foi essa. O que ele se comprometeu foi quanto aos índices e época de majoração de sua própria renda. E, para isso, é que lhe foi apresentado um instrumento negocial, com todas as cláusulas explicitamente enunciadas.

Afirmar o contrário é desconhecer o vício de vontade de uma das partes, e precisamente a mais inferiorizada em termos econômicos. É induzir o mutuário a erro e, depois, tirar partido da própria torpeza. Contra o que reage o ordenamento jurídico brasileiro, tanto o de selo constitucional quanto o de linhagem civil.

6.11. Em remate, as novas leis sob comento não devem impressionar o exegeta mais atento aos princípios e regras que desenham o perfil da ordem jurídica nacional. Se tais diplomas têm o condão de produzir alterações no sistema jurídico, são, por outro lado, influenciados por ele. Há uma fisiologia relacional, de recíproca interferência, a ponto de se poder afirmar que se o ordenamento já não é o mesmo, com a entrada em cena de uma regra jurídica, esta também já não é a mesma, com o seu encarte no ordenamento. Há um processo de mútua adaptação, que o intérprete deve conhecer e registrar, quando da revelação do conteúdo significante das normas jurídicas investigadas. Donde a conclusão de que o Dec.-lei 19/66 e a Lei Federal 6.423/77 só podem desencadear seus específicos efeitos, em tema de reajuste de prestação da casa própria, **se e enquanto** favoráveis à posição jurídica dos mutuários.

6.12. De toda a maneira, o que é absolutamente indiscutível é o fato de que permanecem em vigor dois fundamentais versículos da Lei 4.380, por nenhum modo afetados pelos diplomas legais posteriores: são os já comentados §§ 4º e 5º do art. 5º, consagradores das seguintes normas:

a) a relação originária entre a prestação mensal e o salário mínimo que se achava em vigor, à época do contrato, há de ser mantida por toda a execução deste;

b) seja qual for o critério de atualização monetária das prestações dos mutuários, o percentual corretivo "não poderá exceder, em relação ao salário mínimo em vigor, a percentagem nele estabelecida".

7. CONCLUSÕES

7.1.

Agora, e em louvor à didática aplicada a este alinhavado de idéias, resta-nos sintetizá-las em conclusões, a seguir enunciadas:

I — O Banco Nacional da Habitação, seja como instrumento de intervenção do Governo Federal no setor Habitacional, seja como empresa pública, assujeita-se a uma disciplina normativa ditada pela Constituição da República Federativa do Brasil, antes mesmo de **submeter-se às pautas de comportamento instituídas pela sua legislação orgânica**. Logo, o conhecimento e a exata apreensão do sentido e do alcance de uma tal disciplina normativo-constitucional não podem ser descuidados pelos operadores do Direito, não só em função da sua superioridade formal, mas, também, como exigência de ordem no trato da matéria que serve de título ao presente estudo;

II — Assente que o BNH assume postura marcadamente intervencionista na ordem econômica e social, a consequência lógica inafastável que daí se pode extrair, logo no primeiro instante, é a da sua escravização aos princípios e normas constitucionais que incidem sobre tal ordem;

III — Dentre esses princípios e normas, merece destaque, de imediato, o próprio fim da Ordem Econômica e Social, anunciado formal e solenemente pelo art. 160 da Lei Maior da República; qual seja, o desenvolvimento nacional e a justiça social;

IV — Esse alevantado fim deve ser alcançado pela observância dos princípios literalmente consagrados nos itens I a VI do art. 160, dentre os quais ao menos dois são inequivocamente aplicáveis ao BNH nas suas relações jurídicas com os seus clientes particulares. **São eles:** a repressão ao abuso do poder econômico e a expansão das oportunidades de emprego produtivo, cujo desrespeito ofende a superior vontade nacional, formalizada na Constituição;

V — De parilha com tais balizas, e tão importante quanto elas, o Banco Nacional da Habitação está constituído no dever de dobrar-se ao mandamento do art. 175 da Lei das Leis, segundo o qual "a família... terá direito à proteção dos Poderes Públicos". E tanto é assim, que a própria lei criadora do Sistema Financeiro da Habitação encerra o mais vivo compromisso tutelar do Estado para com as sociedades domésticas, conforme se depreende, exemplificativamente, das expressões vocabulares dos arts. 4º, itens I e V; 8º e 9º;

VI — Esse vivo e agora irretratável compromisso, assumido por via legislativa ordinária em homenagem ao imperativo de feição constitucional, se traduz no dever de o BNH, pelos meios ao seu dispor, dar satisfação a uma das mais elementares ne-

cessidades socialmente sentidas, que é a da aquisição da moradia própria pelos núcleos familiares que dela careçam. **Mais ainda:** daí decorre, para acima e além de qualquer dúvida seriamente experimentada, a obrigação do BNH de contribuir positivamente para o desenvolvimento desembaraçado do programa habitacional e, ainda, o de abster-se da prática de todo e qualquer ato prejudicial àquele fim;

VII — E, por ser assim, configura medida de desproteção familiar, e portanto injurídica, o agravamento excessivo do valor da prestação mensal devida pelo mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, de vez que funciona como elemento de compulsiva inadimplência com todas as suas perversas resultantes. Sobremais, procedimento de tal jaez caracteriza uma disfunção jurídica, de vez que o organismo governamental atende aos seus interesses personalíssimos de sobrevivência e prosperidade material, mas compromete a sua destinação institucional, que reside, unicamente, na promoção e defesa dos interesses e aspirações das famílias carenciadas, como deflui, às expressas, do art. 8º da Lei nº 4.380/64;

VIII — Enquanto empresa pública, o BNH, vocacionado para a exploração de atividade econômica, com reflexos na área social, opera segundo métodos e processos típicos do direito privado, inclusive, e principalmente, no que se refere aos seus contratos onerosos, ao lume do art. 170, § 2º, da Lei Maior (o mesmo sucedendo com a Caixa Econômica Federal e demais agentes financeiros do SFH). E, como todo contrato, **o firmado entre o mutuário e qualquer agente do Sistema Financeiro da Habitação** é alcançado pela incidência da regra multissecular do "pacta sunt servanda". Daí, cogitando-se de ajuste a prazo, com conteúdo financeiro crescente, toda a sua execução corre parilha com as condições estabelecidas para a amortização do empréstimo; custo financeiro da operação; prazo de liquidação do mútuo; critério para a atualização do valor das prestações e do saldo devedor, além de outras também formalmente ajustadas;

IX — Então, e como se não há de falar em disponibilidade do conteúdo do contrato pelo contratante de índole governamental, ou do que lhe faça às vezes, a revisão das prestações mensais e do saldo devedor há de processar-se **de acordo com as cláusulas do respectivo ajuste e as normas legais contemporâneas da sua assinatura**. Essa observância à vontade das partes e da própria lei desautoriza as instituições financeiras até mesmo **a aplicarem a lei da semestralidade salarial aos contratos que a ela se não referiram expressamente**;

X — **Sem embargo**, o princípio da liberdade de contratar e do "pacta sunt servanda" admitem a sua excepcionalização, diante de fatos supervenientes que alteram profundamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem que as partes os houvessem provocado ou lhes fosse possível prever mudanças de tão expressivo significado. Se assim não fora, o contrato deixaria de ser um instrumento ou técnica de composição de interesses recíprocos e passaria a estar a serviço da mais desmedida e cruel exploração de uma parte pela outra. Por isto, a aplicação da Teo-

ria da Imprevisão, com base na cláusula "rebus sic stantibus", homenageia a norma substantiva civil que impõe ao intérprete e aplicador do Direito o **dever de considerar mais a intenção das partes** do que o sentido literal das palavras e, sob outra ótica, rende vassalagem ao **princípio constitucional da isonomia ou igualdade jurídica**, pois é sumamente injusto que se faça recair sobre apenas uma das partes contratuais — o mutuário — todo o peso de uma conjuntura social anormalmente adversa, a que ele individualmente não deu causa e cuja irrupção não podia razoavelmente pressentir;

XI — Para que se mantenha a justa repartição dos encargos sociais, torna-se preciso repassar o excesso de onerosidade para o Poder Público, por ser este o representante legal da sociedade e aquele que, em nome dela, levou o País a conviver com a perplexidade da inflação atual;

XII — A tal propósito, não deve impressionar o argumento de que o alívio da carga mensal do mutuário compromete seriamente a rentabilidade dos depósitos em Cadernetas de Poupança e no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. E não deve, pela simples, mas poderosa, razão de que esse modo de raciocinar assenta em uma **inversão absolutamente ilegal de prioridades**. O BNH não existe para servir à causa do FGTS ou das Cadernetas, **a, sim, justo o contrário**. A peregrina preocupação de todo o Sistema é com o **mutuário e a sua real idoneidade financeira para adimplir o compromisso contraído**. A partir daí é que se deve traçar a política de captação de poupança e de rentabilização dos depósitos. Nunca o inverso, pois a tanto não pode chegar a inciência do Direito ou a incúria da Administração.

7.2. Ao lado destas conclusões, alinhamos ainda a que deflui do direito que assiste ao mutuário de ver as suas prestações isentas dos coeficientes de variação nominal das DRTN's, sempre que tais índices lhe forem desvantajosos, em confronto direto com os níveis de majoração do salário mínimo oficial ou dos vencimentos dos servidores públicos. É que a ereção do critério das DRTN's, sobre desnaturar os contratos imobiliários e inverter o esquema de prioridades do programa nacional da habitação, ainda ofende o artigo 175 da Lei Maior, quando gravosa da situação jurídica subjetiva do prestamista. E, ainda que assim não fosse, proibida seria a aplicação dos índices de variação nominal das ORTN's para além do teto de variação do salário mínimo legal, porque a instituição desse teto se fez por norma geral nunca revogada: o § 5º do art. 5º da Lei 4.380/64.

7.3. Com esta última asserção, fechamos o círculo das nossas cogitações sobre a matéria. Antes, porém, é necessário esclarecer que deixamos de inventariar qualquer gênero de literatura jurídica, à guisa de bibliografia, pelo fato de que estes apontamentos foram expendidos sem outro arrimo direto que não o ofertado pelo próprio Direito subjetivo, marcadamente o de linhagem constitucional.

Aracaju, 23 de junho de 1983.

LEGITIMIDADE DA TUTELA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA MUNICIPAL PARA PRESERVAR ÁREAS VERDES

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Administrativo na Faculdade
Porto-Alegrense de Ciências Administrativas
Mestre em Direito Administrativo

De maneira geral, as áreas verdes aparecem com nomes diferentes, ora as leis enunciando "florestas" (é o nome que consta na Constituição, no Código Florestal, e no Decreto nº 2.062, de 1978, do Estado do Rio de Janeiro; ou, ainda, "reservas florestais", como a Lei nº 5.997, de 1970, do Estado do Rio Grande do Sul), ora mencionando a proteção da "flora" (como as inúmeras leis orgânicas municipais outorgadas pelos Estados-membros), ora contemplando o *nomen juris* "áreas verdes" (como o fazem a Lei municipal nº 2.826, de 1976, de Salvador, na Bahia, e o Decreto estadual nº 23.796, de 1975, do Rio Grande do Sul); a Lei de Organização Municipal do Estado de Minas Gerais, Lei Complementar nº 3, de 1972, contempla os "espaços verdes", no artigo 198, inciso I, *nomen juris* adotado no Plano de Uso do Solo de Barcelona, de 3/12/1953, e nas "Ordenanzas Municipales de Uso del Suelo y Edificación de Madrid", de 1971), ora se referindo, de modo mais específico a "árvores" (é o que mencionam a Lei nº 2.826, de 1976, Salvador, na Bahia, e o Decreto nº 14.059, de 1976, do Município de São Paulo), a "espécies vegetais" (diz o Decreto nº 5.482, de 1976, do Município de Porto Alegre), a "vegetação de porte arbóreo" (que se lê no Decreto nº 9.367, de 1971, do Município de São Paulo), a "patrimônio vegetal" (como consta no Decreto nº 6.403, de 1978, do Município de Porto Alegre).

2. As áreas verdes exercem influência sobre o clima, sobre o solo (contribuem à formação do humus, protegem contra o vento, e contra a erosão pela ação das águas, e asseguram a regularização do regime das águas, através do sistema radicular das árvores), e participam da luta contra a poluição do ar. Esta provém de fumaças portadoras de poeiras, e de gases provenientes de combustão.

As áreas verdes têm uma ação de filtragem e de absorção da poeira; mas a sua principal unção é a assimilação da clorofila: as áreas verdes retêm gás carbônico, liberam oxigênio. Conseqüentemente, a presença de áreas verdes ao redor das cidades é algo extremamente útil. Cidades como Montevidéu e Buenos Aires dispõem de excelentes arborizações nas ruas, avenidas e praças, ao contrário da cidade de São Paulo, e de outras capitais brasileiras. Todavia, municípios do Brasil têm-se preocupado em proteger (e desenvolver) áreas verdes, inclusive legislando a respeito.

Áreas verdes mais extensas (constituindo parques nacionais, estaduais, municipais, ou mesmo, particulares) também preservam a fauna, elemento indispensável ao equilíbrio natural entre vegetais, animais e seres inferiores organizados (a Lei nº 2.440, de 1954, do Estado do Rio Grande do Sul, considera reservas florestais e transforma em Parques Estaduais as matas que, sendo do domínio do Estado, tenham área igual ou superior a 250 hectares; o Decreto nº 23.79B, de 1975, do Estado do Rio Grande do Sul, criou cinco Parques Estaduais, e três Reservas Biológicas).

Entretanto, as próprias áreas verdes estão sujeitas aos perigos da poluição, que tende a matá-las, suprimindo sua função essencial de regeneradoras do ar.

Por estas razões, dentre outras, é que o Poder Público tem-se preocupado em executar uma política de preservação de áreas verdes, através de normas regulamentadoras do uso do solo, criando reservas florestais, estimulando o plantio de árvores, e tornando-as imunes ao corte.

3. A Constituição do Brasil, na qualidade de Lei Maior, é que enumera, em matéria legislativa, a quais pessoas pertence legislar.

Assim, certas matérias são privativas da União (p. ex., legislar sobre florestas, conforme o artigo 8º, inciso XVII, letra h, in fine), outras são de competência legislativa concorrente, isto é, Estados-membros podem legislar supletivamente, "respeitada a lei federal", diz a Constituição no parágrafo único do artigo Bº já mencionado, adequando as **normas gerais** baixadas pelo legislador federal, à peculiaridade local.

Ainda exemplificativamente, o Decreto-lei Complementar nº 9, de 31/12/76, do Estado de São Paulo, reconhece competência concorrente com o Estado, para que os municípios regem a defesa da flora e da fauna (artigo 4º, inciso III, primeira parte); a Lei Complementar nº 1, de 17/12/75, do Estado do Rio de Janeiro, dispõe nos mesmos termos, ao outorgar aos municípios competência para "aplicar medidas de proteção à flora e à fauna" (artigo 36, inciso VI).

O Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15/9/65) é norma privativa da União, e nesta matéria as demais pessoas administrativas não têm competência, a qual, se invadida, teria o vício da inconstitucionalidade.

Mas, a própria Constituição assegura a autonomia estadual, conferindo aos Estados todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhe sejam vedados na Constituição (artigo 13, parágrafo 1º); mais adiante, a Carta Maior da República igualmente contempla a autonomia municipal (artigo 15, incisos I e II).

4. A idéia que se faz do município, já na fase imperial brasileira, e por herança histórica direta de Portugal, é que o município trataria de seus problemas

administrativos locais, através de um órgão, a Câmara, a quem compete o governo da cidade ou da vila (Cf. Lacerda de Almeida, Das Pessoas Jurídicas, Rio, 1905, p. 113, nota 1).

Hodiernamente, com a expressão "peculiar interesse" não se há de entender que o interesse seja privativo do município; o que se tem de compreender é que o interesse seja **predominantemente** local, mas não exclui o interesse concomitante da União, e do Estado-membro, ou de outro município (Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., p. 114 a 155; cf. Cretella Jr., Direito Municipal, p. 71, nota 41).

Aquilo que repercute diretamente na vida do município, é de seu interesse peculiar, no caso, preservar áreas verdes, embora isto não esteja alheio ao interesse do Estado-membro e da União, simultaneamente.

5. Uma dificuldade com que se defronta o intérprete é quanto à aplicação de lei nacional única, num país de dimensões continentais como o Brasil, onde as peculiaridades regionais são totalmente diferentes umas das outras.

Uma lei que disponha sobre o regime jurídico das áreas verdes nos Estados do Sul, poderá ser inadequada diante da realidade do Estado do Acre, ou de Sergipe, ou vice-versa.

Então, havendo uma lei sobre florestas de âmbito nacional, mas havendo, paralelamente, a viabilidade de leis administrativas locais (dos Municípios, ou dos Estados-membros), as quais enfrentariam diretamente os problemas locais, e poderiam reger com mais eficácia certa matéria administrativa peculiar àquela região, seu disciplinamento se tornaria mais exequível, mais prático e mais eficaz.

Certas matérias, como tombamento de bens do patrimônio histórico e artístico, sítios paisagísticos, proteção ambiental contra a poluição, preservação da flora e da fauna, disciplina jurídica de áreas verdes, e outras, provavelmente teriam um regime jurídico mais operacional, tendo em vista o interesse público, se passassem a ser disciplinadas por leis administrativas locais, fossem estaduais, fossem municipais, ainda que uma lei federal desse as normas gerais, deixando em branco para que os entes intraestatais as cumprissem, adaptando-as à realidade regional.

6. Legislar sobre florestas é da competência privativa da União; mas isto não exclui que Estados-membros e Municípios legislem administrativamente, criando parques florestais, estaduais e municipais, e reservas biológicas de preservação de espécies nativas, proibindo corte de árvores junto a mananciais hídricos, e estimulando seus munícipes a que plantem árvores, e penalizando com multas pecuniárias, e com interdições aos faltosos que infringjam essas leis administrativas.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO
Professor Titular de Direito Civil na Faculdade
Brasileira de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.
Doutor em Direito Privado

SUMÁRIO

1. Introdução
2. A cultura brasileira. Formação e Características.
3. Períodos históricos no direito brasileiro.
4. A fase da codificação.
5. A figura ímpar de Teixeira de Freitas.
6. O Código Civil Brasileiro. Características formais e materiais. Aspectos sociológicos.
7. A revolução industrial brasileira e seus reflexos no sistema de direito civil.
8. O direito de família.
9. O direito das obrigações.
10. O direito das coisas.
11. O direito das sucessões.
12. Conclusões.

01 — INTRODUÇÃO

Objeto do presente estudo é oferecer uma perspectiva global, porém sintética, do processo de evolução do direito civil brasileiro, tendo presente as causas e o sentido dessa evolução.

Seguiremos o método histórico-sociológico. Histórico, no que diz respeito à apreciação das diversas fases da história brasileira que possam marcar, de algum modo, esse processo, e sociológico, no sentido de identificar os fatores que o determinam ou condicionam.

O tema é por demais complexo para que seja tratado com base em pressupostos axiomáticos, de modo que nossas teses serão bem simples, com o único propósito de fornecer elementos para a compreensão do sistema de direito civil brasileiro.

Sendo o direito o mais institucionalizado sistema de controles sociais (1), é nos valores dominantes que encontramos a gênese de suas normas. Nas constelações

Conferência proferida na Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica de Lisboa, em 23.03.1982.

1) SANCHEZ DE LA TORRE, Angel. "Sociologia del derecho". Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1965, p. 235.

axiológicas vigentes em determinado período e em determinada sociedade, é que vamos perceber os fundamentos das opções legislativas que, em última instância, determinam a forma e a matéria de todos esses preceitos que compõem o direito civil de uma comunidade.

E quem fala em valores fala em cultura, aqui entendida como a totalidade dinâmica de idéias e objetos diretamente relacionados com o homem em determinada contingência histórica, a qual condiciona o modo de agir e de sentir da sociedade, a concepção do mundo, a "Weltanschauung".

Como dizia Pascal (2), três graus de elevação do pólo arruinam toda a jurisprudência, e o que é verdade de um lado dos Pirineus, é mentira do outro, isso para não chegar ao axioma marxista pelo qual não é a consciência humana que determina a existência mas esta que determina aquela. Leva-nos isso a contestar o mito racionalista de uma visão natural do mundo, uma "natürliche Weltanschauung", própria do romantismo, assim como o etnocentrismo das mentalidades colonialistas que elevam as suas próprias categorias mentais a leis eternas da natureza humana. Como dizia Max Scheler, o elenco das categorias de Kant é somente o elenco das categorias do pensamento europeu (3).

Certo é, assim, que os valores dominantes em uma cultura são também os determinantes da matéria que informa as normas jurídicas, por isso que, falar-se em direito civil brasileiro é falar-se em cultura brasileira.

02 — A CULTURA BRASILEIRA

Compreender tal cultura é situar o homem no tempo e no espaço luso-brasileiro. Em primeiro lugar, recordemos que o Brasil é produto da revolução comercial europeia. Ao contrário do que se apregoa "as grandes navegações e os descobrimentos marítimos nada têm de aventuroso: são obras de método e de razão esclarecida (4) que levaram o sucesso de uma política comercial marítima a marcar historicamente o povo lusitano no concerto mundial das nações".

Fatores geográficos, como a situação de Portugal a meio caminho entre Flandres e as cidades comerciais italianas; fatores físicos, como a existência de portos na costa portuguesa que abriram ao escambo internacional; fatores políticos, como a ocupação árabe do Mediterrâneo; fatores religiosos, como as cruzadas, no seu as-

2) PASCAL, Blaise. "Pensées", n.º 294.

3) SCHELER, Max. "Probleme einer Soziologie des Wissens". Traduzione italiana di Dario Antiseri. Roma, Edizione Abete, 1966, p. XXVII.

4) WERNECK SODRÉ, Nelson. "O que se deve ler para conhecer o Brasil". Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967, 3ª edição, p. 18.

pecto místico, tudo isso se conjugou com o gênio e a coragem portuguesa para a saga marítima, a epopéia lusitana dos descobrimentos, de que o Brasil é uma das mais belas conseqüências. E se mais mundos houvesse lá chegariam.

Disso resultou, para o Brasil, um processo de aculturação de várias etnias, a portuguesa, a africana e a indígena, nascendo a cultura brasileira, que se caracteriza pelo transplante cultural, pela multiplicidade e pela heteronomia. Multiplicidade no sentido de existirem no Brasil, se bem que em decrescente escala, aspectos correspondentes às várias etapas do desenvolvimento econômico-social, do comunismo primitivo ao capitalismo mais sofisticado. Heteronomia, que se traduz no espírito de imitação típico das sociedades coloniais, alienadas por modelos culturais diversos, inclusive de ordem legal e institucional. De qualquer modo, temos uma personalidade de base que traduz os valores culturais lusitanos que nos foram legados e que nos compete cultivar.

Na colonização brasileira conjugou-se o individualismo ibérico com a inegável capacidade de adaptação portuguesa a novas formas de vida. No aspecto econômico a abundância de terras férteis levou à grande propriedade rural como unidade de produção, implantando-se o latifúndio e a monocultura. Por outro lado, a ausência de preconceito de cor, aliado à falta de mulheres brancas, fez com que diminuísse a distância social entre colonizadores e colonizados.

De tudo isso, resultou uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio e de negro na composição (5). A família era patriarcal. Sua base, a agricultura latifundiária. No trabalho, a escravidão. Tínhamos, assim, uma estrutura social de base agrária, onde predominava o patriarcalismo. Era a supremacia da ordem privada no sistema de organização social, de base rural (6).

Temos assim que, no Brasil, os portugueses instauraram uma civilização rural. É no interior do país, nas fazendas, que a vida colonial se desenvolve, pelo menos nos primórdios. Por essa razão, eram os fazendeiros que monopolizavam o poder político. O grupo familiar seguia quase que o modelo romano na sua estrutura de poder. O patriarcalismo e o personalismo presidiam a vida colonial, até que a decadência da lavoura e o crescimento dos centros urbanos, a partir de 1808, com a chegada da corte ao Brasil e, depois, com a independência levaram os senhores rurais a perderem muitos dos privilégios.

A conclusão inevitável é que a família patriarcal condicionou o sistema de relações sociais e jurídicas no Brasil-colônia. O espírito do privatismo doméstico a presi-

5) FREIRE, Gilberto. "Casa Grande e Senzala". Rio de Janeiro, E. José Olímpio, 1961, p. 5.

6) DUARTE, Nestor. "A ordem privada e a organização política nacional". S. Paulo, Cia. Editora Nacional, 1939, p. 30.

dir as estruturas de poder, o que nos leva a constatar certa afetividade, certo sentimentalismo bem português na disciplina das relações jurídicas familiares, como também certo liberalismo que se exemplifica na repulsa à prisão em matéria civil (7).

Tão forte a influência do meio rural que o processo de urbanização, decorrente do desenvolvimento econômico, veio a criar tremendos desequilíbrios sociais, até hoje vigentes. Os velhos padrões da cultura colonial desintegram-se a partir de 1808, com a chegada de D. João VI e a abertura dos portos ao comércio exterior, vindo o predomínio agrário a terminar com a abolição da escravatura em 1888. Começa aí a grande revolução brasileira que atinge seu ápice nas últimas décadas. À medida que os centros de produção agrária entram em decadência, desponta um processo de irreversível, contínua e explosiva urbanização com todos os seus efeitos jurídico-sociais. Entramos na revolução brasileira.

03 — PERÍODOS HISTÓRICOS NO DIREITO BRASILEIRO

A história do direito brasileiro compreende três fases: do descobrimento à codificação; o processo de codificação em si, e a fase posterior ao Código, até agora, quando se projeta a reforma do Código Civil.

Na primeira fase ainda se poderiam distinguir outras duas, de 1500 a 1808, época do Brasil-Colônia, e de 1808 a 1889, época do Brasil-Império.

A fase do Brasil-colônia caracteriza-se sob o ponto de vista jurídico, pelo transplante das Ordenações Filipinas que já eram, no dizer de Coelho Rocha, "atrasadas, retrógradas", mantendo em vigor, na época moderna, regras do séc. XV, medievais. Levadas para o Brasil, consolidou-se o atraso.

Nos primeiros tempos de colônia, até 1531, o direito dominante era o dos costumes e usos, no mais das vezes, a força física.

O primeiro ato legislativo que nos diz respeito foi a bula do Papa João II, de 24.01.1506, confirmando os direitos de D. Manuel sobre as terras do Brasil, em consequência do Tratado de Tordesilhas, de 1494.

De 1532 a 1548 temos o período das capitanias hereditárias. A legislação brasileira formava-se de cartas régias, cartas de doação das capitanias, a primeira das quais lavrada em Évora, em 20 de janeiro de 1534 e, principalmente, pelos forais, ou cartas de foral que, completando a carta de doação, dela era o verdadeiro ordenamento jurídico. Enquanto as cartas de doação estabeleciam "apenas a legitimidade

7) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro". Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 1981, p. 446.

da posse e os direitos e privilégios dos donatários", as cartas de foral eram "um contrato enfiteútico em virtude do qual se constituíam perpétuos tributários da coroa e dos donatários capitães-mores os solarengos que recebessem terras de sesmarias" (8).

De 1549 a 1581 temos o período do Governo Geral, iniciado com a carta régia de 7 de janeiro de 1549, dando início ao sistema de poder central.

A partir de 1640 até 1750, (Pombal) e daí até 1808 (ano em que a corte portuguesa se desloca para o Brasil) vai surgindo incipiente legislação voltada para a atividade mercantil, letras de câmbio, câmbio marítimo, corretagem de câmbio, ao mesmo tempo em que as relações civis se vão tornando mais complexas, surgindo uma legislação sobre casamento, pátrio poder, tutela e curatela, sucessões e contratos.

A fase imperial, de 1808 a 1889, data da implantação da República, tem dois aspectos marcantes para a nossa história jurídica. Politicamente, o estabelecimento da sede da monarquia portuguesa no Brasil; sociologicamente, a plena configuração do povo brasileiro.

Em 16 de dezembro de 1815, carta régia elevou o Brasil à categoria de reino, o que provocou a centralização administrativa e conseqüente fértil atividade legislativa.

Em 1808 já D. João VI determinava a abertura dos portos brasileiros às nações amigas, fato esse de tal repercussão na vida econômica do jovem país que grande número de historiadores considera, de fato, 1808 como a data do surgimento do Brasil na comunidade mundial.

Embora ainda engatinhando o direito privado, decreto de 21 de maio de 1821 estabeleceu norma vigente até hoje em matéria de desapropriação, que é a indenização prévia ou, excepcionalmente, pagamento em prazo estabelecido.

Proclamada a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, lei de 20 de outubro de 1823 determinou que permanecessem em vigor as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções dos Reis de Portugal em vigor no Brasil até 25 de abril de 1821, data em que D. João VI regressou a Portugal.

Mantinhm-se no Brasil as Ordenações Filipinas, modificadas especialmente, pela Lei da Boa Razão, de 1769, e os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772. Era o código medieval de D. Afonso V, refundido por D. Manuel, e D. Filipe, e reformado pelo nacionalismo pombalino (9), que assegurava a presença da Idade Média, entre nós, em pleno séc. XIX, com o agravante de não termos tido no Brasil o sistema político-econômico do feudalismo, com suas contradições de classe.

8) MARTINS JUNIOR, Isidoro. "História do Direito Nacional". Brasília, D.I.N., 1979, p. 104.

9) LIMONGI FRANÇA, Rubens. "Manual de Direito Civil", S. Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1971, volume I, p. 99.

Vigentes as Ordenações no Brasil até o advento do Código em 1917, e sendo o Código Civil português de 1867, o do Visconde de Seabra, aliás carioca de nascimento, há entre Portugal e o Brasil, quanto a esses códigos, meio século de diferença, o que, se por um lado nos manteve defasados quanto às novas idéias européias, nos deu, no dizer de Braga da Cruz, ilustre professor da Universidade de Coimbra (10), o privilégio de mantermos as melhores tradições do direito lusitano, abandonados em Portugal pela influência do direito francês. Nesse período dois diplomas legais de fundamental importância, o Código Comercial de 25 de junho de 1850, e o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, verdadeiro código de processo civil. Ainda há alguns diplomas a realçar, como o Decreto nº 9.886, de 1888, instituindo o registro civil, o Decreto nº 169-A de 1890, referente à hipoteca, o Decreto nº 181, de 1890, regulamentando o casamento civil, a Lei nº 3.129, de 1892, referente à patente de invenções, a Lei nº 496, de 1898, sobre direitos autorais, a Lei nº 973, de 1903, instituindo o registro de títulos, e a Lei nº 2.681, de 1912, estabelecendo a responsabilidade civil das estradas de ferro (comboios).

04 — A FASE DA CODIFICAÇÃO

Consideramos como fase de codificação do direito civil brasileiro todo aquele período em que se desenvolve o processo de elaboração do Código Civil, compreendendo a participação de Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues e Clóvis Beviláqua, até à promulgação do código em 1º de janeiro de 1916, para vigorar, como lei, a partir de 1º de janeiro de 1917.

05 — A FIGURA ÍMPAR DE TEIXEIRA DE FREITAS

O art. 179 da Constituição Imperial de 1824 dispunha, no item XVIII: Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça da Equidade. O criminal foi instituído em 16 de dezembro de 1830.

Teixeira de Freitas, notável advogado e jurisconsulto, formado em Direito pela Faculdade de Olinda, fundador e um dos primeiros presidentes do Instituto dos Advogados Brasileiros, foi contratado pelo Governo Imperial a 15 de fevereiro de 1855 para consolidar a legislação civil, como primeiro passo para a elaboração de um código.

Terminou seu trabalho em 1857, fazendo proceder a Consolidação das Leis Civis de notável Introdução, síntese famosa da mais criativa teoria geral de direito da época. Pela excelência do trabalho, tornou-se a Consolidação conhecida como o "monumento mais alto do pensamento jurídico americano" (10), tendo sido elogiada por Raoul de la Grasserie que a traduziu, e por René David que a qualificou como a única obra original de todo o processo legislativo latino-americano (12).

10) BRAGA DA CRUZ, Guilherme. "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro". Revista da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, vol. L, 1955, p. 65.

11) MARTINEZ PAZ, Enrique, apud Haroldo Valladão. "História do Direito, especialmente do direito brasileiro", Rio de Janeiro, 1973, II, p. 50.

12) DAVID, René, apud Haroldo Valladão, op. cit., p. 51.

Além de gigante do direito pátrio, é Teixeira de Freitas gigante das Américas, formando com Joseph Story e Andrés Bello a tríade dos grandes juristas americanos.

A originalidade de Freitas está na distribuição da matéria da Consolidação, criando uma parte geral, pertinente aos elementos da relação jurídica, e outra especial, dedicada aos direitos subjetivos em si, classificados em direitos pessoais e direitos reais, divisão, para ele, básica de todo o direito civil.

Credenciado pelo sucesso da sua obra, Teixeira de Freitas é encarregado do Projeto de Código Civil em 1859, que modestamente intitula de "esboço", com 4.908 artigos, que não chegou a ser o código civil brasileiro mas que serviu de base às futuras codificações latino-americanas. Dividido em Parte Geral e Parte Especial, aquela dedicada aos elementos da relação jurídica, esta dividida em dois livros, os dos direitos pessoais e dos direitos reais.

Em 1866 modifica seu plano inicial, propondo não um código civil, mas dois códigos, um geral, sobre a publicação, aplicação e interpretação das leis, e um civil, unificando o direito civil e o comercial. Não aceita a inovação, Teixeira de Freitas teve seu contrato rescindido em 1872, e o Esboço, que não serviu ao Brasil, foi aproveitado por Dalmacio Valez Sarsfield, autor do código civil argentino.

A posteridade vê hoje, com assombro, a originalidade, a audácia, a previsão de Teixeira de Freitas. Cem anos depois, a idéia de um código geral realiza-se no Brasil com o projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de Haroldo Valladão (12). E na Europa, a tese de Freitas antecede nessa matéria a Constituição da Suíça. Quanto à unidade do direito privado, defendeu-a Cesare Vivante anos mais tarde com pretensões de originalidade, em memorável aula inaugural (13), que veio a consagrar-se no Código Civil italiano em 1942.

Quanto à divisão da matéria em Parte Geral e Parte Especial, René David reconheceu que Freitas antecedeu de quarenta anos o Código Civil alemão, ao qual se atribui geralmente o mérito da novidade.

Não aproveitado o Esboço, entrou ele para o rol das grandes produções jurídicas da humanidade, fruto da mente privilegiada de Teixeira de Freitas, no dizer de Rui Barbosa, "o maior dos jurisconsultos do seu tempo".

Depois de Freitas, José Thomaz Nabuco de Araújo, Joaquim Felício dos Santos e Antonio Coelho Rodrigues elaboraram projetos de código civil, nenhum deles obtendo aprovação. Em 25 de janeiro de 1899, o Ministro da Justiça, Dr. Epitácio

13) CHAVES, Antonio. "Lições de direito civil". S. Paulo, Editora da Universidade, 1972, Parte geral, II, p. 75.

Pessoa, convida Clóvis Beviláqua, professor catedrático da Universidade de Recife que, elaborando um projeto de Código Civil em 6 meses, calcado nos projetos anteriores, logrou transformá-lo em código a 29 de dezembro de 1916, dezesseis anos mais tarde, depois de longa batalha travada com seus críticos, ficando famosa a polémica com Rui Barbosa sobre questões de vernáculo, o que proporcionou ao código civil brasileiro uma redação ímpar e primorosa.

06 — O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, CARACTERÍSTICAS FORMAIS E MATERIAIS. ASPECTOS SOCIOLOGICOS

O Código Civil Brasileiro é um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionada pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. É a cristalização axiológica das idéias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores. Reflete as concepções filosóficas dos grupos dominantes, detentores do poder político e social da época, concepções essas por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômico-político-sociais.

É um código conciso. Tem apenas 1.807 artigos, número bem inferior ao do francês (2.281), ao do alemão (2.383), ao do italiano (2.969), ao do português (2.334).

Tecnicamente, é código dos mais perfeitos, quer na sua estrutura dogmática, quer na sua redação, esmerada, segura, precisa (14).

Tem formação eclética, com predomínio de concepções do direito francês e da técnica do código alemão. Precedido de uma lei de introdução, sobre a vigência e aplicação das leis, divide-se em duas partes, uma geral, com 179 artigos em três livros, referentes às pessoas, aos bens e aos fatos jurídicos, e uma parte especial com quatro livros, respectivamente, do direito de família, com 305 artigos, do direito das coisas, com 378 artigos, do direito das obrigações, com 708 artigos, e do direito das sucessões, com 234 artigos. Modificações posteriores dilataram o número de suas disposições legais.

Sob o ponto de vista ideológico, consagra os princípios das classes dominantes, não obstante algumas inovações progressistas, para a época, como o deferimento do pátrio poder à mãe, mesmo na filiação ilegítima. Privava, porém, desse poder a bínuba, que somente veio a adquiri-lo em 1962, com o estatuto da mulher casada (Lei 4.121, de 27.03.62). Representa, porém, uma transição entre o individualismo da época da revolução francesa, e o direito social, da constituição de Weimar.

14) PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 353.

É um código que consagrava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, e que se traduzia no absolutismo do poder marital e no do pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos da filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo, hipócrita nas suas manifestações e reacionária nas concepções. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade correspondente à estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico.

Reflete, pois, o ideal de justiça de uma classe dirigente, européia por origem e cultura, mal adequada às condições de vida do interior do país, em plano secundário, traduzindo mais as aspirações civilizadoras dessa elite, embora progressista, do que os sentimentos e necessidades da grande massa da população, em condições de completo atraso (15).

Creio que o contexto ideológico brasileiro da época do código civil reflete melhor o pensamento de Maquiavel, para quem é o poder que forma a sociedade, do que de Marx, para quem a sociedade é que produz seu poder. É que naqueles tempos não se configuravam no Brasil as relações de conflito que são a matéria da dialética marxista. Como bem afirma Caio Prado Júnior, em nosso país não tivemos feudalismo (16) e no caso, para usar a terminologia de Georges Ripert, as forças conservadoras predominaram sobre as forças criadoras.

A classe média urbana, que poderia ter sido, embora incipiente, o motor de um processo de desenvolvimento autônomo, colocava-se à mercê dos fazendeiros e dos comerciantes, racionalizando-lhe os interesses e criando um sistema legal apto a defendê-los.

O Código Civil Brasileiro é, assim, produto da sua época e das forças sociais dominantes no meio em que surgiu. Feito por homens da classe média, identificados com a ideologia dominante, traduz o sistema normativo de um regime capitalista colonial.

É em suma, um código conservador, embora com soluções de transação entre o passado colonial e as circunstâncias da época em que foi elaborado, mantendo institutos anacrônicos, como a enfiteuse e o fideicomisso.

Teve, porém, grande repercussão. No campo interno, deu margem a profunda e magnífica floração doutrinária (17). No campo externo, bastam os elogios de Arminjon, Nolde e Wolff que lhe ressaltam a técnica jurídica, a clareza e a precisão, e as de Alfredo Colmo, Matinez Paz, e Lafaille, na Argentina, Luiz Gasperi, do Uruguai, de Enneccerus, na Alemanha, que o qualifica de mais independente das codificações latino-americanas, e ainda as observações do Machado Vilela, em Portugal e de Scialoja, na Itália.

15) GOMES, Orlando. "Raízes históricas do código civil brasileiro". Salvador, Liv. Progresso Editora, s/d, p. 34.

16) PRADO JÚNIOR, Caio. "A revolução brasileira", S. Paulo, Editora Brasiliense, 1966, p. 51.

17) LIMONGI FRANÇA, op. cit., p. 112.

07 — A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DE DIREITO CIVIL

Se na elaboração do código civil brasileiro predominaram as forças conservadoras do direito, o período que se lhe seguiu despertou as forças criadoras e pode-se utilizar o direito como instrumento de mudança social ou, pelo menos, de sua consolidação.

A época pós-código civil vem sendo marcada por crescente aceleração no processo histórico brasileiro contemporâneo. Surge o desenvolvimento econômico e, com ele, intensas mudanças políticas e sociais que determinaram alterações e derogações no código civil, defasado que está perante as novas exigências de ordenamento social, tornando imperiosa a sua reforma.

Configura-se profunda transformação das estruturas econômicas, políticas e sociais, por efeito do desenvolvimento, que se traduz em um crescimento automático e autônomo do padrão de vida (18).

Qual a relação entre esse processo de desenvolvimento e o direito? Sabe-se que modificações econômicas repercutem na estrutura política, social e jurídica da sociedade. Por isso, facilmente se compreenderá a razão de ser de novos institutos que se incorporam ao direito civil brasileiro. Verificada a causa compreende-se o efeito.

Considere-se ainda que o desenvolvimento é processo de transformação global. Crescimentos setoriais não o configuram. Nos períodos do pau-brasil, da cana-de-açúcar, do ouro, ciclos tradicionalmente conhecidos como as etapas da vida econômica brasileira, não houve desenvolvimento, mas, sim, aumento da riqueza.

Qualquer que seja a concepção sobre o processo de desenvolvimento, seu fator decisivo é a industrialização, que, no Brasil, se processa principalmente a partir de 1930, com reflexos em todos os setores.

No campo econômico, surge notável desenvolvimento industrial, com seus efeitos imediatos, a criação de um mercado interno, a diversificação na pauta das exportações, e notável crescimento, (acompanhado de distribuição), da renda nacional. O país deixa de ser apenas agrário.

No plano social, a estrutura de classes torna-se complexa. Enquanto colônia e império, tínhamos basicamente duas classes, uma a dos proprietários rurais e da burguesia mercantil, unidos nos mesmos interesses, outra, um enorme subproleta-

18) BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "Desenvolvimento e crise no Brasil". Rio de Janeiro, Zahar, 1968, p. 15.

riado rural vivendo em condições de grande miséria pelo menos até inícios do sec. XIX. A classe média era incipiente e parasitária do emprego público, às ordens da oligarquia dominante. Com a revolução industrial ocorre explosivo crescimento populacional que vai configurar uma burguesia industrial e um proletariado urbano.

No campo político, o poder oligárquico entra em decadência, e as classes sociais vão participar do jogo do poder, na luta ideológica travada entre o industrialismo e o agriculturalismo, o nacionalismo e o entreguismo, o intervencionismo estatal e o liberalismo.

No campo cultural, conscientiza-se o povo, diminuindo-se a alienação do ambiente colonial brasileiro.

Temos então comprovada a existência de um processo de desenvolvimento econômico no Brasil, principalmente de 1930 a 1960 atestado pelos seguintes índices: entre 1940 a 1961 o produto bruto cresceu 232%, o produto interno bruto, per capita, cresceu 86% (21). Tal processo de desenvolvimento manifesta-se, fundamentalmente, em uma intensa industrialização, no mesmo período, na base de 683%; em um processo de substituição de importações, no surgimento de uma classe de empresários industriais, em uma alta produtividade dos investimentos realizados no Brasil, isto é, uma alta relação marginal produto-capital, uma crescente e constante inflação, um notável aumento dos salários, embora com perda do real poder de aquisição nos últimos tempos; uma distribuição desequilibrada de renda; um aumento na taxa de crescimento da população; e, finalmente, um explosivo crescimento da população urbana, como decorrência direta da industrialização, do desenvolvimento do sistema de transportes, e, talvez, da impossibilidade de sobrevivência no meio rural.

Como se reflete esse quadro no direito civil? Para responder a essa indagação basta acompanhar as sucessivas leis que se foram promulgando no Brasil, nos diversos setores do direito civil, para termos um quadro, se bem que superficial e perfunctório da evolução do direito civil brasileiro. Basicamente, o individualismo jurídico, que corresponde ao capitalismo na ordem econômica e ao liberalismo na ordem política, vai dar lugar aos interesses coletivos, com intervenção crescente do Estado. O direito passa a instrumento de justiça social.

Na parte geral do código, que reúne os princípios fundamentais e comuns aos institutos de direito civil estabelecendo as linhas mestras do sistema ou pelo menos a grande parte, mudanças significativas são de enunciar:

Quanto à capacidade de fato e legitimação, disposições constitucionais vieram limitar a amplitude da norma jurídica do art. 3º, do Código Civil segundo o qual "a

21) SIMONSEN, Mário Henrique. "Exposição de motivos nº 196, de 24 de junho de 1976", do Ministério da Fazenda.

lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis". Assim, ao estrangeiro é proibido o exercício de certas atividades, só podendo adquirir propriedades rurais na forma limitada que a lei prevê (Lei nº 5.709, de 7.10.1971), não podendo ser proprietário, armado e comandante de navio nacional utilizado na navegação de cabotagem para o transporte de navios (C.F. art. 173, e P. 1º), assim como também proprietário e administrador de empresas jornalísticas, televisão e rádiodifusão (C.F. art. 174).

Incluem-se no rol dos incapazes os psicopatas, toxicômanos e viciados em substâncias capazes de determinar a dependência física ou psíquica (Decreto nº 24.559, de 03.07.1934 e Decreto nº 891, de 25.11.1938), revogando-se o art. 5º do Código Civil, no seu inciso II, substituindo-se a expressão "loucos de todo o gênero" pelo termo "psicopatas", que podem ser absoluta ou relativamente incapazes. Quanto aos menores até 18 anos de idade em situação irregular, o Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979) veio ampliar e especificar-lhes a proteção legal. Sobre a emancipação, entendimento dominante em face da nova lei de registros públicos considera indispensável o consentimento de ambos os pais. Para fins de serviço militar, a incapacidade civil do menor cessa aos 17 anos (Lei 4.375, de 17.08.64).

No tocante às pessoas jurídicas, passam a incluir-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista que, juntamente com as autarquias, são as entidades da chamada Administração Federal Indireta (Dec.-Lei nº 200, de 25.02.1967). As duas primeiras com personalidade jurídica de direito privado.

Em matéria de sociedades mercantis, assinala-se profunda reformulação nas sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15.12.1976), cujo objetivo primordial é criar uma "estrutura jurídica adequada ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no país, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira".

Contribuição doutrinária de grande valor é a pertinente ao estudo e sistematização dos direitos de personalidade que, não incluídos no Código Civil, são objeto de proteção constitucional, além da proteção geral do Código Civil, no campo da responsabilidade (arts. nºs 1.537, 1.547, 1.548, 1.551) sendo manifesta a tendência jurisprudencial para admitir indenização por dano moral, desde que punitiva, não compensatória.

Ainda no campo dos direitos de personalidade, garante-se o direito de resposta (Lei nº 5.125, de 09.02.1967), além da ação civil e penal; reconhece-se o direito da pessoa dispor de uma ou de várias partes do corpo, para depois da morte (Lei nº 5.479, de 10.08.1968), protegem-se os direitos autorais (Lei nº 5.988, de 14.12.1973), o nome e o pseudônimo, (Lei nº 6.015, de 31.12.1973).

Ainda no campo da personalidade jurídica, tem feito carreira doutrinária e jurisprudencial a "disregard of legal entity", a desconsideração da pessoa jurídica, matéria pertinente ao abuso de direito e à teoria da aparência. Consiste na utilização da pessoa jurídica como meio de evitar a responsabilidade pessoal, ou mesmo, causar dano por meio de pessoa jurídica aparente.

Em matéria de fundações, ampliou-se a competência do Ministério Público para sua criação e fiscalização.

Na parte referente aos fatos jurídicos o Código Civil brasileiro preferiu usar a designação de ato jurídico para as declarações de vontade destinadas a fim específico, que a pandectística alemã e o direito italiano e o português, entre outros, preferiram denominar negócio jurídico, notando-se, porém, franca aceitação da doutrina moderna por essa expressão, tanto que inserida está nos projetos de reforma do código civil brasileiro. Como temas relevantes na teoria geral do negócio jurídico, as inovações a assinalar, não inseridas no corpo do código mas francamente aceitas pela doutrina e incluídas no plano de reforma, estão a representação, distinta do mandato, a lesão enorme, como fator de anulação do negócio jurídico, tornando-se ainda mais precisas as noções de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral.

08 — O DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família sofre importantes alterações que desfiguram o sistema inicial do código. Reconhece-se a sociedade de fato entre concubinos, protege-se a filiação ilegítima, admite-se o divórcio, enfrenta-se o problema da inseminação artificial, extingue-se o poder marital, emancipa-se a mulher casada, o pátrio-poder transforma-se em pátrio-dever.

A estrutura familiar da época do Código era a mais conservadora possível, mantendo as características da família patriarcal romana, em que o marido e pai tinham poder absoluto sobre os membros da comunidade familiar, de fato se não de direito.

A preferência pelo Direito de Família na ordem das matérias na parte especial decorre segundo Pontes de Miranda (22) da crença de que o máximo de organização ainda se acha no grupo familiar. Todavia, a revolução industrial brasileira, acompanhada da intensa urbanização e melhoria nas condições de emprego, refletiu-se na família brasileira de tal modo que inúmeras leis se sucederam para protegê-la dos efeitos que o desenvolvimento econômico espargia em todos os setores da sociedade brasileira, como também parece ocorrer em Portugal, como nos dão notícia as obras dos Profs. Drs. Antunes Varela, Pereira Coelho e Leite de Campos.

De modo geral, podemos assim caracterizar a família brasileira, contemporânea, produto, ou influenciada pelo processo do desenvolvimento econômico: 1) é

22) PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 165.

grupo social que tende a diminuir em suas dimensões, devido às condições de vida urbana (dificuldade econômica e educacional de prole) e a divulgação dos métodos anticoncepcionais; 2) é grupo social que perde estabilidade aumentando o número de separações judiciais; 3) é grupo cujas normas jurídicas respectivas, de natureza cogente, demonstram a interferência crescente do Estado, a que se atribui cada vez mais um maior número de funções de caráter protetivo, até então desempenhadas pela própria família, e finalmente; 4) apresenta crescente emancipação da mulher, que é solicitada a atuar fora do lar. Enfim, a família extensa e numerosa, reduz-se a simples núcleo; de parental passa a conjugal; de autoritária a democrática.

Relativamente ao Código Civil, as modificações mais importantes dizem respeito a uma proteção global e específica da família (Decreto-Lei nº 3.200, de 19.04.1941), ao reconhecimento da filiação ilegítima (Lei nº 883, de 21.10.1949), à guarda dos filhos menores no desquite litigioso (Decreto nº 9.701, de 03.09.1946), ao reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso (Lei nº 1.110, de 23.05.1950), à alteração da situação jurídica da mulher casada (Lei nº 4.121, de 27.08.1962), à proteção à concubina, ou companheira, quando provada a existência da sociedade de fato (Súmula nº 380 do S.T.F.), à reforma do instituto da adoção com introdução da legitimação adotiva (Lei nº 4.655, de 02.06.1955, por sua vez revogada pelo Código de Menores), ao exercício do direito a alimentos (Lei nº 4.728, de 25.07.1968 e, finalmente, a introdução do divórcio, com normas sobre outros institutos, com a Lei nº 6.515, de 26.12.1977).

Esta última lei tem tanta importância no sistema do direito de família e introduziu tantas modificações que é conveniente indicá-las de modo sintético:

01. mudou a terminologia tradicional referente à dissolução da sociedade conjugal, adotando as expressões "separação consensual" e "separação judicial" para substituir as expressões "desquite por mútuo consentimento", "desquite" e "desquite litigioso";
02. modificou o elenco das causas de dissolução da sociedade conjugal que hoje se extingue pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação de casamento, pela separação judicial (consensual ou litigioso) e pelo divórcio, sendo que a separação não extingue o vínculo;
03. inseriu norma jurídica elástica no art. 5º que dispõe sobre os fatos que levam à separação judicial, conduta desonrosa, ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum, permitindo ainda separação judicial nos casos de separação de fato há mais de 5 anos, com impossibilidade de reconstituição da sociedade ou ainda no caso de grave doença mental, manifestada após o casamento, e que torne impossível a vida em comum, depois de durar 5 anos e se reconhe-

cer como improvável sua cura. Temos assim: a) separação judicial por mútuo consentimento, ou separação consensual, para pessoas casadas há mais de dois anos; b) separação litigiosa para os casos de procedimento desonroso, de violação grave de dever matriominal que torne insuportável a vida em comum; de ruptura da vida conjugal por mais de 5 anos consecutivos com impossibilidade de sua reconstituição; de grave doença mental, manifestada após o casamento com duração de 5 anos, de cura improvável, e que torne insuportável a vida em comum (art. 5º);

04. estabeleceu o divórcio, extinção da sociedade conjugal com dissolução do vínculo, e cujos requisitos de admissibilidade são a existência de separação judicial há mais de três anos, ou excepcionalmente, separação de fato há mais de cinco, com termo inicial anterior à data da Emenda Constitucional nº 9, de 28.06.1977, que, reformando a Constituição, introduziu o divórcio no Brasil;
05. faz extinguir, com a separação judicial, os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e o regime de bens (art. 3º), permanecendo os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos (Código Civil, art. 231);
06. quanto ao nome do marido, que à mulher é facultado adotar com o casamento, se ela for vencida na ação de separação judicial, perde-o, e se vencedora, tem opção para conservá-lo;
07. quanto aos alimentos, o cônjuge responsável pela separação prestá-los-á ao outro, observados os requisitos normais da necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Para os filhos, a contribuição será de ambos, independentemente da culpa ou responsabilidade. E como garantia ao cumprimento da obrigação ou do dever alimentar, o Juiz pode determinar seja constituída garantia real ou fidejussória ou usufruto (art. 21);
08. dispõe que a anulação do casamento não altera os seus efeitos civis quanto aos filhos comuns, independentemente da boa-fé (art. 14, p. único);
09. estende as disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores, aos maiores inválidos (art. 16);
10. torna a obrigação alimentar transmissível aos herdeiros do obrigado (art. 23), e corrigível no seu valor, com base em índices oficiais (ORTN);

11. permite o reconhecimento do filho ilegítimo na vigência do casamento, por testamento cerrado, o qual terá os mesmos direitos sucessórios do legítimo (art. 51);
12. estabelece como regime legal do casamento o da comunhão parcial de bens (art. 50);
13. dispensa o filho ilegítimo, que tiver acionado o pai em segredo de justiça para obter alimentos, de propor ação de investigação de paternidade para ser reconhecido, dissolvida a sociedade conjugal;
14. libera o casamento, que se tenha seguido a uma comunhão de vida entre os nubentes, com início anterior a 28.06.77, e que perdure há mais de dez anos, ou da qual tenham resultado filhos, das restrições do art. 258, p. único do Código Civil que estabelece o regime legal da separação de seus bens para determinados casos.

09 — O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

No campo das obrigações, observa-se uma limitação crescente da autonomia privada, o aumento dos contratos em massa, dos contratos coativos, dos contratos tipos, do contrato de adesão, dos contratos necessários, a lesão como vício do consentimento, a correção monetária hoje consagrada em lei (Lei nº 6.889, de 08 de abril de 1981), a admissão de novas figuras contratuais, com a incorporação imobiliária, a alienação fiduciária em garantia, o compromisso de venda, o *leasing*, o *know-how*, o *franchising*, o *engineering*, o *factoring*, o seguro de crédito, os contratos bancários, nova disciplina do contrato de transporte e do seguro. No campo da teoria geral das obrigações, voltamos à unidade das obrigações civis e comerciais, já preconizada um século antes por Teixeira de Freitas, e na disciplina das fontes, nelas se incluem os contratos, a gestão de negócios, o pagamento indevido, o enriquecimento sem causa, o ato ilícito, o abuso de direito.

Inovações de grande monta têm-se verificado na locação de imóveis residenciais.

A expansão demográfica brasileira, na ordem de 2,48% ao ano, e o conseqüente êxodo rural para as cidades, vêm suscitando, desde o início do século graves problemas de moradia, o que tem levado o Estado a intervir no setor locativo por meio de leis emergenciais. Pretende o governo encontrar um denominador comum entre os interesses dos locatários, premidos por dificuldades financeiras que não lhes permitem a casa própria e os dos locadores, interessados na maior rentabilidade de seu capital, os imóveis.

A ação do Estado visa garantir um aluguel justo, de modo a incentivar a construção civil que, desenvolvendo-se, aumenta a oferta de imóveis fazendo diminuir o

preço da locação. As leis que congelam os aluguéis, a longo prazo aumentam o problema, pois ninguém investe no setor imobiliário se a rentabilidade for mínima. Exemplo disso é a Lei nº 1.300/50, em vigor de 1950 a 1964 que, congelando os aluguéis, afastou do mercado os investidores, aumentando o déficit de moradia. Por sua vez, as leis que liberam os aluguéis geram grave problema social, em face do crescimento dos preços devido à inflação.

A lei atual (Lei nº 6.649/79), mais uma vez procura conciliar o interesse dos locadores e dos locatários. Regula a locação predial urbana do seguinte modo: 1) unifica o tratamento jurídico de todas as locações, residenciais e não residenciais; 2) assegura a livre convenção do aluguel inicial, limitando os reajustamentos à variação do valor nominal das ORTNs; 3) estabelece, de modo preciso, os direitos e deveres dos locadores e dos locatários; 4) garante ao locatário o direito de preferência para a aquisição do imóvel alugado; 5) cria um sistema de garantia de cumprimento das obrigações locatícias; 6) regula a ação de despejo, eleita como única via judicial para o locador reaver o imóvel; 7) estabelece várias sanções, de natureza civil e penal, para coibir as fraudes e o descumprimento da lei; 8) assegura ao locador a retomada de imóvel não residencial, independentemente da alegação de motivo (denúncia vazia); 9) fixa, em número limitado, as hipóteses de retomada de imóvel residencial (denúncia cheia); 10) permite a atualização dos aluguéis antigos, adaptando-os às condições do mercado; 11) exige a vênua conjugal para ajuste de locação por prazo superior a 10 anos; 12) estabelece a sub-rogação do cônjuge nos direitos de locatário, no caso de dissolução da sociedade conjugal; 13) relaciona as despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio.

10 — O DIREITO DAS COISAS

No direito das coisas limita-se o exercício do direito de propriedade, que passa a ser encarado na perspectiva de sua função social. Conciliam-se os valores tradicionais da supremacia da propriedade privada e a tendência reformista de nosso tempo. Há que distinguir porém, a propriedade dos bens de produção e da dos bens de consumo, estes livres de qualquer restrição na sua titularidade ou desfrute, aqueles, com limitações crescentes nos respectivos direitos subjetivos e faculdades jurídicas. Aliás, essa matéria é de preocupação universal, como vêm demonstrando as sucessivas recomendações pontificias contidas nas encíclicas "Populorum progressio", "Mater et magistra", "Pacem in terris", e "Laborem exercens", que destacam a função social da propriedade, estabelecida como princípio constitucional em que se baseia o desenvolvimento da nação e a realização dos direitos fundamentais do homem na parte econômica. Entende-se como função social da propriedade a participação, de todos que nela trabalham, nos respectivos frutos, sem tirar-lhe a função subjetiva do poder jurídico individual também constitucionalmente assegurado. É a transformação desse direito em instrumento de interesse para toda a sociedade, quer na sua forma positiva de instrumento de domínio dos bens de produção, quer na sua forma negativa de limites exteriores à extensão dos poderes do proprietário, quer na sua forma positiva, que se transpõe para o plano do sistema jurídico normativo por meio da instituição denominada empresa.

As limitações que se baseiam no interesse público são inúmeras, ocupando uma faixa "griggia" entre o direito civil, o direito administrativo, o direito constitucional e até, por que não, o direito ecológico. Temos as leis que regulam o condomínio em edificações (Lei nº 4.591, de 16.12.64), o parcelamento e desmembramento do solo urbano (Lei nº 6.766, de 19.12.79) a desapropriação (Dec. nº 3.365, de 21.06.41), a intervenção do Estado no domínio econômico, a que permite a requisição de bens no interesse da defesa nacional (Dec.-Lei nº 4.812, de 08.10.42), inúmeras leis referentes a problemas de urbanismo, de cultura, de saúde pública e de higiene e, principalmente, o Estatuto da Terra. Temos inovações no "numerus clausus" dos direitos reais, com a admissão da propriedade fiduciária, a concessão de uso (Dec.-Lei nº 271, de 28.02.67) o usucapião de imóveis rurais (Lei nº 6.969, de 10.12.81), o direito do promitente comprador do imóvel e, em breve, a regulamentação do uso do solo urbano, cujo respectivo projeto de lei já está no Congresso Nacional para debate e aprovação.

Procura-se, assim, adaptar um sistema jurídico individualista às crescentes exigências de uma sociedade em vertiginosa transformação que torna crítica a tradicional estrutura jurídica do regime capitalista.

11 — DIREITO DAS SUCESSÕES

No campo do direito sucessório, as inovações de maior vulto são a redução da escala sucessória colateral ao quarto grau, quando originariamente o Código Civil dava direito até o sexto, a igualdade de direitos sucessórios dos filhos, independentemente da legitimidade e, no caso de filho ilegítimo, a igualdade de direito se concorrer com o cônjuge-mulher sobrevivente, no casamento com regime de separação de bens (Lei nº 883, de 21.10.49, art. 3º).

12 — CONCLUSÕES

Todas essas modificações, introduzidas no direito civil brasileiro por leis extravagantes ou alterações no próprio corpo do Código, estão, na quase totalidade incorporadas no Projeto de Código Civil já no Congresso Nacional. A necessidade de reforma do código é evidente. Em 1941 divulgou-se um Anteprojeto de Código das Obrigações, dos eminentes civilistas Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahne-mann Guimarães, que pretendia unificar o direito das obrigações. Não foi avante. Em 1963, cumprindo designação governamental, o Prof. Orlando Gomes apresentou um projeto de Código Civil, regulando o Direito de Família, os Direitos Reais e o Direito das Sucessões em 963 artigos, abolindo a Parte Geral. Ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira, juntamente com os Profs. Theóphilo de Azeredo Santos e Sílvio Marcondes, coube o Anteprojeto de Código das Obrigações, com 952 artigos, e ao Prof. Haroldo Valladão, a Lei Geral da Aplicação das Normas Jurídicas, para substituir a Lei de Introdução ao Código Civil. Em 1967 o Governo incumbiu da reforma nova comissão, formada pelos Profs. Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sílvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, sob a coordenação do primeiro, que apresentou novo projeto. Este visa mais a atualização do Código Civil do que uma reforma estrutural. Mantém a par-

te geral e a parte especial, unificando o direito privado, e disciplinando, ainda, os títulos de crédito e a atividade empresarial. Tem sido objeto de críticas e apresenta-se, em alguns aspectos, já superado.

De toda esta exposição se conclui que, no sistema de direito civil brasileiro as mudanças que a revolução industrial vem causando na estrutura econômica-político-social do país, têm, como não podia deixar de ser, profunda repercussão.

As mudanças legislativas em curso exigem, porém, do jurista, análise percu-riente e justa valoração dos fatos, antes de convertê-los em "fatispecies" legais, tendo sempre em mente os valores fundamentais da pessoa humana, consubstan-ciados filosoficamente no que poderíamos chamar de um personalismo ético, base tradicional do direito privado luso-brasileiro.

A atividade científica que desenvolvermos nesse sentido, não pode ignorar por-tanto, que, pelo menos no campo do direito privado, é patente: a) um gradativo in-terrelacionamento do direito constitucional com o civil, tanto no campo das relações patrimoniais quanto nos das relações familiares, com crescente intervenção do Esta-do nos tradicionais domínios da autonomia privada; b) uma conseqüente desagre-gação do direito civil em novos ramos do direito com a proliferação de leis extrava-gantes a uma conseqüente especialização didático-científica; c) uma inevitável pa-trimonialização do direito civil, com importância crescente dos valores econômicos em detrimento dos valores morais até então presentes na disciplina das relações jurídicas e familiares, e que leva à necessária inclusão dois princípios da boa fé e da honestidade no sistema normativo das obrigações; d) uma visível mudança à estru-tura e função dos mais importantes contratos, juntamente com a tipificação de no-vas figuras contratuais.

Nesse processo de **lege ferenda** torna-se imperioso, antepor:

1. à crescente ingerência estatal, a reafirmação da autonomia privada;
2. à excessiva patrimonialidade dos valores dominantes no meio social, a reafirmação dos fundamentos ideológicos dos direitos da personali-da-de;
3. à flagrante desatualização do direito privado, a gênese e a sistematiza-ção de novos institutos jurídicos, aptos a disciplinarem as necessida-des do mundo contemporâneo;
4. à crescente demanda da justiça, uma efetiva prestação jurisdicional do Estado.

Contribuir para essa atividade é objetivo do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, ao qual tenho a honra de pertencer, juntamente com juristas de Portugal e do Brasil, immanados no culto à Justiça, ao Direito, e aos valores funda-mentais que mantêm perene no mundo a cultura lusitana.

PARECERES

ABANDONO DE CARGO

NEY SÁ

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Comercial na UNISINOS

PARECER Nº 5.203

ABANDONO DE CARGO

Delito instantâneo, de efeitos permanentes.

Delito permanente.

Prescrição.

Posições doutrinárias. Jurisprudência.

Orientação do Conselho Superior da

Procuradoria-Geral do Estado.

Prescrição reconhecida.

Submete-se a esta Procuradoria-Geral do Estado consulta sobre eventual ocorrência de prescrição de penalidade decorrente de abandono de cargo.

Segundo se depreende do processo trazido a exame, a professora ARLETTE DE ALMEIDA REMOR, ao comunicar a reassunção do seu cargo de magistério no ano letivo de 1979, ao mesmo tempo em que solicitava revogação da licença para acompanhar o cônjuge, "*concedida em 30 de maio de 1962*", propiciou a que a Administração se desse conta da inexistência de qualquer ato autorizador do gozo da licença de que ela afirmava ter desfrutado.

Com efeito, após inúmeras buscas realizadas na Secretaria de Educação e Cultura, concluiu-se que a Portaria nº 14.894/31.12.62, que parece ter sido invocada como sendo o ato autorizador do afastamento em questão, tratava, apenas, "*da dispensa da professora e não de licença conforme proposta, em fl. 2, retro*" (fl. 12).

A questão, porém, no momento, reside em saber se, à luz do Parecer nº 3.675 dessa Procuradoria-Geral do Estado, da lavra do então Consultor Jurídico Dr. MÁRIO BERNARDO SESTA, teria ou não ocorrido a prescrição da pretensão punitiva do Estado por abandono de cargo eventualmente praticado pela professora ARLETTE DE ALMEIDA REMOR.

Invocando essa manifestação da Procuradoria-Geral do Estado, que assume o caráter de parecer normativo, diante da aprovação outorgada pelo Sr. Governador do Estado, inclinou-se a Assessoria Jurídica da Secretaria de Educação e Cultura pela ocorrência da prescrição.

A Administração, porém, manifesta dúvidas a respeito e pede que o processo venha a esta Casa para um melhor esclarecimento.

É o relatório.

O invocado Parecer desta Procuradoria-Geral é muito claro no posicionamento que adota como se pode verificar desta simples sentença que se passa a transcrever:

"O entendimento que adotamos... é o de que as penas expulsivas que não configurem crime ou contravenção prescrevem nos termos da lei civil (20 anos), enquanto as que também constituem crime ou contravenção prescrevem nos termos da lei penal".

Ora, o de que se trata no que respeita à eventual falta praticada pela professora Arlette é o abandono de cargo, figura delituosa de que se ocupa o artigo 323 do Código Penal.

O tema, porém, encara várias questões de suma complexidade e que, por isto mesmo, têm dado margem a controvérsias, em Direito Administrativo.

De fato, quando se trata do crime de abandono, a doutrina e a jurisprudência não são uniformes, porque alguns autores sustentam que o ilícito administrativo, abandono de cargo, só é punível quando, eventualmente, acarretar prejuízo para a administração. Não se verificando esse prejuízo, a prática do ato tem a sua investigação reduzida, apenas, no âmbito administrativo. Essa diferença — como salientam os autores — é de grande importância, dada a sua repercussão no campo da prescrição, que se regerá segundo a Lei Penal, se a conduta do funcionário puder ser configurada como crime.

Certos autores, como por exemplo, CAIO TÁCITO, preferem fixar a fronteira entre o abandono caracterizador da falta disciplinar e o abandono configurador da conduta definida como delituosa no dolo genérico, direto ou eventual, indispensável para a verificação do crime de abandono. (in Rev. Dir. Adm., vol. 1, fasc. 1, fl. 209).

Corrente contrária, entretanto, entende que no que se refere ao crime de abandono de cargo, o Código Penal não exaure a sua tipicidade, pois o prevê de maneira incompleta: abandonar cargo público fora dos casos permitidos em lei. A lei administrativa é que completa a definição, dizendo como se configura o crime.

Não se pode surpreender, assim, no abandono de cargo a possibilidade de dois comportamentos, um a configurar simples ilícito administrativo e outro, também, conduta delituosa prevista na lei penal (v. ac. proferido por maioria, na Apelação

Cível nº 26.254, da 3ª Câmara Cível do TJRS, in Revista de Jurisprudência 62/300, confirmado, também por maioria, nos Embargos Infringentes nº 26.254, do 2º Grupo de Câmaras, in Revista de Jurisprudência do TJRS, 68/133).

Ademais disso, sabido que os crimes, relativamente ao momento de sua consumação, podem ser classificados em instantâneos, permanentes e continuados, discute-se, no caso do abandono, se este configura crime instantâneo, permanente ou continuado.

A questão é de evidente interesse porque da sua solução depende a fixação do dia em que começa a correr o prazo prescricional.

O artigo 111, do Código Penal, estabelece, com efeito, que a prescrição começa a correr: a) do dia em que o crime se consumou; b) ... e c) nos crimes permanentes ou continuados, do dia em que cessou a permanência ou a continuação.

Tanto a doutrina como a jurisprudência têm vacilado, ora procurando ver no abandono crime instantâneo de efeitos permanentes, cuja consumação se verifica no 31º dia do afastamento, ora o vêem como delito permanente, ficando, assim, a fixação do "dies a quo", na dependência da solução que se adotar a esse propósito.

A jurisprudência administrativa, inclusive do nosso Estado, tem se pronunciado pela segunda solução, entendendo, inclusive, que a Administração não pode impedir o retorno do funcionário que abandonou o cargo, caso ainda não haja decisão proferida em decorrência de processo administrativo, exatamente por admitir que o prazo prescricional só começa a correr a partir do retorno do funcionário ao serviço, isto é, a partir do momento em que cessou a permanência.

Diante das vacilações da jurisprudência e da doutrina, como exposto, foi o tema colocado em discussão em reunião do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, ficando, assim, por maioria, decidido que:

1º — O abandono de cargo sempre se constitui em crime, entendido que o Código Penal, em seu artigo 323, não exaure a tipicidade do delito, ficando na dependência da lei administrativa, que completa a definição, dizendo como se configura o crime.

2º — Esse delito, relativamente ao momento de sua configuração, classifica-se como permanente, só cessando por ocasião do retorno do funcionário ao exercício do cargo ou função que abandonou.

3º — Como consequência, a prescrição dessa falta é regulada pela lei penal (Código Penal, artigo 111, c), não tendo assim, aplicação a norma do § 2º, do artigo 224 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Diante de todo o exposto, observada a posição assumida pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, é de se concluir que a falta cometida pela professora ARLETTE DE ALMEIDA REMOR, caso tenha ocorrido, já foi atingida pela prescrição cujo **dies a quo** ficou definido no momento do seu retorno ao exercício, o que ocorreu no início do ano de 1979, consumando-se a prescrição dois anos após, nos termos da lei penal.

É o parecer, s. m. j.

PDRTO ALEGRE, 14 de março de 1983.

Acolho o Parecer nº 5.203, da lavra do Conselheiro NEY SÁ, o qual foi aprovado pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, na sessão realizada no dia 03 de novembro de 1982.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Educação.

Em 14.03.1983.

MARID BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

APOSENTADORIA ANTECIPADA DE PROFESSOR CEDIDO

JORGE ARTHUR MORSCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Tributário na UNISINOS

PARECER Nº 5.282

MAGISTÉRIO. APDSENTADORIA ANTECIPADA. PRDFESSOR CEDIDO. CDNVÊNIO. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE MAGISTÉRIO.

D professor cedido à LBA, por força de convênio destinado à realização de trabalho integrado SEC-LBA no setor educacional, que efetivamente exerce funções de magistério no órgão cessionário, faz jus ao cômputo do tempo de serviço respectivo para a aposentadoria antecipada.

Indaga-se neste processo se é computável para os efeitos da aposentadoria antecipada do magistério, aos 25 ou aos 30 anos de efetivo exercício em funções de magistério, o período em que o professor estadual esteve cedido à Legião Brasileira de Assistência, pessoa jurídica de direito privado, a saber, fundação integrante do Sistema Nacional de Previdência Social, SINPAS.

2. A dúvida nasceu na Equipe de Aposentadoria da Unidade de Registro Funcional da Secretaria da Administração, que considerou incompatível com a exigência constitucional de "**exercício em funções de magistério**" o tempo de serviço em entidade privada de **assistência social**:

"Não nos parece relacionadas diretamente ao exercício de funções de magistério, e especialmente, no sistema estadual de ensino, as atividades da Legião Brasileira de Assistência. As atividades de assistência social não estão abrangidas dentro da função 'magistério', salvo melhor entendimento". (fl. 20).

É o relatório.

3. No Parecer nº 4.864, da Procuradoria-Geral do Estado, que estabeleceu a exegese da Emenda Constitucional nº 18/81, e que tomou caráter normativo em face da aprovação pelo Senhor Chefe do Poder Executivo Estadual, foi esclarecido que a Constituição não concede a aposentadoria antecipada ao professor que exerça atividade que não seja de magistério, exemplificando com a hipótese de

exercício de cargo de chefia fora do sistema estadual de ensino. Todavia, nesse mesmo parecer foi referido pronunciamento anterior da Procuradoria-Geral do Estado, contido no Parecer nº 4.814, que sustentou a tese de que o **professor cedido tem direito à contagem do tempo de cedência para aposentadoria antecipada, se durante o mesmo tiver efetivamente exercido funções de magistério.**

4. Na linha desse entendimento, incumbe portanto verificar-se, o que deve ser feito caso a caso, se no período de cedência o professor exerceu funções de magistério.

5. A requerente foi posta à disposição da Legião Brasileira de Assistência, na cidade de Santo Ângelo, sem prejuízo dos respectivos vencimentos, por ato do Senhor Secretário da Educação e Cultura, praticado de acordo com a cláusula III, letra "a", do Termo de Cooperação Técnica celebrado em 30 de dezembro de 1969 entre a Secretaria da Educação e Cultura e a Legião Brasileira de Assistência. Segundo se lê de sua cláusula primeira, objetivava o termo **"a realização de um trabalho integrado SEC-LBA no setor educacional, principalmente no campo da capacitação profissional, nas áreas de interesse de ambas as partes, no Estado do Rio Grande do Sul"**. Para tanto, a LBA se comprometia, entre outras coisas, a **"promover cursos de capacitação profissional para a formação de mão-de-obra semiqualiificada, dentro das especificações que forem estabelecidas pelo Ministério da Educação e Cultura e a SEC, de acordo com as finalidades estatutárias da LBA"**; a **"colaborar com a SEC nos programas de alimentação às crianças em idade escolar"**, bem como a **"colaborar com a SEC em todas as atividades de interesse comum, dentro das finalidades de ambas as partes"** (cláusula segunda, letras a, b e c). Por sua vez, a Secretaria de Educação e Cultura se comprometia a **"fornecer técnicos de seu quadro de pessoal para cooperarem nas atividades da LBA enquadradas nas áreas de educação em geral, como sejam supervisão de cursos de iniciação profissional, educação de base e alfabetização"** e a **"colaborar com a LBA em sua programação de desenvolvimento dos Clubes de Mães e campanhas educativas para as mães, crianças, adolescentes, participando para isto com seus professores especializados"** (cláusula terceira, letras a e b).

6. Antes de ser colocada à disposição da LBA, a requerente exercia suas funções na Escola Estadual de 1º Grau Onofre Pires, de Santo Ângelo, como regente de classe de Artes Aplicadas (fl. 25). À disposição da LBA, passou a dirigir o Clube de Mães da Vila Ditz, onde exerceu funções de orientação, coordenação e docência, de Artes para o Lar e como professora em cursos de crochê, tricô, costura, bonecas de pano, acolchoados de retalho, acolchoados de lã, enxovais para bebê, pintura e bordado (fl. 24). Portanto, as mesmas funções exercidas antes, acrescidas de outras.

7. Oportuno transcrever excerto da lúcida informação do Assessor Jurídico LUIZ ZANELLA, da Secretaria da Administração:

"A priori, é de se entender que a cedência teve por objetivo o exercício em funções correspondentes ao cargo da cedida, ou seja, em funções de magistério. Tal hipótese nos parece confirmada diante da cláusula I do Termo de Cooperação Técnica acima referido, onde reza que o objetivo 'é a realização de um trabalho integrado SEC-LBA, no setor educacional, principalmente no campo da capacitação profissional, nas áreas de interesse de ambas as partes, no Estado do Rio Grande do Sul'. Ora, trabalho no setor educacional no campo da capacitação profissional, em área de interesse da Secretaria da Educação, deve representar atividade em funções de magistério. Qualquer dúvida a respeito pode ser afastada pela cláusula III, letra 'a', do Termo de Cooperação Técnica, que serviu de suporte para a cedência da requerente:

'A SEC se compromete a:

'a — dentro de suas possibilidades, fornecer técnicos de seu quadro de pessoal, para cooperarem nas atividades da LBA enquadradas nas áreas de educação em geral, como sejam supervisão de cursos de iniciação profissional, educação de base, e quando for o caso, de alfabetização'.

Em suma, para cooperar nas atividades expressamente citadas na cláusula acima transcrita, a Secretaria da Educação só poderia fornecer professores.

Tendo a LBA confirmado que a professora cedido exerceu de fato as atividades acima referidas, devemos concluir que o período de cedência representa tempo de exercício em funções de magistério, e, portanto, computável para efeitos de aposentadoria antecipada instituída pela Emenda Constitucional nº 18". (fls.

8. Como se vê, posta à serviço de um projeto integrado SEC-LBA, no setor educacional exercendo efetivamente as suas funções de magistério, não pode a requerente ser excluída das benesses da aposentadoria antecipada.

9. EM CONCLUSÃO, o parecer é no sentido de que está comprovado o exercício de funções de magistério pela professora cedida, motivo pelo qual o tempo respectivo é computável para os efeitos de aposentadoria antecipada trazida pela Emenda Constitucional nº 18/81.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 15 de junho de 1983.

Of. Gab. 813/83
Porto Alegre, 16 de junho de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Indaga-se no presente processo se é computável para os efeitos da aposentadoria antecipada do magistério, aos 25 ou aos 30 anos de efetivo "exercício em funções do magistério", o período em que o professor estadual esteve cedido à Legião Brasileira de Assistência, pessoa jurídica de direito privado, a saber, fundação integrando Sistema Nacional de Previdência Social — SINPAS.

A dúvida surgiu na Unidade de Registro Funcional da Secretaria da Administração que, para definir a questão, frente a situações análogas, solicitou parecer normativo.

Cabe referir que o Parecer nº 4.864 desta Procuradoria-Geral, na exegese da Emenda Constitucional nº 18/81 estebeleceu, em caráter normativo, que a Constituição não concede a aposentadoria antecipada ao professor que exerça atividade que não seja de magistério.

De outra parte, em Parecer anterior de nº 4.814, sustentou a tese de que o professor cedido tem direito à contagem do tempo de cedência para a aposentadoria antecipada se durante o mesmo tiver efetivamente exercido funções de magistério.

Nessa linha de entendimento há de ser verificado, caso a caso, se o professor implementa o pressuposto de fato exigido no dispositivo constitucional.

Na presente hipótese o Conselho Superior desta Procuradoria-Geral aprovou, em sessão do dia 25 de maio do corrente ano, o Parecer nº 5.282 da lavra do Conselheiro JDRGE ARTHUR MORSCH que conclui estar comprovado o exercício de funções do magistério pela professora ELONY LOURDES VIECILI LENZ posta a serviço de um projeto integrado SEC-L8A nos termos de Convênio incluso nos autos, sendo, em consequência, computável o tempo respectivo para os efeitos da referida aposentadoria.

Endossando a conclusão desse Parecer submeto-o à consideração de Vossa Excelência, oportunidade em que reitero as expressões do meu apreço e especial consideração.

FRANCISCD SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADDO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE ESTABILIDADE

JORGE ALBERTO DIEHL PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.329

ESTABILIDADE — EFETIVAÇÃO.

Servidores celetistas têm direito ao cômputo no tempo de serviço, para fins de estabilidade no emprego e conseqüente efetivação em cargo público, dos períodos anteriores em que estiverem sujeitos ao regime estatutário (Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978 e Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981).

Os servidores ADÃO VAZ DDS SANTOS SOBRINHO, ELDYR SÉTIMO VIEIRA, LEDO GONÇALVES, MOGGAR DE OLIVEIRA MATOS e SÉRGIO WEILER TOCCHETD, todos contratados pelo regime da legislação trabalhista, requereram declaração de estabilidade no emprego, para fins da efetivação prevista pela Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, combinada com a Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981.

Os requerentes, anteriormente à contratação pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, mantiveram vínculo de natureza estatutária com o Estado e, somados os dois períodos, estatutário e trabalhista, contavam mais de dez anos de serviço público estadual na data da vigência da referida Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978.

Deve ressaltar-se, desde logo, que somente o servidor MOGGAR DE OLIVEIRA MATOS não comprovou já ter dez anos de serviço na data da mesma Lei, conforme será examinado mais adiante.

2. A Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, efetivou os servidores da Administração Direta e das Autarquias que, em decorrência de disposição constitucional, tivessem adquirido estabilidade no serviço público estadual.

Diz o art. 1º da referida Lei:

"Art. 1º — Os atuais servidores da Administração Direta e das Autarquias, estáveis em decorrência de disposição constitucional, serão

considerados efetivos desde que, sob pena de decadência do direito ora conferido, o requeiram no prazo de 180 (cento e oitenta) dias do início da vigência desta Lei."

Posteriormente, a Lei nº 7.511 de 15 de junho de 1981, que reabriu por quatro meses o prazo para entrega dos pedidos de efetivação, esclareceu que estáveis em decorrência de disposição constitucional eram, além dos beneficiados pela disposição do art. 177 da Constituição da República de 1967, também os servidores que haviam adquirido estabilidade em decorrência do disposto no art. 165, item XIII, da vigente Constituição da República, ou seja:

"Art. 2º — Estáveis em decorrência de disposição constitucional são também os servidores que adquiriram estabilidade em decorrência do disposto no artigo 165, item XIII, da vigente Constituição da República, e correspondentes normas dos textos constitucionais anteriores."

O dispositivo legal transcrito, em resumo, declarou que também poderiam requerer efetivação em cargo público os servidores, sujeitos ao regime da legislação do trabalho, que, por terem prestado serviço ao Estado por mais de dez anos, haviam adquirido a estabilidade prevista no art. 492, da Consolidação das Leis do Trabalho.

3. É pressuposto necessário para efetivação que o servidor, contratado mediante regime trabalhista, tenha adquirido estabilidade em decorrência do disposto no art. 165, item XIII da Constituição da República.

Este dispositivo constitucional está redigido nos seguintes termos:

"Art. 165 — A Constituição Federal assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:" (grifei)

..... **omissis**

"XIII — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;"

O art. 165 da Lei Maior contém preceitos programáticos que só podem ter eficácia na forma em que forem regulamentados pela lei ordinária. O próprio **caput** do artigo subordina a efetivação dos direitos previstos nos diversos incisos à promulgação de lei ou, na expressão autêntica, "*nos termos da lei*".

Tratando-se de norma programática, que depende de regulamentação pela lei ordinária, o dispositivo constitucional só pode ser aplicado nos estritos termos em que a matéria for regulada pela legislação comum.

A Constituição Federal, de outra parte, no art. 8º, item XVII, letra **b**, outorgou competência privativa à União para legislar sobre direito do trabalho. Em consequência, somente a lei federal pode estabelecer os casos em que empregados sujeitos a regime trabalhista adquirem estabilidade no emprego, pois, sendo privativa da União a competência legislativa sobre a matéria, não podem os Estados e Municípios editar normas supletivas ou complementares.

Conclui-se, portanto, que, para efeito de efetivação no serviço público estadual, a estabilidade dos contratados mediante regime trabalhista só pode ser adquirida em conformidade com o que dispõe a lei federal.

4. O art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho estabeleceu que o empregado, com mais de dez anos de serviço na mesma empresa, adquire estabilidade, só podendo ser despedido por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

A legislação trabalhista, porém, só disciplina o tempo de serviço prestado como empregado, valorizando apenas o período de atividade exercida mediante relação de emprego.

Assim, para efeito de indenização de antiguidade, por exemplo, a lei trabalhista considera tão-só o tempo de serviço prestado na condição de empregado e não aquele prestado como trabalhador autônomo ou como funcionário regularmente investido em cargo público. Igualmente para fins de estabilidade no emprego, de acordo com a mesma legislação federal, só pode ser computado o tempo de serviço prestado como empregado.

5. As dificuldades surgidas para decisão dos expedientes ora examinados tiveram origem na interpretação do art. 105 da Constituição do Estado, a teor do qual:

"Art. 105 — O tempo de serviço público estadual será computado para todos os efeitos legais."

Este dispositivo, inserido na Seção referente a Funcionários Públicos, aparentemente é dirigido apenas aos servidores sujeitos a regime estatutário porque os empregados do Estado estão sujeitos aos preceitos da legislação trabalhista, editados pela União.

O Estado, efetivamente, não pode legislar sobre direito do trabalho. Não pode, por isso, dispor sobre as relações entre empregados e empregadores no âmbito da atividade privada. Nada impede, contudo, que, na qualidade de empregador, conceda ao seu pessoal celetista outras vantagens não previstas pela legislação social.

Ao admitir servidores mediante regime trabalhista, a Administração está obrigada a assegurar ao empregado as vantagens mínimas previstas pela lei geral do trabalho, salvo se esta determinar expressamente a não aplicação. Mas, garantido o mínimo, o Estado pode, como qualquer empregador privado, conceder ao prestador do serviço condições mais favoráveis através de contrato ou, unilateralmente, mediante lei. Pode, portanto, o Poder Público Estadual, respeitados os limites de disponibilidade dos interesses públicos, outorgar a seus empregados benefícios não previstos na legislação federal do trabalho, desde que com esta sejam compatíveis.

6. O art. 105 da Constituição do Estado estabelece que o tempo de serviço público estadual será computado para todos os efeitos legais.

O dispositivo, embora conceda vantagem não prevista na lei trabalhista, uma vez que esta valoriza para fins de indenização e de estabilidade somente o tempo de serviço prestado mediante relação de emprego, é perfeitamente conciliável com os preceitos do direito social, porque não ofende o mínimo estabelecido pela legislação do trabalho.

E, de outra parte, embora inserido na Secção referente a Funcionários Públicos, o dispositivo não determinou que os destinatários seriam apenas os servidores sujeitos ao regime estatutário. Assim, na ausência de uma restrição expressa quanto aos empregados públicos, não pode o intérprete fazer uma discriminação que não foi prevista pelo legislador.

Entendo, por isso, que o servidor celetista pode exigir o cômputo do tempo de serviço prestado sob regime estatutário para qualquer efeito, inclusive para fins de estabilidade e de efetivação.

Em consequência, entendo também que os requerentes, hoje contratados pela legislação do trabalho, têm direito à inclusão no tempo de serviço de empregado os períodos anteriores em que mantiveram vínculo de natureza estatutária porque são beneficiados pelo preceito do art. 105 da Constituição do Estado.

7. Cabe acrescentar, porém, que alguns dos requerentes optaram pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, caso em que ficou excluída a estabilidade no emprego e, por isso, impossibilitada a efetivação em cargo público.

A Lei Federal nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, ao criar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, estabeleceu dois sistemas jurídicos antagônicos entre si, quais sejam, o da estabilidade e o do Fundo de Garantia. Se o empregado exerce o direito de opção, previsto na mesma Lei, automaticamente renuncia à estabilidade assegurada pelo artigo 492 da CLT.

Nos expedientes em exame não ficou bem esclarecido, por exemplo, se o servidor SÉRGIO WEILER TOCCHETO havia exercido o direito de opção pelo FGTS. Há

dúvidas também quanto à validade de opção feita pelo servidor MOGGAR DE OLIVEIRA DE MATOS pois, embora considerado optante pela Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, ele alega que não assinou termo de opção que, ademais, não foi localizado na sua repartição.

Deve, por isso, ser reexaminada a situação dos interessados perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e os que, efetivamente, exerceram o direito de opção não podem ser considerados estáveis e, em consequência, não têm direito à efetivação.

8. Cumpre destacar que o servidor MOGGAR DE OLIVEIRA MATOS, mesmo somando os períodos em que trabalhou sob regime estatutário e trabalhista, não comprovou contar dez anos de serviço público estadual na data da vigência da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978.

Este servidor, conforme se verifica do Processo nº 11594-14.00 SF, foi admitido no serviço público em 1º de agosto de 1968, em virtude de haver sido nomeado, em substituição, para o cargo de Auxiliar de Administração, durante o impedimento do respectivo titular. Passou ao regime trabalhista a contar de 30 de agosto de 1971.

Assim, em 13 de janeiro de 1978, data de início da vigência da Lei nº 7.133, ainda não era estável no serviço público estadual e, em consequência, não possuía o requisito necessário para ser efetivado em cargo público.

9. Resta salientar, por último, que, no caso de serem efetivados, os interessados só poderão tomar posse no cargo público mediante a apresentação do pedido de demissão regularmente homologado pelo Ministério do Trabalho ou pela Justiça do Trabalho, em observância ao disposto no § 2º do art. 7º da Lei nº 7.300, de 29 de novembro de 1979, a teor do qual:

"§ 2º — Tratando-se de servidor regido pelo Direito do Trabalho, que tenha optado pelo regime estatutário com fundamento na Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, a posse será condicionada à prévia rescisão do contrato de trabalho, observadas as formalidades previstas no artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho."

10. EM CONCLUSÃO, entendo que os servidores contratados pelo regime trabalhista têm direito a computar em seu tempo de serviço, para fins de estabilidade no emprego e consequente efetivação em cargo público estadual, os períodos em que mantiveram com o Estado vínculo de natureza estatutária.

A estabilidade e a efetivação, no entanto, só serão deferidas aos que não optaram validamente pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 19 de julho de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

ADÃO VAZ DOS SANTOS SOBRINHO, ELOYR SÉTIMO VIEIRA, LEDO GONÇALVES, MOGGAR DE OLIVEIRA MATOS e SÉRGIO WEILER TOCCHETO, servidores públicos, contratados, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, requereram declaração de estabilidade para efeitos de efetivação (Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, combinada com a Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981).

Verificou-se "in limine", contarem os requerentes tempo de serviço suficiente para que se lhes deferisse o pedido, nos termos da legislação vigente, se somado, ao tempo de serviço como celetistas, tempo de serviço anterior em que mantiveram com o Estado vínculo de natureza estatutária.

A dificuldade reside na interpretação do artigo 105 da Constituição Estadual, que autoriza o cômputo do tempo de serviço público estadual para todos os efeitos legais, que, por estar inserido na Seção referente aos Funcionários Públicos, aparentemente só é aplicável àqueles servidores submetidos ao regime institucional eis que o regime laboral é regulado pela legislação trabalhista, editada pela União.

Solicitou-se, então, pronunciamento desta Procuradoria-Geral para o fim de firmar orientação administrativa.

Manifestou-se esta Casa no Parecer nº 5.329 incluso, aprovado unanimemente pelo Conselho Superior, em 25 de maio de 1983, que, após detalhado exame da matéria, concluiu ser aplicável aos servidores contratados pelo regime da CLT a norma do artigo 105 da Constituição Estadual, sendo, pois, computáveis, para fins de estabilidade e conseqüente efetivação em cargo público estadual, os períodos em que estiveram submetidos ao regime estatutário, salientando, ademais, que tais direitos só poderão ser deferidos aos servidores que não optaram validamente pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

O exposto no erudito Parecer, mais a fundamentação legal invocada, levam-me a subscrever-lhe as conclusões que entendo merecerem a aprovação de Vossa Excelência.

Renovo-lhe, na oportunidade, a segurança de minha amizade e consideração.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
OD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

"CONGELAMENTO" DE FUNÇÃO GRATIFICADA

JORGE RAFAEL CÉZAR MOREIRA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.298

PROFESSORES INATIVOS ANTES DO ESTATUTO E CARREIRA DO MAGISTÉRIO PÚBLICO (Leis 6.672/74 e 6.740/74) e que por ele optaram (Lei nº 6.947/78).

Substituição de Regime Previdenciário.

"Congelamento" de Função Gratificada incorporada a seus proventos (artigos 167/67 da Lei nº 6.672/74 e 3º da Lei nº 6.740/74).

Orientação do Estado.

1. Por encaminhamento do Presidente da Comissão de Educação e Cultura da egrégia Assembléia Legislativa, chega ao Senhor Governador do Estado postulação das professoras aposentadas NAIR COELHO RUSSEL, CÉLIA MACHADO SCHULER e JESSIE SCHILLING GOMES, no sentido de que o Chefe do Poder Executivo tome a iniciativa de lei que venha a assegurar aos "professores inativos que solicitaram as vantagens da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, amparadas na Lei nº 6.947, de 22 de dezembro de 1975, e tiveram apostiladas suas aposentadorias, ... o direito às vantagens formalizadas antes do advento do Quadro de Carreira do Magistério Estadual".

2. Ocorre a sugestão do anterior requerimento das mesmas mestras, inconformes com o "congelamento" das Funções Gratificadas — FG-4 que se incorporaram a seus proventos de "Orientadoras do Ensino Primário", pedido que obteve resposta do Chefe da Casa Civil, em 30 de julho de 1982 (Of. CC/SAJL-194), através do encaminhamento de informação da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal, aprovada pelo Senhor Procurador-Geral do Estado, desfavorável à pretensão (Proc. CC-05712-08.00/82).

3. Aduzem as requerentes que "são todas professoras INATIVAS, cuja aposentadoria se deu voluntariamente, com PROVENTOS INTEGRAIS e com a FUNÇÃO GRATIFICADA 4 (FG-4) INCORPORADA DEFINITIVAMENTE AOS SEUS PROVENTOS DE APOSENTADORIA, conforme informam os atos que jun-

tam". Tais atos (nº 21.354), de 30 de novembro de 1977; nº 16.660, de 17 de agosto de 1979 e 5.899, de 22 de janeiro de 1980), firmados pelo Secretário de Estado da Administração, revisam os proventos das peticionárias "nos termos das Leis nºs 6.672 e 6.947, de 22 de abril de 1974 e 22 de setembro de 1975, respectivamente" e deles consta a incorporação da FG-4 de Orientadoras do Ensino Primário, além da gratificação adicional sobre esta e a resultante de triênio de serviço.

4. Em abono do provimento legal que solicitam, anexam alguns debates judiciais originados de ações impetradas contra o Estado, inclusive, por mestras em atividade que viram congeladas gratificações pelo exercício de "classe especial" (alunos excepcionais), com base no artigo 167 da Lei nº 6.672/74.

5. Por indicação do Coordenador da Unidade de Processamento Jurídico da Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil, o expediente foi encaminhado ao exame desta Procuradoria-Geral do Estado pelo Senhor Chefe da Casa Civil, enriquecido com considerações (fl. 33) e com projeto de lei preparado por Comissão designada pelo Senhor Governador do Estado, dispondo sobre Cargos em Comissão e Funções Gratificadas e que, em seu artigo 14, § 1º, disporia sobre postulações como a ora em exame (fls. 34 e 52).

É o relatório.

6. A matéria já foi objeto de várias manifestações desta Procuradoria-Geral do Estado, inclusive as produzidas em juízo na defesa de atos da Administração, determinativos de "cristalização" de gratificações de professores propiciadas por legislação anterior ao novo Estatuto do Magistério. Em tais manifestações ressalta a unidade de posicionamento da Procuradoria, que viu sua tese acolhida pelo Judiciário, em Acórdão unânime da egrégia 4ª Câmara Cível, em 28 de abril de 1982 — consoante dá conta copiosa matéria diligentemente fornecida pela Unidade de Informática desta Casa.

7. O advento da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974 — Instituidora do Estatuto e Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul e que disciplina o regime jurídico dos mestres do 1º e 2º graus de ensino, "regula o provimento e vacância dos seus cargos, estabelece seus direitos e vantagens, define os respectivos deveres e responsabilidades e cria e estrutura a respectiva carreira" (artigo 1º) — deu nova configuração sistêmica ao exercício das funções magistras públicas no Estado, revogando disposições específicas para a classe expressas em leis anteriores e considerado em extinção o Quadro Único do Magistério Público criado pela Lei nº 6.181, de 6 de janeiro de 1971; extinguiu todos os cargos vagos (artigo 155), estabeleceu classes e níveis no Quadro de Carreira (artigo 4º), "congelou" gratificações (artigo 167), etc., dispondo, enfim e amplamente sobre tudo o que diga com a profissão. E abriu prazo para os professores efetivos optarem pelo ingresso na carreira, distribuídos nas três primeiras classes da mesma, consoante o tempo de serviço prestado na função (artigo 156 e §§).

Trata-se de lei de respeitável coerência interna, que trouxe visão nova de profissionalização do magistério, inclusive desatrelando-o de variadas figurações estatutárias válidas para o funcionalismo público (Lei nº 1.751/52).

8. As mestras postulantes, ao se inativarem, viram incorporadas a seus proventos dentre outras vantagens — e por força dos artigos 182 e 271 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado — funções gratificadas (FG-4) que detinham como Orientadoras da Educação Primária, atividade especializada criada pelo artigo 60, VI, da Lei nº 4.914/64 e fixada no padrão 4 pelo artigo 32, VI, da Lei nº 4.937/65. Detinham essa situação constituída — porquanto o novo Estatuto do Magistério não estendeu o seu regime jurídico aos inativos — até que, a 22 de dezembro de 1975, a Lei nº 6.947 ofereceu aos professores já aposentados a possibilidade, mediante opção expressa de cada um, de acesso às vantagens do novo regime estatutário do professorado rio-grandense.

9. Tal regime, aliás, já recebera aditamento legal a 11 de outubro de 1974, através da Lei nº 6.740, a qual, dando cumprimento parcial ao artigo 148 e § 1º da Lei nº 6.672/74, criava 40.000 cargos de Professores, delegando ao Executivo (artigo 2º) a definição das diferentes categorias de Especialistas de Educação. Este mesmo diploma legal de 22 de dezembro de 1974, dispõe em seu artigo 3º:

"O Professor que desempenhe atividades especializadas nos termos da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, continuará, até a implantação da respectiva categoria de Especialista de Educação no Quadro de Carreira, no exercício dessas funções, a título precário, e percebendo, fixadas nos valores absolutos vigentes a 22 de abril de 1974, as gratificações correspondentes previstas na mesma lei."

Dirigido aos mestres em atividade, o referido artigo 3º explicita e complementa o já estabelecido pelo "caput" do artigo 167 do novo Estatuto, que diz:

"As vantagens de que trata o artigo 70 da presente lei, exceto a referida no seu item I, letra b (regime de 44 horas) continuarão a ser pagas de acordo com os valores até agora vigentes, enquanto outros não forem fixados."

10. Essa a situação legal estabelecida pelo novo regime estatutário do Magistério Público, quando do advento da Lei nº 6.947/75, que estabeleceu:

"Art. 1º — As vantagens da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, estender-se-ão aos professores aposentados do Estado do Rio Grande do Sul para fins de revisão dos respectivos proventos."

§ 1.º — Os professores aposentados que desejarem usufruir os benefícios desta Lei, deverão apresentar à Secretaria de Educação e Cultura os documentos comprobatórios de sua titulação à época de sua aposentadoria, conforme exigência da referida Lei.

§ 2.º — Os professores que tenham preenchido os requisitos citados no parágrafo anterior terão apostilada sua aposentadoria de acordo com o nível a que fariam jus se em atividade.

Art. 2.º — As vantagens desta Lei serão deferidas a partir de 1.º de julho de 1976."

11. As postulantes, em seu arrazoado, detêm-se em interpretações do artigo 3.º da Lei nº 6.740/74, a qual, dirigida aos mestres em atividade — pois que anterior à Lei nº 6.947/75, que ofereceu as condições da Lei nº 6.672/74 aos inativos — explicitava o "caput" do artigo 167 do novo Estatuto, estabelecendo a precariedade da titulação em funções gratificadas auferidas em decorrência de situações figuradas pelo Estatuto do Funcionário Público e de legislação anterior, estendida ao professorado do Quadro Único em extinção.

Alegando direito adquirido por esta legislação sob a qual haviam se inativado, inconformam-se contra a expressão do artigo 3.º citado, que fixou "nos valores absolutos vigentes a 22 de abril de 1974" (data da publicação da Lei nº 6.672) as gratificações — FG-4 — que incorporaram a seus proventos, reproduzindo vívidos debates travados no Poder Judiciário (fls. 10 a 32) sobre a extensão do provimento legal — debates, todavia, com respeito a mestres que detinham gratificações percentuais sobre o vencimento básico (Fiscais e Professores de Excepcionais, que não é o caso das requerentes, com FG-4) e que dividiram as opiniões quanto ao "congelamento" nesses percentuais ou no seu respectivo valor em moeda, não discutindo o poder do legislador em "cristalizá-los", para sobre as gratificações dispor de outra forma.

12. Na realidade, as professoras requerentes usaram livremente da faculdade de opção estendida aos inativos pela Lei nº 6.947/75. Aderiram ao novo estado de coisas estabelecido pela Lei nº 6.672/74 (e aditado pela Lei nº 6.740/74) e nela incluída a retribuição pecuniária figurada pelo Plano de Carreira, que substituiu várias vantagens comuns ao funcionalismo — e como expressivo exemplo aparece o artigo 152 da Lei nº 6.672, que retirava dos membros do Magistério ativos, enquadrados no novo Estatuto, as gratificações adicionais por tempo de serviço, de 15% e 25%. Manifestaram suas vontades individuais de sub-rogarem na nova configuração legal do Magistério Público — por certo mais favorecedora — as suas situações de inativação constituídas e definidas por legislação anterior ao Estatuto.

13. Em assim agindo — e essa a tese sustentada pela Procuradoria-Geral do Estado via administrativo e via judicial — com sua adesão ao novo Estatuto, substituíram uma sistemática previdenciária estadual por outros também estadual, favorecedora apenas aos membros do Magistério Público. Tratando de direito patrimonial seu, passível de renúncia, ao optarem por proventos calculados à base de uma nova configuração estatutária à qual tinham livre acesso a qualquer tempo (a Lei nº 6.947/75 não fixou prazo decadencial para as opções dos professores inativos), renunciavam a vantagens outorgadas por estatuto anterior, em troca de vantagens maiores oferecidas pelo novo, que nenhuma perda patrimonial lhes causaria ao contrário.

14. Em nenhum momento agiu o Estado "ex officio", impondo-lhes situação legal estranha ou contrária a direitos adquiridos em suas vidas funcionais. Recebeu seus atos de vontade, classificou-as em níveis e classes de acordo com a Lei nº 6.672/74 (artigo 156), revisou os seus proventos consoantes os valores estabelecidos para a carreira, conservando as gratificações relativas a seus triênios e as adicionais incidentes nas FG-4 de Orientadoras de Educação Primária que incorporaram a seus proventos, mas sim — e como mandava o novo Estatuto já à data de suas opções por ele — pagando-as com seus valores "congelados".

15. A orientação do Estado obteve também no plano judicial confirmação cabal na egrégia 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em Acórdão lavrado nos autos da Apelação Cível nº 40.902, quando, em votação unânime tomada a 28 de abril de 1982, deu provimento a recurso interposto pelo Estado. Firmando a inviabilidade da "coexistência de vantagens por planos diferentes, a partir da data da opção", acentuava o eminente Relator:

"Tem razão o Estado quando sustenta que usaram as autoras da faculdade de solicitar seu enquadramento no Plano de Carreira, para usufruir das vantagens do mesmo, já em vigor a disposição que congelava as gratificações pelo exercício das funções de Especialistas de Educação (Lei nº 6.470, artigo 3.º). Daí que, com a opção facultada aos inativos (Lei nº 6.947) renunciaram às vantagens próprias da legislação anterior, entre essas a pretendida que lhes seja assegurada, sob alegado direito adquirido." (cf. informação anexa ao Of. CC/SAJL-194).

16. PELO EXPOSTO, cabe concluir que, enquanto a sistemática legal em vigor permaneça inalterada quanto a sua extensão aos mestres inativados antes do advento da Lei nº 6.672/74 e que a ela aderiram, não há razões de direito que indiquem a necessidade de revisar a orientação traçada pela Administração Estadual no cálculo dos proventos de professores aposentados, que optaram pelas vantagens do Estatuto e Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de junho de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

As professoras NAIR COELHO RUSSEL, CÉLIA MACHADO SCHULER e JESSIE SCHILLING GOMES inativaram-se com proventos integrais e tiveram incorporadas, entre outras vantagens — e por força dos artigos 182 e 271 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado — a função gratificada (FG-4), que detinham como Orientadoras do Ensino Primário.

Amparadas pela Lei nº 6.947, de 22 de dezembro de 1975, solicitaram, por opção expressa, as vantagens da Lei 6.672, de 22 de abril de 1974, já em vigor disposição da Lei nº 6.740/74 que mantinha, em valor cristalizado, as vantagens decorrentes da condição de especialista de educação que agora pretendem lhes seja assegurada como direito adquirido.

Inconformes, as mestras postulantes requerem providência legislativa a fim de que lhes seja reconhecido o direito às vantagens formalizadas antes do advento do Quadro de Carreira do Magistério.

O Parecer nº 5.298, de lavra do conselheiro JORGE RAFAEL CÉZAR MOREIRA, aprovado por maioria pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, na sessão do dia 8 de junho do corrente ano, confirma a orientação já adotada pelo Estado e acolhida pelo Poder Judiciário de que, com a opção exercida pelos inativos (Lei 6.947/75) houve renúncia às vantagens próprias da legislação anterior.

Assim sendo, conclui o Parecer pela impossibilidade legal de revisar os proventos dos professores que se encontram na situação fática examinada, salvo provimento legal que venha alterar a sistemática vigente.

De outra parte, as gratificações a que se refere a Lei nº 6.740/74 em seu artigo 3º foram mantidas apenas até a implantação de cada categoria de especialistas no Quadro de Carreira, não sendo mais devidas desde então.

É oportuno, igualmente, ao passo, mencionar que encontrava-se pronto para ser submetido à Assembléia Legislativa, ao término da administração anterior, Projeto de Lei incluindo incidentalmente disposição tendente a assegurar aos professores na situação das requerentes, o reajuste dos valores das funções gratificadas em que se aposentaram, o qual não chegou a ser remetido àquela Casa.

Aprovando o pronunciamento, encaminho-o à superior consideração de Vossa Excelência, oportunidade em que renovo as manifestações do meu apreço e especial consideração.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

O PROJETO DE LEI DO DESENVOLVIMENTO URBANO

VERENA NYGAARD
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS
Especialista em Direito Administrativo

PARECER 5.386

Desenvolvimento Urbano — projeto de lei nº 775/83 — Considerações relativas à sua constitucionalidade.

O Senhor Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil solicita a manifestação desta Procuradoria-Geral acerca de documento contendo críticas ao Projeto de Lei Federal nº 775/83, que dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

Tal documento lhe fora encaminhado por particular.

É o relatório.

1. O documento, sobre o qual é solicitada nossa manifestação, contém objeções relativas a aspectos jurídicos e econômicos do Projeto de Lei 775/83; todavia, considerando de nossa alçada apenas os primeiros, a eles cingimos a apreciação que se segue.
2. A primeira objeção formulada dirige-se às normas do Projeto, que disciplinam o planejamento urbanístico. Afirma-se que tais regras violam a autonomia constitucionalmente assegurada ao Município porque submetem a normas e diretrizes da União (artigo 14, 2), e a normas complementares dos Estados (artigo 15, 2), serviços públicos de natureza local, como os de transporte e trânsito, saneamento, habitação, localização das atividades produtivas e, ainda, porque determinam a observância obrigatória, pelos planos municipais, das diretrizes federais e estaduais assim estabelecidas (artigo 18).

Posta nestes termos, a crítica envolve, diretamente, o próprio sistema constitucional de repartição de competências entre as três esferas de poder político no Estado brasileiro, razão pela qual nos permitimos tecer, a respeito, algumas breves considerações.

3. A partilha de competências na Constituição é presidida pelo princípio da predominância do interesse, de sorte a atribuírem-se, à União, as matérias em que predomina o interesse geral ou nacional e, aos Estados-membros, aquelas que oferecem interesse predominantemente regional, reconhecendo-se ao Município, conquanto não integre, a Federação, autonomia para dispor sobre as matérias em que prevalece o interesse local.

O mesmo princípio funciona ainda como critério para determinar-se o alcance das competências de cada entidade política quando a matéria, por sua natureza, se insere na esfera dos poderes concorrentes da União, dos Estados e dos Municípios. É o que ocorre com a matéria urbanística, assim como com a saúde, educação e todas as enumeradas no artigo 8º, XVII, da Constituição Federal sob as letras c, d, e, n, q, e v.

Antes, porém, de explicitar a afirmação que acabamos de fazer, convém precisar a noção de matéria urbanística e traçar os lineamentos teóricos básicos do quadro em que se insere a problemática de que ora cogitamos.

4. Disse um autor francês (LOU) que o urbanismo nasceu "de baixo para cima", isto é, do local para o nacional, exprimindo, desta forma, a evolução operada no conceito. De fato, partindo de um significado quase arquitetônico, por preocupar-se apenas com a sistematização e o desenho das cidades, com a disposição mais conveniente das edificações públicas e privadas visando a propiciar moradia cômoda, agradável e sã aos habitantes, o urbanismo hoje afastou-se completamente do sentido etimológico do termo: de ramo de conhecimento voltado para o "urbano", passou a designar a ciência que trata "do solo".

Isto porque "a consideração científica dos problemas urbanos obriga a reconhecer que a urbe não se apresenta como uma entidade com vida própria, independente e separada do território no qual se encontra, mas, pelo contrário, está inserida nele como num tecido coerente cuja estruturação e funcionamento resulta inseparável do da cidade moderna. O objeto do urbanismo se amplia deste modo até incluir não só a cidade, mas todo o território, tanto no setor urbano como no rural: o urbanismo se delinea, deste modo, não como ciência que se ocupa das aglomerações urbanas, mas como ciência dos estabelecimentos humanos, tanto dos densos como dos disseminados" (Testa, citado por F. Spantigati, MANUAL DE DERECHO URBANÍSTICO, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 28).

De acordo ainda com Spantigati, a disciplina urbanística se apóia em três pilares fundamentais, representados: o primeiro, pelos planos urbanísticos e pelos atos do Poder Público que regulam a sistematização e utilização do solo; o segundo, pela propriedade urbana, vale dizer, pelo direito dos particulares à utilização do solo que lhes pertence de acordo com as modalidades predeterminadas pelo Poder Público, e o terceiro pelos instrumentos de aplicação da regulamentação urbanística, isto é, o conjunto de controles e sanções que asseguram a correspondência entre a utilização dos bens e as prescrições do Poder Público (op. cit., pág. 71).

Esta referência nos pareceu pertinente à matéria que examinamos na medida em que o Projeto trata exatamente destes três pilares, o que, aliás, apenas vem a comprovar sua alta qualidade técnica. Assim, exemplificativamente, integram o primeiro, os preceitos dos artigos 1º, 2º, 4º, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 37, 38, 39; o segundo, os artigos 6º, 10, 11, 12, 21, a 36 e o terceiro, os artigos 3º, 5º, 7º, 8º, 9º.

5. A evolução do conceito do urbanismo corresponde ao reconhecimento de que boa parte das questões visualizadas como de interesse puramente local apresentam aspectos que ultrapassam este limite. É o que se passou com os serviços urbanos que, tradicionalmente concebidos como de peculiar interesse municipal, deixaram de integrar, com exclusividade, este conceito, seja por extravasarem o limite do território do município, seja por requererem, em razão da complexidade sempre crescente do fenômeno urbano, soluções globais. A criação das Regiões Metropolitanas é prova bastante do equívoco em que se incorre, ao afirmar-se, como se lê no documento ora em análise, que os serviços de transporte e trânsito, saneamento, habitação e localização das atividades produtivas "são indistintamente locais".

Não é, pois, correto, vislumbrar nas normas e diretrizes gerais e complementares a serem estabelecidas, respectivamente, pela União e pelos Estados relativamente àqueles serviços, qualquer desrespeito à autonomia municipal. Não só pela razão já apontada, mas também porque, como anunciávamos antes, consoante o princípio da predominância do interesse, a competência da União fica adstrita à edição de regras gerais, precisamente porque há de versar a matéria urbanística segundo um enfoque nacional, sem deter-se nos aspectos de relevância apenas local. Estes permanecem na alçada do Município — conforme, aliás, o reconhece expressamente o Projeto ao prescrever, no seu artigo 16, item 2:

"Artigo 16 — Na promoção do desenvolvimento urbano, o Município deverá:

2. legislar, observadas as normas gerais da União e do Estado, sobre:

A) uso e ocupação do solo urbano;

B) parcelamento e remembramento do solo urbano;

C) construção para fins urbanos;

D) transportes, trânsito e sistema viário;

E) saneamento básico;

A atividade da União fica limitada à edição de regras programáticas, cabendo ao Município a atuação propriamente executiva.

Aos Estados, por sua vez, resta um espaço intermediário, não muito amplo — é verdade, em que lhe cumpre dar conta das peculiaridades regionais.

Em síntese, como um ponto qualquer do território brasileiro é, simultaneamente, nacional, estadual e municipal, a ordenação do solo e a solução de um mesmo problema urbano poderá ser, ao mesmo tempo, de interesse do Município, do Estado e da União.

6. De outra parte, é a própria noção de planejamento que impõe a obtenção de soluções coerentes em todos os níveis de governo. A complexidade do fenômeno urbano — no sentido amplo antes apontado — o ritmo acelerado e a maneira desordenada com que se desenvolveu o processo de urbanização; o crescimento demográfico; o êxodo rural, a escassez de recursos, enfim estes problemas todos que tão bem conhecemos, não se compadecem mais de soluções locais ou setoriais, exigindo, isso sim, medidas a nível de um planejamento global e integrado.

Orientar e disciplinar a atividade de Poder Público na elaboração de planos urbanísticos e de desenvolvimento urbano constitui, precisamente, um dos objetivos principais do Projeto. O outro, como se mostrará adiante, é o de tornar efetivo e operante o princípio da função social da propriedade.

No que concerne ao planejamento, é preciso não perder de vista que há regras conferindo à União poderes expressos para planejar e promover o desenvolvimento nacional (CF, artigo 8º, VI); estabelecer o plano nacional de viação (CF, artigo 8º, XI); estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento (CF, artigo 8º, XIV). É evidente que o desenvolvimento urbano integra o desenvolvimento nacional; aliás, o III PND não deixa margem a dúvidas a este respeito.

Quanto aos Estados, levando em conta sua autonomia política e administrativa para se auto-organizarem (CF, artigo 13, caput), sua competência para adotarem e executarem planos econômicos, observadas as diretrizes federais (CF, artigo 10, V, c) e, ainda sua competência supletiva e seus poderes residuais (CF, artigos 8º, parágrafo único e 13, § 1º), é legítimo e coerente com o sistema constitucional de partilha de competências, reconhecer-lhes o poder de ordenar o uso do solo e dispor sobre o desenvolvimento urbano em seu território.

Conforme observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, se tal poder está limitado, de um lado, pela competência da União e, de outro, pela do Município, "parece, no entanto, irrecusável que a eles (Estados) cabe estabelecer a ordenação geral de seu território, pois não teria sentido atribuir-lhe um espaço territorial, que fica sob sua jurisdição, se, daí, implicitamente, também não decorresse competência para organizá-lo na forma mais conveniente ao convívio social de sua população" (Direito Urbanístico Brasileiro, RT, 1981, pág. 160).

Das considerações até aqui expendidas pode-se concluir que a determinação do Projeto de Lei nº 775/83, no sentido de que os planos municipais deverão atender às normas e diretrizes gerais a serem estabelecidas pela União e às diretrizes a serem editadas pelo Estado relativamente a transporte e trânsito, saneamento, habitação, localização das atividades produtivas, não padece do vício de inconstitucionalidade que se lhe pretende imputar.

Na verdade, o que ele faz — já sem tempo, diga-se de passagem — é instituir um **sistema de planejamento urbanístico** que propicia a atuação conjunta das três esferas de governo visando a alcançar um desenvolvimento urbano harmonioso e equilibrado, tanto a nível nacional, como estadual e local.

7. O segundo conjunto de objeções feitas ao Projeto investe contra as regras que disciplinam o direito de propriedade, especialmente as dos artigos 5º e 34. Todavia, a afirmação feita no documento em análise no sentido de que tais regras ferem a garantia constitucional do direito de propriedade requer algumas ponderações preliminares acerca do próprio conceito a que se refere.

8. Com efeito, distinção da maior importância é preciso que se faça e, para tanto, transcrevemos as já clássicas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as expressões daqueles, porém tal como admitido em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade — é a brilhante observação de Alessi — uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade". (ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, RT, 1980, pág. 164).

9. O conceito de direito de propriedade não é, pois, um conceito abstrato; nem, tampouco, resultante apenas do enunciado do artigo 524 do Código Civil. Para que saibamos do que estamos falando, precisamos ter presente o sistema normativo brasileiro no seu conjunto.

Para indicar apenas suas principais balizas constitucionais, convém lembrar que, se, de um lado, a Constituição Federal assegura o direito de propriedade (artigo 153, § 22) como pressuposto do sistema capitalista que consagra, e adota um modelo econômico baseado na livre iniciativa (artigo 160, I), de outro, contém inúmeros preceitos destinados a temperar os excessos e a atenuar os conflitos a que o livre jogo das forças econômicas fatalmente conduziria. Do Estado de Direito liberal evoluímos para o Estado de Direito social porque nosso ordenamento jurídico assegura

direitos sociais, como o são, dentre outros, os dos trabalhadores enunciados no artigo 165, constituindo crime de responsabilidade do Presidente da República, contra eles atentar (CF, artigo 82, III) e porque alberga valores como o da justiça social a ser alcançada, juntamente com o desenvolvimento nacional, mediante os princípios da valorização do trabalho como condição da dignidade humana; da função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; repressão ao abuso do poder econômico e expansão das oportunidades de emprego produtivo (CF, artigo 160, II a VI).

10. Dentre todos esses princípios que presidem à ordem econômica e social, para os efeitos do presente estudo, interessa mais de perto o da função social da propriedade, acolhido de diferentes maneiras por todas as Constituições modernas a partir da Constituição de Weimar, de 1919. Através dele não se limita a propriedade de fora, mas, ao mesmo tempo em que se dinamiza o direito, introduz-se no seu bojo, na sua estrutura interna, um princípio solidarista que, ao lado do princípio individualista, passa a informá-la (cf. PEDRO ESCRIBANO COLLAO, *PROPRIEDADE PRIVADA URBANA*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1979, pág. 115 e seguintes).

É que, no Estado de Direito social, o direito se transforma num instrumento para a consecução também de objetivos sociais que, por sua vez, modificam a noção tradicional de direito subjetivo: de poder jurídico da vontade, abstrato e estático, ele se torna dinâmico e se concretiza — ou causaliza — pois propicia a realização de certos valores que estão à base de seu reconhecimento. Desta perspectiva, a função social da propriedade nada mais é senão a **causa** da garantia do direito que a ela — propriedade — corresponde.

Com efeito, conforme salienta PEDRO ESCRIBANO COLLADO, “o motivo determinante do reconhecimento e da garantia do direito de propriedade é seu efetivo rendimento ou utilização, não livre, mas previamente fixada no plano (...) **Esta causalização do direito impõe a seu titular o dever da exploração, de forma que, se ela não ocorre, aquele perde a legitimação para ser proprietário**” (op. cit., pág. 131). (Grifamos).

De outra parte, o direito de propriedade é, na verdade, mais complexo do que o conceito enunciado no Código Civil, mencionando apenas os poderes de uso, gozo e disposição que o compõem, parece indicar. Os deveres e obrigações, limitações, restrições e ônus impostos ao proprietário, precisamente com vistas a conciliar o direito com a função social que a propriedade deve exercer, não estão fora do conceito, mas o integram, porque desenharam o perfil do direito. Daí porque parece correto dizer-se que este perfil corresponde a um **feixe** de poderes e **deveres**, tal como definidos pelo sistema normativo.

11. Por tudo isso, vê-se quão distanciados nos encontramos hoje do conceito romano de direito de propriedade, que se caracterizava por conferir ao seu titular poderes exclusivos e ilimitados, — erroneamente chamados de “*absolutos*” — sobre a coisa.

EURICO ANORADE AZEVEDO, em trabalho de cuja elaboração participamos, mostra como, desde a entrada em vigor do Código Civil, inúmeras leis foram sendo promulgadas, as quais, de uma forma ou de outra, comprimiram o direito de propriedade. Assim, o Código de Minas, que autorizou a exploração do subsolo por pessoa que não o proprietário; o Código de Águas, estabelecendo o interesse coletivo no uso e exploração das águas; o Código Florestal, que determina a preservação das florestas e torna imunes ao corte certas espécies de árvores.

E continua o mesmo autor:

“*Verifica-se, assim, que já não se pode falar de um direito de propriedade abstrato, de caráter pleno e absoluto. Já não temos uma só propriedade, mas sim, propriedade agrária, propriedade mobiliária, propriedade intelectual, propriedade industrial. Temos de conceber, agora, a propriedade urbanística.* (DIREITO DE PROPRIEDADE E PLANEJAMENTO URBANO; Revista SPAM, nº 1, pág. 38).

12. Nesse passo, por se tratar de um conceito novo, que começou a ser introduzido no Brasil com a edição da nova lei sobre parcelamento urbano (Lei 6.766/79) e cujo perfil normativo só estará acabado com a transformação em lei do Projeto de que ora tratamos, vale a pena transcrever os traços que caracterizam a propriedade urbanística, apontados por EURICO ANDRADE AZEVEDO, nestes termos:

“a) a propriedade tradicional traduzia-se simplesmente no plano horizontal. Daí a necessidade de se precisar com clareza os confrontantes na hora da transmissão dos respectivos títulos. A propriedade urbanística apresenta uma terceira dimensão: é uma propriedade que poderíamos dizer **cúbica**, ou seja, o proprietário só pode construir acima e abaixo do solo, de acordo com o plano urbanístico. A altura e a profundidade passam a constituir valores intrínsecos dessa propriedade;

b) a propriedade urbanística é **teleológica**. Quer dizer: o plano determina o uso que se pode dar ao terreno (residencial, comercial, etc. ou, ainda, o número de habitações que podem ser construídas);

c) a propriedade urbanística possui também um caráter **temporal**. Isso significa que seu conteúdo é dado pelo plano, e, como o plano é mutável, segue-se que também ela é mutável;

d) a propriedade urbanística implica, também, obrigações de fazer, podendo inclusive constranger o proprietário e edificar, sob pena de ser expropriada pelo Poder Público;

e) a propriedade urbanística é uma propriedade **formel**, isto é, recebe a sua forma do plano de desenvolvimento urbano. Assim, é indispensável que o título de propriedade caracterize também as determinações que o plano estabelece para a zona em que se localiza;

f) a propriedade urbanística está intimamente vinculada aos serviços públicos que a servem, de tal forma que o seu proprietário é obrigado a custeá-los, ainda que deles não se utilize, como, por exemplo, a taxa d'água". (op. cit., loc. cit., grifamos).

Esta última característica merece, por sua relevância, ser explicitada, no sentido apontado por ANGEL SUSTAETA ELUSTIZA ao analisar o solo. Trata-se de que o solo é objeto de contínuas plus-valias, ou seja, a aptidão que possui para absorver os incrementos e as expectativas de aumento de valor de toda espécie. Conquanto o solo permaneça sempre igual, não sofrendo qualquer alteração, todo esforço ou obra realizada por outrem que não o proprietário, resulta sempre em benefício deste. Assim, complexos industriais, centros comerciais, núcleos habitacionais, sem falar nos equipamentos urbanos e comunitários, valorizam a propriedade que se encontra nas proximidades.

"Não obstante", assevera o precitado autor, "o mais completo imobilismo de seu titular, este adquire para si, por via de um enriquecimento sem causa, algo que não lhe pertence, porquanto é fruto da coletividade que cria ditas melhorias, no qual seu titular não participa, limitando-se a um 'laissez faire'. Como disse GÓMEZ-MORAN sem qualquer gênero de demagogia e numa postura muito conservadora, podemos afirmar com ALFRED MARSCHALL que 'a maior parte do valor de situação de um terreno é um valor público', quer dizer, 'social' e acrescentaremos nós que a quase totalidade do valor de um terreno se deve, precisamente, a este valor de situação" (PROPIEDAD Y URBANISMO, Ed. Montecorvo, Madrid, 1978, pág. 136).

Esta peculiaridade do solo é que o torna apto à especulação imobiliária, que nada mais é senão a expectativa do apontado enriquecimento sem causa, porque se dá à custa, não do esforço e investimento do proprietário, mas da coletividade. Confiará, assim, o mais característico exemplo de uso anti-social da propriedade, que há de ser coibido através da intervenção reguladora do Poder Público, norteadas por diretrizes tais como as enunciadas, por exemplo, no artigo 2º, item 4, letras, **a, b, c, d**; item 5, letra **d** e item 8, do Projeto de Lei 775/83.

13. A estas considerações, expendidas no intuito de esboçar o horizonte teórico em que se situa o Projeto e de demonstrar, assim, sua perfeita adequação aos novos conceitos vigentes, cumpre acrescentar, retomando a distinção inicialmente feita entre propriedade e direito de propriedade, que a União, no exercício de sua competência para legislar sobre direito civil (CF, artigos 8º, XVII, b) nada mais faz senão traçar o perfil do direito a nível de legislação infraconstitucional, inclusive porque a Constituição não o define.

As regras do Projeto relativas a esta matéria complementam as do Título II, Livro II, do Código Civil, bem como as demais que, de uma forma ou de outra, dispõem sobre o direito de propriedade.

Neste sentido, convém ressaltar que o Projeto também integra o quadro já formado pelas Leis 6.766/79, que disciplina o parcelamento do solo urbano; 6.803/80, que trata as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição; 6.902/81, que dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e a Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, de seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

Por derradeiro, permitimo-nos salientar que os juristas MIGUEL REALE e HELY LOPES MEIRELLES, especialmente consultados pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano — CNDU, em extensos e bem fundamentados pareceres, responderam afirmativamente aos quesitos formulados acerca da constitucionalidade dos preceitos que dispõem sobre o planejamento urbanístico e sobre o direito de propriedade.

14. O documento que ora examinamos critica especialmente o artigo 5º, assim redigido:

"Artigo 5º — O Município poderá condicionar a licença para construir à existência ou à programação de equipamentos urbanos e comunitários necessários.

Parágrafo único — A licença poderá ser outorgada, em condições especiais, se o interessado se responsabilizar pela implantação dos referidos equipamentos".

A objeção feita a este dispositivo consiste em que atribuiria ao Município poder discricionário situado acima das garantias constitucionais do direito de propriedade, e que estimularia práticas ilegítimas e autoritárias. Afirma-se, ainda, que a condição estabelecida no parágrafo único não poderia ser satisfeita por pequenos proprietários que se veriam, assim, expropriados sem pagamento de elementos essenciais de seu direito de propriedade.

A "ratio legis" desta regra, conforme se lê na exposição de motivos, está em *"promover uma melhor adequação entre a construção e a disponibilidade, a custos compatíveis, de equipamentos urbanos e comunitários e entre estes e a densidade populacional das áreas urbanas"*.

Todavia, a norma jurídica não pode ser encarada isoladamente; há que se buscar sua integração com outras, que lhe são afins.

Neste sentido, o artigo 572 do Código Civil, sujeitando o direito de construir aos *"regulamentos administrativos"*, já indica que o seu exercício é condicionado e sofre limitações de ordem pública. Desnecessária, em verdade, se nos afigura qualquer outra norma jurídica permissiva para que se entenda facultado ao Município su-

bordinar a expedição de licença de construção à observância das condições e ao preenchimento dos requisitos necessários a um desenvolvimento urbano adequado às peculiaridades locais. Para tanto, bastam os artigos 15, II da Constituição Federal e 572 do Código Civil.

De outra parte, a Lei 6.766/79, no seu artigo 18, V, já determinou que o próprio loteador execute, no mínimo, as vias de circulação do loteamento e as obras de escoamento das águas pluviais, podendo o Município exigir a implantação de outros equipamentos urbanos.

O que se pretende, com isso, é evitar que a urbanização se processe desordenadamente, ao acaso da vontade de proprietários que, desejando construir em áreas ainda não urbanizadas, pressionam a Prefeitura a implantar os equipamentos necessários. Desta forma, frustra-se qualquer intento de direcionar o desenvolvimento urbano de maneira mais adequada ao bem-estar de toda a coletividade, pois ele acaba se dando de acordo com os interesses privados, ocasionando as consequências desastrosas para a qualidade de vida que tão bem conhecemos.

Assim, pois, quem pretende contruir, há de consultar os planos e programas municipais previamente, antes de adquirir o terreno, ficando a seu critério, se for o caso, responsabilizar-se pela implantação dos equipamentos urbanos acaso não existentes.

A existência ou programação destes equipamentos passa, pois, a constituir um dos critérios que o cidadão há de ter presente ao escolher o terreno. Outros fatores a serem levados em consideração já existem, como os usos permitidos, os coeficientes de edificação admitidos e, em geral, todas as demais determinações constantes da legislação de zoneamento já vigente na maioria dos Municípios de grande ou médio porte.

É claro que a lei municipal que vier a impor a condição do artigo 5º — como toda norma urbanística — há de ter a cautela de distinguir as situações existentes, já consolidadas, e as futuras, dispensando tratamento diferenciado para as primeiras. Regras de direito intertemporal devem preservar os direitos adquiridos, sob pena de ofensa ao artigo 153, § 3º, da Constituição Federal. Se é certo que o proprietário não pode, de um momento para outro, ser despojado do direito de construir que pretendia exercer — se não possuía esta intenção, a determinação não o atinge, nisso consistindo, precisamente, a “concretização” do direito de propriedade a que anteriormente aludimos — de outro, não é menos certo que, doravante, ele há de construir apenas ali onde e nas condições em que o plano municipal o julgar conveniente e adequado aos interesses urbanísticos.

15. A outra crítica ataca o direito de preempção de que tratam os artigos 32 a 36 do Projeto e que confere ao Município a preferência para aquisição de terre-

no urbano objeto de alienação entre particulares. Seu exercício depende de previsão em lei municipal que, baseada em plano de uso do solo, delimite as áreas em que incide e fixe seu prazo de vigência, que não poderá ser superior a dez anos.

O proprietário que pretender alienar terreno situado em área de preferência deverá notificar o Município, que dispõe de 30 dias para manifestar sua opção. O silêncio do Município libera o proprietário para a transação. Mas se o Município discordar do preço constante da notificação e, não havendo composição amigável com o alienante, o preço será fixado por arbitramento judicial. A parte que não concordar com o preço arbitrado, poderá desistir do negócio, responsabilizando-se o Município pelo pagamento das custas. Se a desistência for do proprietário, este somente poderá realizar a alienação pelo preço arbitrado, monetariamente corrigido, dentro do prazo de um ano.

Pois bem: acerca do instituto assim regulado, afirma-se ser inteiramente desnecessário para os fins a que se dirige o Projeto, os quais poderiam ser atingidos, “com simplicidade”, mediante a exigência de contribuição de melhoria.

Ora, há, nesta opinião, evidente equívoco, já que os objetivos do tributo mencionado são inteiramente diferentes daqueles que se visa alcançar através do direito de preempção.

De fato, a contribuição de melhoria possibilita a recuperação, pelo Poder Público, dos recursos despendidos com a execução de obras públicas das quais decorra valorização da propriedade imobiliária. Convém assinalar que, em razão da extraordinária complexidade do procedimento legal para a sua cobrança e, em especial, da dificuldade para calcular o montante devido por cada proprietário, este tributo, potencialmente de grande utilidade no campo do urbanismo, não vem sendo utilizado, de tal sorte que, numa das inúmeras versões anteriores do Projeto, apresentada à discussão no CNDU em fevereiro de 1979, se propunha uma nova fórmula, simplificada para a sua cobrança.

Todavia, a contribuição de melhoria não permite senão o ressarcimento de investimentos públicos.

O direito de preempção, por sua vez, possui finalidades de índole diversa, pois objetiva, segundo a letra do artigo 33 do Projeto:

Artigo 33 — O direito de preempção será exercido para atender às seguintes finalidades:

I — realização de programas habitacionais;

II — criação de áreas públicas de lazer;

- III — implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
- IV — constituição de reserva fundiária;
- V — ordenação e direcionamento da expansão urbana;
- VI — constituição de áreas de preservação ecológica ou paisagística;
- VII — outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública"

Vê-se, pois, que o direito de preempção possibilita que o Poder Público venha a dispor de áreas que, por suas características ou por sua localização, ofereçam interesse urbanístico ou requeiram proteção especial. Trata-se de uma alternativa para a desapropriação, menos onerosa e de mais rápida e simples execução. Além disso, consoante mostra ROBERT SAVY, citado por HELY LOPES MEIRELLES no parecer a que já aludimos, o instituto em questão torna possível que o Poder Público se informe das alienações que se efetuam no interior do perímetro estabelecido e que controle os preços dos terrenos, através do arbitramento judicial, quando estes estiverem muito elevados.

Observa o ilustre jurista que o direito de preempção — como, aliás, todos os novos instrumentos urbanísticos previstos no Projeto como o são o direito de superfície e o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios — é hoje aceito em muitos países ocidentais, variando apenas em seus detalhes. E acrescenta:

"Os preceitos do anteprojeto relativos ao direito de preempção atêm-se aos limites compatíveis com a função social da propriedade, uma vez que resguarda, inclusive, a liberdade do vendedor de desistir da venda, caso o preço arbitrado pelo juiz não lhe seja conveniente. Não vemos, também aqui, ofensa ao direito de propriedade"

Todavia, oportuna nos parece a ressalva feita tanto por HELY LOPES MEIRELLES, como por MIGUEL REALE, no que diz respeito ao prazo de vigência, aconselhando ambos que seja reduzido para cinco anos.

16. Para finalizar, permitimo-nos transcrever mais um trecho do parecer de HELY LOPES MEIRELLES, nestes termos:

"A idéia da cidade como um bem cultural, e não apenas como um informe aglomerado de pessoas, em consonância com o princípio constitucional da função social da propriedade, teve como consequência a elaboração de institutos e figuras jurídicas, cuja finalidade é adequar a propriedade individual à nova imagem da realidade urbana, o que, naturalmente, não pode deixar de suscitar reações por parte dos que se apegam a superadas prerrogativas individualistas"

Por todo o exposto, entendemos que a crítica tecida ao Projeto de Lei nº 775/83, no estudo que nos coube apreciar, não procede.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 09 de setembro de 1983.

Aprovo o Parecer nº 5.386, de lavra do Procurador do Estado VERENA NYGAARD.

Restitua-se o expediente ao Senhor Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil.

Em 09-9-83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

PENSÃO POR MORTE EM ATO DE SERVIÇO

MARISA SOARES GRASSI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.229

BRIGADA MILITAR.

Morte em ato de serviço.

Pensão com base no artigo 80 da Lei nº 7.138/78.

Retorna a esta Procuradoria-Geral do Estado o processo nº 3.056/81-PGE em que IRACEMA SPITZNAGEL KANOFF, viúva do Sd PM EDI DOS SANTOS KANOFF, falecido a 12 de fevereiro de 1981, solicita pensão em decorrência de morte em ato de serviço, com fundamento no artigo 80 da Lei nº 7.138, de 30 de janeiro de 1978, após o atendimento de diligência de fl. 21, com a anexação de Parecer da Assessoria da Brigada Militar e cópia do IPM que foi instaurado para apurar os fatos que envolveram a morte do soldado.

Na apreciação anterior ressaltávamos que a análise jurídica não prescinde do exato contorno da situação fática. Não se trata, pois, de compreender dispositivos jurídicos como um imperativo acabado e distanciado da realidade a que eles se aplicam, mas de captar, como acentua TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. ("A norma jurídica", Ferraz Jr. e Outros, Coordenação de Sergio Ferraz, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, pág. 8) o aspecto funcional que desempenham no contexto. Desta forma, não é irrelevante a apuração das circunstâncias em que ocorreu a morte do PM EDI KANOFF já que a presença de determinados fatores seriam suficientes para afastar a pretensão da requerente. E, essas observações são pertinentes em razão dos elementos apontados no Relatório do IPM que contém indícios suficientes a conduzir ao indeferimento do pedido. Efetivamente, esse documento aponta os aspectos controvertidos dos fatos, desde os depoimentos das testemunhas até aqueles que não foram esclarecidos. Assim, o Auto de Necropsia do assaltante CLAUDIO WERNER que teria falecido em decorrência de disparo de um revólver 38101/PN nº 1153178 segundo os depoimentos, apontam como vítima de acidente de trânsito. Por sua vez, o local do crime (ou dos crimes) foi alterado, os instrumentos que compunham a prova substituídos ou manipulados, os documentos que possibilitariam identificar o assaltante destruídos, enfim, os depoimentos constituem, em parte, pelo menos, fruto de combinação entre seus principais protagonistas. Sobretudo a peça que constitui o relatório, isoladamente apreciada, possibilita acreditar que os policiais militares, ou alguns deles, faziam parte da "segurança" do Clube dos Coroas na ocasião em que os fatos desenrolaram-se. E, bastaria a comprovação

de que o PM falecido estivesse a serviço do clube para afastar definitivamente a morte em decorrência de ato de serviço prevista no artigo 80 da Lei nº 7.138, de 30 de janeiro de 1978.

Entretanto, cumprida a diligência, com a inclusão da cópia do IPM, a análise cuidadosa das peças que o compõem quase nada acrescenta para um juízo mais conclusivo a respeito da existência, ou não, de vínculo do PM EDI KANOFF com a Sociedade Clube dos Coroas. Daí porque, ainda que não esclarecidos satisfatoriamente os fatos sob esse enfoque, é de se afastar qualquer hipótese nesse sentido.

Resumidamente, portanto, o policial militar faleceu em decorrência de ferimentos ao atender uma ocorrência fora de seu horário de expediente.

2. Colocada a questão preliminar, analisemos o direito aplicado.

3. Dispõe o artigo 80 da Lei nº 7.138/78, Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Rio Grande do Sul:

"Os policiais militares mortos em campanha ou ato de serviço, ou em consequência de ferimentos ou moléstias decorrentes, ou ainda em consequência de acidente em serviço, deixarão a seus herdeiros pensão correspondente aos vencimentos integrais do posto ou graduação imediatamente superior."

4. Distingue o artigo 79 a pensão em decorrência de ato de serviço, daquela auferida em razão do vínculo com o Instituto de Previdência do Estado, esclarecendo, portanto, de que não se trata de benefício complementar, mas direito cujo pressuposto fático não se confunde com a pensão previdenciária geral.

5. Na espécie, ainda que o policial militar não estivesse no horário de serviço, impõe-se o deferimento do pedido, considerando-se que agiu para reprimir atos delituosos por força de sua função policial e com a ressalva de que não praticou transgressões disciplinares.

6. Esse entendimento é fruto da interpretação sistemática da legislação pertinente à matéria, contida não só em dispositivos do Estatuto dos Policiais Militares, como em normas regulamentares. Assim, exemplificadamente, a Lei nº 7.138/78, no artigo 4º define o serviço policial militar como *"o exercício de atividades inerentes à Brigada Militar e compreende todos os encargos previstos na legislação específica e peculiar"*. Ou, no artigo 33, ao transcrever o compromisso prestado pelos servidores da categoria, ressalta os dizeres: *"Prometo... dedicar-me inteiramente ao serviço policial militar, à manutenção da ordem pública e à segurança da comunidade, mesmo com risco da própria vida."*

7. Também a propósito, o Decreto nº 7.775/57, Regulamento de Policiamento da Brigada Militar, nos artigos 4º e 42 dispõe:

"Os elementos da Brigada Militar são considerados permanentemente em serviço policial".

"O soldado no serviço de policiamento está permanentemente de serviço. Mesmo de folga, na rua ou em sua residência tem o dever, ao tomar conhecimento de qualquer alteração da ordem, de agir em conformidade com as normas de serviço."

8. Por fim, também há subsídio legal, ainda aplicável no que for compatível com o texto constitucional e com o Estatuto vigente, no Decreto nº 232, de 15 de abril de 1941, que prescreve:

"Artigo 3º — Ato de serviço é todo aquele exercido pelos oficiais, praças, assemelhados ou funcionários civis, em cumprimento de obrigações militares, policiais ou profissionais técnicos, resultantes de disposições regulamentares ou de ordem recebida."

Parágrafo único — Não constitui ato de serviço a locomoção habitual do oficial, praça, assemelhado ou funcionário civil, qualquer que seja o meio de transporte, de sua residência até o comparecimento à sua Unidade (e vice versa), para o desempenho de suas obrigações de serviço. Também, como tal, não se compreendem as viagens de trânsito de uma a outra localidade, ressalvados os casos de desastres ocorridos com os meios de transportes ou de repressão a atos delituosos por força de sua função policial."

9. Esse mesmo diploma legal, no artigo 4º estabelece:

"Os acidentes, a que se refere o artigo 2º, são, pois, todos os que se verificarem em atos de serviço, como foi definido no artigo 3º e seu parágrafo, desde que não tenha havido, por parte do acidentado, imperícia, imprudência, negligência ou prática de outras transgressões disciplinares que hajam concorrido direta ou indiretamente para a sua determinação."

10. Não é, portanto, ressalte-se, qualquer interferência do policial militar que faz caracterizar o ato de serviço, mas, no caso, as circunstâncias que cercaram os fatos, isto é, a conduta do servidor que não agiu com culpa, imprudência ou imperícia e em virtude de sua função policial, visando reprimir uma ação delituosa.

11. Atendendo ao disposto na norma legal estatutária, o benefício será deferido aos herdeiros do policial militar falecido, nos termos do Código Civil, conforme acentuou a manifestação da Assessoria Jurídica da Brigada Militar.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 20 de abril de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Tenho a honra de submeter à apreciação de Vossa Excelência o incluso Parecer nº 5.229, de lavra da Procuradora do Estado MARISA SOARES GRASSI.

IRACEMA SPITZNAGEL KANOFF, viúva do ex-soldado PM EDI DOS SANTOS KANOFF, falecido em 12 de fevereiro de 1981, solicita pensão em decorrência de morte em ato de serviço, com fundamento no artigo 80, da Lei nº 7.138, de 30 de janeiro de 1978.

O pronunciamento deste Órgão é favorável à pretensão da postulante, considerando ter o policial militar agido para reprimir atos delituosos por força de sua função, não tendo praticado transgressões disciplinares, consoante conclusão do Inquérito Policial Militar e como se deduz da interpretação sistemática da legislação pertinente à matéria.

Concluo, pois, na linha do parecer, que é de ser deferido o pedido, atendendo-se ao que estabelece o dispositivo legal retromencionado. Deve, assim, ser concedido o benefício aos filhos menores que, como descendentes são os herdeiros do policial falecido, obedecendo, portanto, à mesma ordem de vocação hereditária estabelecida no Código Civil (art. 1.603, itens I a V).

Cumpra, no entanto, observar que, em havendo um dos filhos nascido "a posteriori", este somente fará jus à quota parte que lhe corresponderá a contar da data do nascimento com vida (art. 4º CCB). Então, o filho já nascido por ocasião da morte do progenitor terá direito à totalidade da pensão concedida até o nascimento do filho póstumo e, a partir desta data, deverá ser procedida a divisão, correspondendo a cada um, a metade do valor total.

Colho o ensejo para assegurar-lhe minha profunda estima e consideração.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PALÁCIO PIRATINI

ACÚMULO DE PENSÃO COM VENCIMENTOS OU PROVENTOS

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

PARECER Nº 5.262

Proibição de cumular pensão com vencimentos ou proventos de servidor estadual, dependente de serventário da justiça falecido, estabelecida pela Lei nº 5.256/66 e levantada pela Lei nº 7.689/82. Seus efeitos sobre os servidores que já eram inativos e sobre os ativos que se exoneraram para poder perceber a quota pensional.

Readmissão: direito formativo gerador na Lei nº 7.689/82.

Prazo decadencial estabelecido em legislação estadual: possibilidade.

LOLA LOLITA DA COSTA VIEIRA GUIMARÃES, viúva do então Escrivão da 1ª Vara Cível desta Capital ARNALDO VIEIRA GUIMARÃES e Professora estadual aposentada, pleiteou, com o advento da Lei nº 7.689, de 7 de julho de 1982, o restabelecimento do pagamento de seus proventos de inatividade, cujo recebimento declinou, na época do falecimento do marido, para poder perceber a pensão a que alude a disposição contida no artigo 731 combinada com as dos artigos 536 a 546, todos da Lei nº 5.256, de 2 de agosto de 1966.

Apesar de datado em 3 de setembro de 1982, o seu requerimento só foi protocolado pela Secretaria da Justiça a 5 de outubro do mesmo ano, o que levou a Assessoria Jurídica daquela Pasta a entender que o mesmo era extemporâneo, face ao prazo estabelecido na já referida Lei nº 7.689. Em consequência, entende o pronunciamento, teria ocorrido perda do direito a pleitear proventos por parte da postulante.

Em razão disso, o Senhor Secretário da Justiça Substituto solicitou a ouvida desta Procuradoria-Geral do Estado.

2. A Lei nº 5.256, de 2 de agosto de 1966, antigo Código de Organização Judiciária do Estado, em vigor ainda na parte referente ao Estatuto dos Servidores da Justiça, estabelecia, em seu artigo 538, letra f, a inacumulabilidade, para o

servidor público que se constituísse em beneficiário da pensão complementar, da remuneração de seu cargo ou função com a quota pensional ali prevista. Ocorrendo tal situação, era assegurado ao servidor o direito de opção.

Entendeu, igualmente, esta Procuradoria-Geral do Estado, ao tempo da vigência daquele dispositivo (Parecer nº 4.830), que a restrição alcançava tanto o funcionário em atividade como o inativo. Em vista disso, a pensão complementar não podia cumular-se também com proventos.

3. A requerente optou por perceber a pensão em detrimento do estipêndio mensal de inatividade.

Sobreveio, porém, a Lei nº 7.689/82, que assim dispôs:

"Art. 1º — Fica derogado o disposto no artigo 538, letra "f", da Lei nº 5.256, de 2 de agosto de 1966.

Parágrafo único. Fica assegurada, no caso de pensionista ex-servidor estadual optante, a readmissão, a pedido, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da vigência desta Lei ou a percepção de proventos proporcionais ao tempo de serviço público estadual, no caso de pensionista ex-servidor legalmente impedido de readmissão."

4. No trato da matéria, parece-me oportuno distinguir, desde logo, duas situações:

1º — a daquele servidor que estava em atividade e, frente à disposição que vedava a percepção simultânea dos vencimentos do seu cargo ou função com a quota pensional, optou por perceber esta última, rompendo o vínculo jurídico que entretinha com a Administração Estadual, exonerando-se;

2º — a daquele servidor que, por haver implementado os pressupostos legais necessários, já estava aposentado quando teve que optar ou pela pensão ou pela percepção de seus proventos.

5. A possibilidade que se abriu no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.689/82 de o servidor ser reconduzido ao serviço público ativo através do instituto denominado readmissão é, sem dúvida, dirigida **apenas** à primeira das situações antes referidas, vale dizer, para aquele que havia se exonerado para poder habilitar-se ao recebimento da pensão.

Para estes a lei assegurou o reingresso na função pública **ou**, na hipótese de estar o servidor legalmente impedido de ser readmitido, a percepção de proventos proporcionais ao tempo de serviço público estadual.

Veja-se ademais que, para a readmissão, a lei estipulou um prazo dentro do qual o ex-servidor deve formular seu pedido: sessenta dias a contar da vigência da

Lei. Este prazo vigorará tanto para o servidor que tem condições de ser readmitido como para aquele que não preenche os pressupostos legais (como exemplo, idade, saúde) e que, por isso, mesmo a lei lhe assegura uma aposentadoria com proventos proporcionais.

E a razão do mesmo prazo valer para estas duas situações é a que ambas têm seu nascedouro no surgimento do direito de pedir a readmissão. Segundo antigo preceito de hermenêutica, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito ou "ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio" (MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, (a.ed., R.J. Forense, 1979, p.245).

6. Ainda quanto ao período de sessenta dias referido no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.689/82, é oportuno que se diga também tratar-se de prazo **decadencial** ou **preclusivo** e não meramente ordenatório.

Na verdade, na forma como estabelecido pela lei em questão, o direito à readmissão assegurado ao ex-servidor estadual que se exonerou para poder perceber a pensão de que trata a Lei nº 5.256/66, é direito formativo gerador, isto é, o direito só nasce se o interessado requerer o benefício no prazo fixado na lei. Sem o requerimento, a Administração não pode agir de ofício, concedendo ou não a vantagem. De outro lado, apenas quando a Administração acolhe o requerimento, é que o direito do interessado está formado e que poderá surtir seus efeitos.

Uma das peculiaridades dos direitos formativos, conforme bem acentuou o Procurador do Estado Dr. ALMIRO DO COUTO E SILVA, em elucidativo trabalho de doutrina sobre o assunto, publicado na Revista do Direito Administrativo, volume 95, páginas 19 e seguintes, é que, por serem destituídos de pretensão, já que são direitos a que não correspondem, de regra, deveres jurídicos, não podem ser atingidos pela prescrição. Estão, contudo, sujeitos à preclusão ou decadência. Se à vontade individual, no Direito Privado, é permitido estabelecer, negocialmente, prazos decadenciais, com mais razão aceita-se possa fazê-lo o Poder Público, através da vontade coletiva traduzida em lei.

7. Esta lei não necessita, obrigatoriamente, advir da esfera federal pela só circunstância de ser a decadência instituto regulado no Código Civil. Pode, igualmente, ser lei estadual ou municipal, dentro de suas órbitas próprias de competência.

Este, aliás, é o entendimento já sufragado em nosso Tribunal de Justiça, em decisão cuja ementa possui o seguinte teor:

"Reenquadramento de servidores em cargos técnico-científicos. Lei Estadual nº 4.317, de 1982, art. 4º, § 2º do referido diploma. Prazo de

decadência. Lícito é ao Estado-Membro que atribui um direito, fixar um prazo decadencial. Autonomia do Direito Administrativo." (grifei)

E no corpo do acórdão, o Desembargador Relator assim se pronunciou:

"Há normas ensartadas (sic) no diploma civil, principalmente da parte geral, que nela estão pelo fato que antes referi — o desenvolvimento mais rápido do Direito Privado — mas que têm caráter geral, podendo, conseqüentemente, ser aproveitadas por quaisquer outros ramos jurídicos. Não se pode, pelo exposto, negar a entidades federadas e aos municípios a faculdade de regular, integralmente, em princípio, suas relações com os respectivos servidores, respeitadas, apenas e tão-somente, as restrições que decorrem de preceitos de categoria superior."

E mais adiante:

"Irrelevante é a circunstância de ter sido o instituto em apreço previsto na lei civil, pois é claro que somente tal circunstância não lhe dá a característica de exclusivamente civil. A decadência pode assumir no mundo jurídico feição civil, penal e administrativa, além de outras, conforme o ramo do Direito em que é cogitada. Aludida no trato dos negócios individuais é civil, alvitada nas relações do Estado com servidores é administrativa." (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, volume 47, páginas 248 a 252).

No mesmo sentido, os pronunciamentos do antigo Conselho do Serviço Público, pareceres números 6.875 (D.O. de 23 de dezembro de 1966) e 7.017 (D.O. de 8 de abril de 1967), bem como Ofício-Parecer Gabinete 85/67 — P — 58, da lavra do então Consultor-Geral do Estado Dr. JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA.

8. É, desta forma, perfeitamente lícito que a lei estadual, ao conceder determinada vantagem, e, com mais forte razão quando se tratar de direito formativo, imponha certos requisitos e, mais especificamente, a fixação de um lapso temporal determinado para que o benefício seja postulado, sob pena de decadência do direito.

E isto tem, também, uma razão fática bastante forte: a Administração não pode ficar indefinidamente exposta a que algum eventual interessado venha se habilitar à percepção da vantagem, sujeitando-se, inclusive, a alterar seus planos e previsões.

9. Não se diga, igualmente, que por não haver a lei, expressamente, referido a sanção da perda do direito, o prazo fixado seria meramente ordenatório. Prazo ordenatório é aquele que se destina à própria Administração visando a que,

em se fazendo concentrar os pedidos num determinado lapso de tempo, seja facilitado o trabalho de exame e solução dos casos apresentados. O prazo fixado na Lei nº 7.689 não se configura desta espécie, porquanto estabelecido para o próprio interessado, na obtenção de um favor estabelecido na lei.

O próprio Pretório Excelso, reformando decisão de nosso Tribunal de Justiça, apesar de, no caso, não ter apreciado o tema diretamente, por versar interpretação de lei estadual, assim se posicionou, em voto vencedor do Ministro MOREIRA ALVES, proferido em Sessão Plenária:

"Essa preliminar foi repelida pelo acórdão recorrido sob a alegação de que esse prazo de sessenta dias não era de decadência, mas simplesmente ordinário, tanto assim que não se estabelecia penalidade para o caso de sua não observância."

Embora me pareça totalmente desarrazoada tal interpretação, diz ela respeito à legislação estadual, não podendo, portanto, dar cabimento a recurso extraordinário" (Revista de Direito Administrativo, volume 134, página 122).

Fixado, pois, que o prazo estabelecido na Lei nº 7.689/82 é decadencial e exigível apenas para as hipóteses de readmissão e de percepção de proventos proporcionais, quando não preenchidos os pressupostos legais para a readmissão, resta-nos examinar a segunda das situações referidas no item quarto deste pronunciamento.

10. Certo que o servidor que já estava inativado quando teve que optar ante valores não cumuláveis, quer pelo "quantum" da pensão quer pelo "quantum" de seus proventos, possuía direito formado e adquirido a sua aposentadoria e conseqüentemente à percepção dos correspondentes proventos, na forma fixada em lei.

Ao estabelecer a pensão complementar aos dependentes dos Serventuários da Justiça falecidos, a Lei nº 5.256/66 houve por bem estabelecer, por critérios que não nos cabe aqui discutir, a inacumulabilidade daquela com proventos do beneficiário, oportunizando-lhe, contudo, o direito de opção. Mas a lei não lhe retirou e, nem poderia, aquele direito adquirido aos proventos. Tampouco se pode dizer que o servidor a eles renunciou, porquanto, pelo seu caráter alimentar, são irrenunciáveis.

Removido, agora, com o advento da Lei nº 7.689/82, o obstáculo legal que impedia a percepção simultânea da pensão complementar com proventos, o direito à prestação mensal correspondente a estes passa a fluir normalmente, a contar da vigência daquele diploma legal. Diríamos que trata-se de um direito adquirido que teve sua eficácia momentaneamente suspensa face à opção formulada.

Para o trato da matéria, penso que se deva levar em conta, inclusive, dentro de uma interpretação sistemática das leis, as disposições que regularam situações semelhantes no Estado. Assim vigorava tanto para os dependentes dos membros da Magistratura como do Ministério Público a mesma proibição de cumular aqueles valores. O obstáculo legal lhes foi removido através da edição das Leis números 6.929, de 2 de dezembro de 1975, artigo 85, e 7.097, de 3 de novembro de 1977, que deu nova redação a artigos da Lei nº 6.536, de 31 de janeiro de 1973, e acrescentou outros.

São estes os motivos pelos quais entendo que o prazo estabelecido no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.689/82 não tem aplicação para o caso da postulante, que já era professora estadual inativa ao tempo da opção, não se tratando, pois, de caso de readmissão, mas de simples reestabelecimento, a contar da data da vigência daquela lei, da percepção dos valores correspondentes aos seus proventos.

11. Em face do exposto, CONCLUI:

1º — que o prazo fixado no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.689/82 é fatal e tem aplicação apenas para as hipóteses de readmissão ou de percepção de proventos proporcionais, quando o servidor não preencher as condições legais para a readmissão. Trata-se de direito formativo gerador que só produzirá seus efeitos a contar da manifestação da Administração;

2º — para aquele que já era inativo ao tempo da opção, a lei não estabeleceu prazo para o requerimento da percepção simultânea do valor da pensão complementar com proventos, motivo pelo qual deve ser aceito o pedido da postulante, fazendo retroagir seus efeitos a contar da vigência da lei.

É o nosso parecer, s.m.j.

PORTO ALEGRE, 16 de maio de 1983.

of. Gab. 617/83

Porto Alegre, 16 de maio de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Trata o expediente do pedido formulado por LOLA LOLITA DA COSTA VIEIRA GUIMARÃES, professora estadual aposentada, viúva do então Escrivão da 1ª Vara Cível de Porto Alegre ARNALDO VIEIRA GUIMARÃES, com fundamento na Lei nº 7.689, de 7 de julho de 1982, de restabelecimento do pagamento de inatividade, cujo recebimento a requerente declinou, na época do falecimento do marido, para poder perceber a pensão a que alude a disposição contida no artigo 731, combinada com os artigos 536 a 546 da Lei nº 5.256, de 2 agosto de 1966.

A Lei nº 5.256, acima referida, vedava em seu artigo 538, letra "f", a cumulatividade, para o servidor público que se constituísse em beneficiário de pensão complementar, da remuneração do seu cargo ou função com a quota pensional ali prevista, cabendo ao servidor a faculdade de optar entre o recebimento de uma ou outra vantagem.

Através do Parecer nº 4.830 manifestou-se a Procuradoria-Geral do Estado sobre a matéria, concluindo que a restrição imposta alcançava tanto os funcionários ativos como os inativos.

Recentemente a Lei nº 7.689, de 7 de julho de 1982, revogou o artigo 538, letra "f" da Lei nº 5.256/66, e assegurou ao pensionista, ex-servidor optante, a direito à readmissão, a pedido, no prazo de 60 dias a contar da sua vigência, ou a percepção de proventos, proporcionais ao tempo de serviço público, na hipótese de impedimento legal à readmissão.

Questiona-se, no caso "sub examine" a tempestividade do pedido da requerente, face ao prazo de 60 dias estabelecido na Lei nº 7.689/82, pois embora datado de 3 de setembro de 1982, só foi protocolado, pela Secretaria da Justiça, em 5 de outubro do mesmo ano.

Entende o Parecer nº 5.262, que o prazo, a que se refere o parágrafo único do artigo 1º da referida Lei nº 7.689, só vigora para o servidor que tem condições de ser readmitido ou para aquele que, não preenchendo os pressupostos legais para tanto, faz jus à aposentadoria. O direito à readmissão é considerado formativo gerador, sendo lícito, neste caso, a Lei impor certos requisitos, como a fixação de um lapso temporal, para a postulação do benefício, sob pena de decadência. Não alcança,

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

entretanto, o referido prazo, o servidor que já estava inativo quando teve que optar entre valores não cumuláveis, eis que o mesmo possuía direito formado e adquirido à aposentadoria, cuja eficácia encontrava-se momentaneamente suspensa, face à legislação em vigor.

Diante de tais ponderações conclui o referido Parecer que o prazo fixado no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.689/82, não tem aplicação ao caso da postulante que já era funcionária aposentada ao tempo da opção, não se tratando, no caso, de readmissão, mas de simples restabelecimento da percepção dos valores correspondentes aos seus proventos, a contar da vigência daquela lei.

A conclusão do Parecer tem a minha aprovação e submeto-a à apreciação de Vossa Excelência, apresentando-lhe, na oportunidade, protestos de estima e consideração.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

REORGANIZAÇÃO DAS AUTARQUIAS

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

PARECER Nº 5.325

AUTARQUIAS

Lei nº 7.791, de 29 de junho 1983.
Interpretação do artigo 1º, **caput**, e parágrafos, e artigo 8º

São trazidas à exame nesta Procuradoria-Geral do Estado questões surgentes do entendimento a ser dado aos artigos 1º e seus parágrafos e 8º da Lei nº 7.791, de 29 de junho de 1983 (Lei de Vencimentos vigente), publicada no Diário Oficial do Estado da mesma data, especialmente no tocante à aplicabilidade a autarquias:

A — cujos Quadros de pessoal — embora obrigados — ainda não se encontrem reclassificados sob a sistemática ditada pela Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980 (Lei de Reclassificação);

B — cujos Quadros de pessoal já se tenham reclassificado segundo o artigo 67 da Lei nº 7.357;

C — cujos Quadros de pessoal — mesmo organizados — ainda não se tenham **reorganizado** segundo o sistema de Reclassificação da Lei nº 7.357, em razão de estarem excepcionados da paridade do Quadro Geral por disposição expressa e especial de lei.

Tais questões, releva ponderar, sobressaem do próprio texto da Lei nº 7.791, de 1983, que a cada uma dispensa o correspondente tratamento pecuniário, proporcionando soluções específicas, de modo a que a distinção não resulte de criação artificial tendente à padronização dos quadros da administração descentralizada.

2. Assim, o item "A", acima proposto, diz respeito aos entes autárquicos que, sem disposição excepcional de lei que as ressalvasse da paridade do Quadro Geral, tivessem descumprido a determinante do artigo 67 da Lei nº 7.357, de 1980, que exarou:

*"Art. 67 — As autarquias, sob orientação do órgão central do sistema de pessoal do Estado, e consideradas as suas peculiaridades, reorganizarão os seus Quadros de pessoal efetivo, observando o **sistema de classificação e avaliação** adotado por esta Lei, bem como o **critério***

de enquadramento nos mesmos, sendo vedado o estabelecimento ou a manutenção de quaisquer vantagens, eventuais ou de qualquer periodicidade, não previstas para os funcionários do Quadro Geral". (Grifei)

Descumprida a norma reguladora do sistema de classificação, avaliação e enquadramento entretanto, não serão totalmente penalizados os seus servidores ficando a descoberto de qualquer reparação estipendiária da Lei nº 7.791, de 1983, mas terão os seus vencimentos revistos segundo tabela própria, com valores discriminados, que constitui o anexo VI da Lei citada, ao mando de seu artigo 8º:

*"Art. 8º — Os vencimentos do pessoal das Autarquias não exce-
tuadas por Lei da paridade do Quadro Geral, cujos Quadros ainda não fo-
ram adaptados à reorganização determinada pela Lei nº 7.357, de 8 de
fevereiro de 1980, observarão a tabela que constitui o Anexo VI desta
Lei..."*

Tal tabela, ao que se vê, liga-se à antiga classificação do Quadro Geral do Estado em quinze padrões remuneratórios, ficando aquém dos atuais vinte padrões reorganizados. Comparados os valores máximos dos quadros reorganizados e dos quadros fora da reorganização, vê-se que os servidores integrantes do último grupo têm uma perda estipendiária significativa, vez que não pode ser compensada pela manutenção de quaisquer vantagens, eventuais ou de qualquer periodicidade, não previstas para os funcionários do Quadro Geral, ou pela concessão de novas vantagens, face à regra proibitória contida na parte final do cabeçalho do artigo 67 da Lei nº 7.357, de 1980, acima reproduzido.

Obstadas, assim, compensações diretas ou indiretas aos servidores autárquicos não reclassificados e não dispensados da reclassificação, devem os seus dirigentes providenciar no cumprimento da lei, adaptando os seus quadros aos princípios de organização do Quadro Geral, e dando aos seus servidores oportunidade de acesso a padrões remuneratórios mais adequados, como constantes da Tabela que constitui o Anexo I da Lei nº 7.791.

3. O item "B", antes proposto, diz respeito a autarquias cujos Quadros de Pessoal já se tenham reclassificados segundo o sistema do artigo 67 da Lei nº 7.357, de 1980. No referente à Lei de Vencimentos, aplicam-se-lhes os valores do Quadro Geral, dentro do sistema reorganizado, isto é, os valores da Tabela constante do Anexo I da Lei nº 7.791, de 1983, observados os regimes horários correspondentes, como se lê:

"Art. 1º — Os valores dos padrões do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado reorganizado pela Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, passam a ser os constantes da Tabela que constitui o Anexo I desta Lei, que corresponde a 44 horas semanais de trabalho para os cargos classificados nos padrões 1 a 16 e a 22 horas semanais de trabalho para os padrões 17 a 20.

§ 1º — A tabela a que se refere este artigo vigorará igualmente:

b) para os Quadros das Autarquias reorganizados de acordo com o disposto no artigo 67 da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980 a qual passa a ter aplicação obrigatória a todos os entes autárquicos..."

A matéria, quanto a este aspecto, é singela já que, seguindo os lineamentos do Quadro Geral, aplica-se a tabela constante do Anexo I, conforme os cargos e regimes de trabalho correspondentes.

4. O item "C", proposto no início, condiz com os entes autárquicos que — mesmo organizados — ainda não se tenham **reorganizado** segundo o sistema da Reclassificação do artigo 67 da Lei nº 7.357, em razão de estarem excepcionados da paridade do Quadro Geral por disposição expressa e especial de lei.

Reza, com efeito, o parágrafo 1º do artigo 67 da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980:

"Art. 67 —

§ 1º — Excetuam-se do disposto no caput do presente artigo a Caixa Econômica Estadual (Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, artigo 33; Lei nº 6.525, de 30 de dezembro de 1972) e a Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre (Lei nº 7.235, de 20 de dezembro de 1978).

§ 2º — A vigência das Resoluções sobre pessoal das Autarquias continuará a depender de aprovação do Governador do Estado após manifestação do órgão central do sistema de pessoal".

E o artigo 79, pertinente ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem, previu:

"Art. 79 — O órgão criado pela Lei nº 750, de 11 de agosto de 1937, organizará o seu Quadro de Pessoal com observância da vedação consignada na parte final do artigo 67 caput, e do que dispõe o § 2º do mesmo artigo".

A Lei nº 7.672, de 18 de junho de 1982, dispondo sobre o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 77, determinou:

"Art. 77 — Não se aplica ao Instituto o que dispõe o caput do artigo 67 da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980.

Parágrafo único — O Quadro de Pessoal do Instituto deverá ser reorganizado quando da edição de normas relativas ao pessoal das demais autarquias, de modo a se lhe aplicarem o sistema de classificação e os níveis de vencimentos gerais do Poder Executivo".

Todas estas disposições legais especiais contêm um núcleo comum: o princípio da inaplicabilidade do artigo 67 da Lei nº 7.357, de 1980, aos Quadros de pessoal das autarquias nominadas, quais sejam, a Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul, a Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre, o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem e o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, alegadamente em virtude da peculiaridade dos serviços prestados, dos padrões salariais vigorantes em relação à empresa privada ou da atipicidade das tarefas realizadas comparativamente aos demais quadros do Estado, e até da soma de recursos captados no mercado — através da realização de atividades próprias — desvinculados dos recursos provenientes do Tesouro do Estado.

Os motivos embasadores das exceções, justificáveis ao curso dos anos, vêm sofrendo na atualidade expressiva corrosão especialmente nascida do processo de depauperamento que tais entes autárquicos vêm pondo à luz; este pauperismo traz reflexos diretos na gestão dos recursos do Estado a quem incumbe absorver as perdas, saldar as dívidas e prover novos recursos para assegurar a continuidade na prestação de serviços.

Salvo a instituição financeira do Estado, eventualmente, vêm os órgãos da imprensa e os administradores públicos repisando a tese das "operações em vermelho" e figurativamente da "falência" dessas autarquias, junto à tese da reabsorção das estatais por departamentos da Administração Centralizada. O assunto, com efeito, é de grande atualidade e se está materializando através de medidas restritivas, como a extinção da Companhia de Terminais Pesqueiros do Estado, da Companhia Estadual de Desenvolvimento Regional e Obras, parcial desativação da CEDIC e fusão de fundações, entre as de maior impacto.

Pois exatamente dentro destas perspectivas, combinada com outros mecanismos de contenção das despesas públicas, que a vigente Lei de Vencimentos — Lei nº 7.791, de 29 de junho de 1983 — optou pela paradigmática dos quadros autárquicos ao Quadro Geral, sem admitir sequer a permanência das exceções até então a salvo do alcance da parificação pelas disposições especiais retrotranscritas, cominando severíssima sanção ao descumprimento das determinações: a vedação da concessão de quaisquer aumentos ou reajustes de vencimentos nas autarquias que ainda não tiveram seus quadros de pessoal reorganizados na forma do artigo 67 da Lei nº 7.357.

Onde há revogação das normas especiais na lei geral de aumento do funcionalismo? É ela encontrável no artigo 1º, § 1º, letra "b", parte final, explicitado que o **artigo 67 da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, passa a ter aplicação obrigatória a todos os entes autárquicos.**

Tornando a reproduzir:

"Art. 1º —

§ 1º — A tabela a que se refere este artigo vigorará igualmente:

.....
b — para os Quadros das Autarquias reorganizados de acordo com o disposto no **artigo 67 da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, o qual passa a ter aplicação obrigatória a todos os entes autárquicos**". (Grifei)

Se o artigo 67 da Lei da Reclassificação passou a ter aplicação obrigatória a todos os entes autárquicos, iniciou-se a sua plena incidência — a partir de 1º de julho de 1983 — data da vigência da Lei nº 7.791, de 1983, a) sobre os órgãos que até então estavam dispensados do cumprimento do princípio da paridade ao Quadro Geral e b) nenhuma autarquia escapa a sua determinação, já que ela compreende "todos" os entes autárquicos.

A regra contida no artigo 1º, § 1º, letra "b", parte final, da Lei nº 7.791, de 1983, tem natureza especial porque se dirige aos entes excepcionados por leis anteriores, as quais tiveram os seus dispositivos especiais derogados por ser a de nº 7.791 lei posterior, de igual hierarquia, e diversamente dispor sobre a matéria.

Ao descumprimento da determinação, como aludido, ainda prescreve sanção específica:

"§ 2º — Fica vedada a concessão de quaisquer aumentos ou reajustes de vencimentos nas Autarquias cujos Quadros de Pessoal não estejam ainda reorganizados de acordo com o disposto no artigo 67, **caput**, da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, enquanto essa adaptação não se verificar".

Enquanto, pois, as autarquias excepcionadas não houverem promovido a reorganização dos seus quadros de pessoal segundo o sistema de classificação e avaliação de cargos adotado para o Quadro Geral pela Lei nº 7.357, efetuando, concomitantemente, o respectivo enquadramento dos seus servidores nos cargos sob aqueles princípios reclassificados, ficam obstadas de pagar qualquer aumento ou reajuste de vencimentos ao seu pessoal, restando compreendidos na paradigmática inclusivamente os quadros ou cargos excedentes. Enfim, todos os servidores terão a sua situação funcional, sem exceção, definida segundo os princípios da classificação dos funcionários do Quadro Geral.

A padronização visada levou em conta também e especialmente a hipótese em que sobressaíam diferenças entre os quadros reclassificados das autarquias — reclassificados ora a mando da lei — e os vencimentos que perceberiam os seus servidores se permanecessem no antigo sistema de organização particularizada ou própria, com a mera correção dos percentuais aplicados ao Quadro Geral.

Ocorrendo o caso, prevê-se:

"§ 4.º — As diferenças verificadas entre o valor atual da remuneração e o resultante da aplicação do disposto nos parágrafos anteriores deste artigo continuarão a ser percebidas a título de vantagem pessoal, imodificável no seu "quantum", até o próximo reajuste de vencimentos e daí em diante absorvidas em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor absoluto do reajuste concedido, até sua completa absorção".

A quantificação da diferença pecuniária entre os dois sistemas, para fins de identificação da parcela a constituir "vantagem pessoal", será apurada mediante a reclassificação efetiva e a atualização hipotética dos vencimentos segundo o sistema excepcional anterior, ou, em outras palavras, será apurada mediante a comparação dos valores estipendiários provenientes da reclassificação e dos valores estipendiários que adviriam da mera correção dos vencimentos percebidos até 31 de junho de 1983 efetuada com o índice de trinta e cinco por cento de reajustamento.

Identificados os valores a serem colacionados, a diferença para mais no cargo não reorganizado em relação ao cargo reorganizado, segundo o artigo 67 da Lei nº 7.357 passará a constituir vantagem pessoal quantificada — expressada em valor monetário —, imodificável — insuscetível de reajustamento ou de ser computada para a percepção de vantagens pessoais de outra natureza — absorvível a partir do próximo reajuste de vencimentos em percentual correspondente a cinquenta por cento do valor absoluto do reajuste concedido, até a sua completa absorção.

Em conclusão, pois: incumbe aos dirigentes autárquicos promover a reorganização de seus quadros de pessoal segundo o sistema de classificação e avaliação de cargos adotado para o Quadro Geral, efetuando o respectivo enquadramento de seus servidores nos cargos sob os princípios do artigo 67 da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, inclusive nas Autarquias antes excepcionadas por normas especiais ora derogadas: a Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre, O Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem, o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul e a Caixa Econômica Estadual, da qual trata o presente processo.

Porto Alegre, 13 de julho de 1983.

Of. Gab. 981/83

Porto Alegre, 13 de julho de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Tenho a honra de submeter à consideração de Vossa Excelência o incluso Parecer desta Procuradoria-Geral, de número 5.325, que trata da aplicação da recente Lei nº 7.791, de 29 de junho passado, ao pessoal das Autarquias.

Examinando amplamente as disposições da mencionada Lei a propósito das referidas Entidades, classifica-as o Parecer em três categorias, face à Lei:

a) aquelas cujos Quadro de Pessoal — embora obrigados — ainda não se encontrem reclassificados sob a sistemática ditada pela Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980 (Lei de Reclassificação);

b) aquelas cujos Quadros de pessoal já se tenham reclassificado segundo o artigo 67 da Lei nº 7.357;

c) aquelas cujos Quadros de pessoal — mesmo organizados — ainda não se tenham reorganizado segundo o sistema de Reclassificação da Lei nº 7.357, em razão de estarem excepcionados da paridade do Quadro Geral por disposição expressa e especial de lei.

Relativamente às Autarquias classificadas no primeiro Grupo, conclui o Parecer que nos termos do artigo 8º da Lei em apreço devem os seus funcionários continuar a ser remunerados de acordo com o sistema instituído pela Lei nº 4.937, constante de 15 padrões, excluídas porém todas as vantagens, eventuais ou de qualquer periodicidade, não previstas para os funcionários do Quadro Geral, quer instituídas anteriormente quer pretendidas instituir a **posteriori**.

Quanto às já anteriormente integradas no segundo grupo, ou seja, as que, enquadradas no disposto no artigo 67 da Lei, nº 7.357, já deram atendimento àquela norma, aplica-se a elas a nova Tabela de vencimentos, com vinte padrões, constante no Anexo I da Lei.

Finalmente, no que tange às demais Autarquias, que em razão de expressa e especial disposição desta Lei nº 7.791 passaram a ser destinatárias do disposto do artigo 67 da Lei nº 7.357, o Parecer, após colocar aquela disposição no contexto so-

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

cial, político e econômico ora vivido na Administração Estadual, conclui que no momento não pode ser concedido qualquer aumento a seus servidores, como expressamente determina o § 2º do artigo 1º da Lei nº 7.791.

Quando tais Autarquias houverem, em Resolução aprovada pelo Governador do Estado, após pronunciamento desta Procuradoria, reorganizado seu Quadro de Pessoal nos moldes do Quadro Geral, o percentual de 35% de aumento concedido ao pessoal da administração direta, aplicado ao estipêndio mensal percebido no primeiro semestre de 1983, indicará o valor do qual deverá ser subtraído o valor do vencimento que corresponderá no Quadro reclassificado segundo os parâmetros do Quadro Geral, para determinar a "parcela autônoma" que continuará a ser paga e será absorvida nos reajustes de vencimentos posteriores.

Com tais conclusões, que decorrem limpidamente dos textos legais aplicáveis, submeto o duto Parecer à aprovação de Vossa Excelência, reiterando-lhe meus protestos de apreço e consideração.

FRANCISCO SALZANO V. OA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

REAJUSTE DE PREÇOS CONTRATUAIS

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.253

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
Índice de reajuste aplicável.

A FUNDAÇÃO GAÚCHA DO TRABALHO realizou licitação objetivando a contratação dos serviços de vigilância, tendo resultado vencedora no certame a EMPRESA ATLAS.

A firma classificada em primeiro lugar comunicou que, referente à cláusula que prevê o reajuste dos preços contratuais, deveriam ser obedecidos as épocas e índices percentuais dos reajustes salariais e/ou dissídio da classe, não sendo admissível, o reajuste com base na variação nominal da ORTN, vez que superiores à atualização da última têm sido os reajustes da categoria.

Informou, ainda, que o problema é comum às demais empresas licitadas.

Em face do estabelecido no artigo 2º, da Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977, que determina: "*O disposto nesta Lei não se aplica aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a venda de bens para entrega futura ou a prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá reajustar-se em função do custo de produção ou da variação no preço de insumos utilizados*"; pergunta se a proposta da EMPRESA ATLAS não estaria excepcionada pela regra supra transcrita.

Coloca, a final, que contratos anteriores firmados com empresas de vigilância, cujas cláusulas de reajuste tinham o mesmo teor daquela que se pretende inserir no contrato a ser firmado, foram objeto de crítica por parte do Tribunal de Contas por ofensa à Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975 e artigo 11, § 4º, da Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979.

Face ao exposto, solicita manifestação desta Procuradoria sobre a "*interpretação e procedimento legais a serem adotados no que diz respeito aos reajustes de preço nos contratos de prestação de serviços*".

É o relatório.

O fenômeno da constante e crescente desvalorização da moeda exigiu a adoção de fórmulas, principalmente nas contratações a longo prazo, que permitissem, decorrido determinado lapso de tempo, a atualização, dos valores contratuais, com a finalidade de adequá-los à nova realidade econômica.

Generalizado o uso de cláusulas contratuais, convencionando a periódica atualização dos valores pactuados, reconheceu-se às partes, durante certo lapso de tempo, ampla liberdade no acordarem os índices da correção, excetuados o da cláusula ouro e da moeda estrangeira.

Considerando o fato de que o uso indiscriminado da correção monetária pode tornar-se fator realimentador da inflação, o Poder Público Federal, a partir de 1975, passou a estabelecer regras visando uma política de limitação da correção monetária.

Expressão inicial dessa política, a Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, estabeleceu em seu artigo 1º: *"Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito"*, e, no "§ 1º do mesmo artigo, excluiu da restrição a fixação de quaisquer valores salariais, bem como os valores ligados à legislação da previdência social que ali elencou".

Conforme a lição de ARNOLDO WALD *"in"* Correção Monetária e Utilização do Salário Mínimo como Fator de Reajustamento (Revista AJURIS, nº 25, págs. 152 a 160):

"Em virtude do referido diploma legal, o aumento do salário mínimo que abrange, além do reajustamento correspondente à alta do custo de vida, uma parcela baseada no aumento da produtividade, deixou de ser utilizável pelas partes e pelo administrador para reajustar prestações, a não ser em certos casos excepcionais previstos naquele diploma".

A sua vez, a Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977, veio complementar o desiderato do Governo em impedir que a livre estipulação da correção monetária nos negócios jurídicos se transformasse em fonte realimentadora da inflação, ao prescrever:

"Art. 1º — A correção em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional — ORTN."

Mas, o artigo 2º, da mesma Lei, estabeleceu sua não aplicação aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, ou a prestar, ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá reajustar-se em função do custo da produção ou da variação nos preços dos insumos utilizados.

Parece, pois, que o objeto do contrato a ser firmado entre a FUNDAÇÃO GAÚCHA DO TRABALHO e a empresa prestadora dos serviços se subsume na exceção estabelecida pelo artigo 2º, da Lei nº 6.423, já que insumos ou *"input"*, o último, termo de origem inglesa, pode ser definido como *"a combinação dos fatores de produção (matérias-primas, horas trabalhadas, energia consumida, taxa de administra-*

ção, etc.), que entram na produção de determinada quantidade de bens ou serviços" (cf. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 1ª ed., Ed. Nova Fronteira, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA).

Ora, ao estabelecer que a atualização dos contratos pelos quais a empresa se obrigue a fornecer serviços a serem produzidos pudesse se fazer pela variação nos preços dos insumos utilizados, implicitamente o legislador admitiu a possibilidade de que o reajuste no valor do salário mínimo viesse a repercutir sobre a variação dos custos dos serviços, não querendo com isso significar que ficasse a última ao primeiro vinculada. Como é sabido, não é apenas a mão-de-obra o único elemento a contribuir para a fixação do preço dos serviços em geral, devendo ser considerados também outros fatores, tais como cursos de treinamento, fornecimento de materiais, uniformes, etc.

De qualquer forma a questão foi enfrentada tão-só em razão da objeção colocada pelo Órgão de Fiscalização, já que dos termos em que foi redigida a consulta, depreende-se que a empresa pretende a vinculação do reajuste, não à variação do salário mínimo, mas sim, ao índice de correção automática e semestral dos salários nos termos da Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979.

A Lei citada, que dispõe sobre a correção automática dos salários e modificou a política salarial do País, decorreu de causas que, conforme EDUARDO GABRIEL SAAD *"in"* A Nova Política Salarial, Breves Comentários à Lei 6.708 (LTr nº 43, págs. 1497 a 1504), estão condensados os seguintes tópicos de sua Exposição de Motivos:

"2. O propósito da iniciativa é simplificar o mecanismo de compensação da perda do valor real dos salários, em decorrência do plano inflacionário, de maneira que o reajuste se processe de modo automático utilizando fator sobre a variação do índice nacional de preços ao consumidor, conforme a faixa salarial".

"8. O projeto procura ainda distinguir a correção automática do aumento de salários: este a ser demandado com intervalo de um ano, pelos sindicatos profissionais e a ser obtido mediante convenção, acordo ou decisão judicial. Destaque-se que os aumentos deverão ter por base o acréscimo da produtividade alcançada pela categoria profissional".

Assim, temos que a correção automática importa em simples atualização do valor dos salários e se processa semestralmente, independentemente de negociação coletiva, ou decisão da Justiça do Trabalho, com base no índice nacional de preços ao consumidor, variando o fator de aplicação na forma do disposto no artigo 2º da Lei, de acordo a diversidade de faixas salariais e cumulativamente. De mais a mais, deverá ser estipulado pelo prazo de um ano, não podendo haver revisão, a esse título, antes de vencido aquele prazo (artigo 10, parágrafo único).

O § 4º, do artigo 11, vedou às empresas empregadoras repassarem para o preço dos produtos ou serviços o aumento do custo decorrente do aumento de salário a que se refere, salvo por resolução do Conselho Interministerial de Preços — CIP.

Comentando o dispositivo legal referido, assim se manifesta JULIO CESAR OO PRADO LEITE, "in" A Correção Automática e Semestral dos Salários (LTr nº 43, págs. 1505 a 1510):

"Destaque maior deve ser conferido à prescrição constante no § 4º, e em razão do qual as empresas empregadoras não poderão repassar o custo dos aumentos aos preços dos bens e serviços, salvo quando autorizadas pelo Conselho Interministerial de Preços.

A regra é genérica. Atinge a todas as empresas quer estejam ou não na esfera do CIP que como dito, terá o poder de consentir o repasse, em caráter excepcional, para as empresas de sua área de controle.

A razão da vedação sob exame está contida na mensagem que acompanhou o projeto e em que se diz que o acréscimo da produtividade da categoria profissional representa para a empresa o aumento de sua margem de lucratividade não sendo, pois, razoável, o repasse de tal custo que pode, com naturalidade, ser por ela absorvido".

No mesmo sentido, ARNALDO SUSSEKIND, em o Sistema Legal para o Reajustamento e Aumento de Salário (LTr nº 45-3/271):

"Releva ponderar que, enquanto que a elevação do custo decorrente dos reajustamentos semestrais pode ser repassado para os preços dos produtos ou serviços, tal não deverá verificar-se em relação ao aumento real baseado no crescimento da produtividade. Excepcionalmente, porém, o Conselho Interministerial de Preços poderá autorizar esse repasse (§ 4º, artigo 11), o que parece impróprio, já que a maior produtividade gerou maiores lucros para o empregador".

Verifica-se assim, que a empresa poderá repassar para o preço dos serviços a serem produzidos o aumento dos custos decorrentes da atualização semestral automática dos salários, o que, aliás, está em consonância com o preceituado pelo artigo 2º, da Lei nº 6.423, já que a mão-de-obra constitui um dos insumos a ser considerado para fins de fixação do índice de reajuste.

Nesses termos a cláusula de correção periódica poderia estabelecer uma fórmula, na qual fossem considerados, proporcionalmente ao peso com que concorrem para a fixação do preço final dos serviços, os diversos insumos utilizados. Há de ser considerada, também, a hipótese de mostrar-se sobremodo insignificante o peso dos demais componentes, de forma a que a mão-de-obra se afirme como fator qua-

se que absoluto a determinar a variação do custo final, caso em que poderia ser utilizado o índice de atualização semestral dos salários, previsto pela Lei 6.708/79.

Fica afastada, no entanto, por disposição legal, a possibilidade de ser considerado o crescimento real do salário, fixado por convenção, acordo ou sentença normativa, porque este, estando diretamente vinculado ao crescimento da produtividade importa em maior lucratividade para a empresa, devendo ser por ela suportado.

Impende ressaltar, ainda, que a par de ser a consulente uma Fundação, integra, conforme o disposto no Decreto nº 652, de 15 de março de 1979, a Administração Indireta Estadual, devendo submeter-se, por força da determinação contida no Decreto nº 23.974, de 08 de agosto de 1975, à adoção dos princípios da licitação.

Em razão disso, e por imposição do princípio da isonomia, é de ser reexaminado atentamente o procedimento no qual resultou vencedora a Empresa Atlas, com vistas a verificar se, da impossibilidade de dar acolhida, na sua integralidade, à proposta da firma classificada em primeiro lugar, por vulnerar regra cogente tanto para a Administração como para particulares em geral, não teria resultado a invalidade daquele procedimento.

Por fim, observa-se que o Decreto-lei nº 2.012, de 25 de janeiro de 1983, recentemente editado, apenas introduziu modificações no critério de cálculo do índice de reajuste automático do salário, nada tendo inovado no que diz com o seu aumento real, previsto no artigo 11 e parágrafos da Lei nº 6.708/79.

ISTO POSTO, temos que:

1. O índice de reajuste do preço contratual dos serviços de vigilância não fica limitado à variação do valor nominal da ORTN, vez que o caso se encontra ao abrigo da exceção prevista pelo § 2º, do artigo 1º, da Lei nº 6.423, podendo a atualização tomar como base a variação no preço dos insumos utilizados, incluindo-se entre os mesmos o custo da mão-de-obra.

2. Consequência disso, na hipótese de concorrerem para a formação do preço final dos serviços, preponderantemente, os valores relativos a salários, é de se admitir a vinculação do reajuste ao índice de atualização semestral automática dos salários, previsto pela Lei nº 6.708/79.

3. O aumento salarial, como tal qualificado pela Lei nº 6.708, isto é, aquele fixado por convenção, acordo coletivo ou sentença normativa, com base no acréscimo da produtividade da categoria profissional, não pode, a teor do artigo 11, § 4º, da Lei citada, ser repassado para o preço dos serviços, devendo suportá-lo a empresa, ressalvada expressa autorização do CIP. Tanto a Administração como os particulares em geral ficam submetidos à vedação da regra, resultando ilegal, portanto, a estipulação de cláusula de reajuste contratual com fundamento no mesmo.

PORTO ALEGRE, 6 de maio de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.253, da lavra do Procurador do Estado EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES, aprovado igualmente pelo Conselho Superior desta Procuradoria em sessão de 4 de maio de 1983.

Restitua-se o expediente à Secretaria do Trabalho e Ação Social, sob cuja supervisão se encontra a Fundação Gaúcha do Trabalho.

Em 6 de maio de 1983.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

APOSENTADORIA DE POLICIAL-MILITAR

JOSE JOAQUIM MONTEIRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.126

BRIGADA MILITAR.

Ooções graves e incapacitantes para a função pública, previstas em lei estadual, cujo número excede às relacionadas na Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares da União).

Ineficácia da legislação estadual sempre que deferir condições superiores às atribuídas às Forças Armadas (Constituição Estadual, artigo 116 e Decreto-Lei nº 667/69 e demais disposições pertinentes).

Aplicabilidade da Lei RS nº 7.616/82 a todas as categorias funcionais, com exceção daquelas em que ferir o limite fixado no ordenamento federal.

Competência constitucional da União e Estados-membros em matéria estatutária, podendo, cada uma dessas esferas administrativas, legislar e dispor sobre assuntos de seu pessoal. Princípios constitucionais que devem ser respeitados pelos Estados.

A Lei Estadual nº 7.616, de 5 de janeiro de 1982, especifica, no artigo 1º, as doenças de que trata o artigo 102, item I, letra "b", da Constituição Federal, disposição essa que se aplica "a todas as categorias de servidores do Estado regidas por Estatuto, ainda que próprio ou peculiar" (artigo 2º), autorizando igualmente a revisão dos proventos, a fim de serem integrais, dos já inativados, desde que se enquadrem "em hipótese prevista no artigo 1.º" (artigo 3º).

Em razão de consulta do Comandante-Geral da Brigada Militar, esta Procuradoria-Geral pronunciou-se sobre a matéria no PARECER nº 4.961/82, do Procurador do Estado EMILIO RODRIGUES, concluindo pela inaplicabilidade do referido diploma estadual aos policiais-militares gaúchos, por inadequação com o Decreto-Lei nº 667/69, Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares) e regras constitucionais informadoras da espécie.

Esteado nessa manifestação, o Comandante da Corporação indeferiu diversos pedidos de revisão de proventos, com o que não se conforma o Advogado Argentino Cavasotto, entendendo, em carta ao Deputado Romeu Martinelli, cabível mandado de segurança, ao mesmo tempo que propugna por solução extrajudicial favorecendo "mais de 500 beneficiários".

Encaminhando à consideração do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, a Chefia da Casa Civil decide submeter o expediente à audiência desta Procuradoria-Geral, para a competente apreciação jurídica.

2. Realmente, a Lei nº 7.616/82, cuidando da fixação e revisão do provento da aposentadoria, com vistas a sua integralidade, considera graves, "conforme o caso quando contagiosas ou incuráveis, e se incapacitantes para a função pública, as seguintes moléstias: cegueira, paralisia, tuberculose ativa, neoplasia maligna, mal de Addison, artrite reumatóide, psicose, neurose, epilepsia, toxicomania, afecções pulmonares e cardiovasculares e do sistema nervoso central ou periférico" (artigo 1º), equiparando no parágrafo único "a grave deformidade física superveniente ao ingresso no serviço estadual", às doenças aqui referidas.

3. Por sua vez, a Lei Federal nº 6.880/80, declara no artigo 108, que "a incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

V — tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada."

4. Cotejados ambos os diplomas legais, ver-se-á que têm alguns pontos de contato quanto às doenças neles relacionadas. Contudo, mais ampla se revela a abrangência da lei estadual, isto é, com o número de hipóteses que enuncia, possibilita a que maior contingente de aposentados dela sejam destinatários.

5. Por conseguinte, inobstante a tuberculose ativa, a neoplasia maligna, a cegueira, a alienação mental (ou a psicose) constituam moléstias comuns na legislação citada, outras há que demonstram a intenção do legislador estadual em atingir maior número de servidores.

Os exemplos falam com mais eloquência.

Assim, a paralisia, prevista na lei estadual, tem acepção genérica, restringindo-se na legislação federal à que for "irreversível e incapacitante". Desconsidera-se aqui, como é óbvio, qualquer outra espécie de paralisia, para os efeitos legais.

Alude o diploma estadual às "afecções pulmonares e cardiovasculares e do sistema nervoso central ou periférico" e à epilepsia (345- "Classificação Internacional de Doenças" CID), também transtorno do sistema nervoso central, cujas características principais são as crises convulsivas. Nesse aspecto, contempla a legislação federal apenas a cardiopatia grave — afecção cardiovascular e doença do aparelho circulatório, cuja gravidade depende de avaliação por especialistas —, e o mal de Parkinson (342-CID), ou paralisia agitante, doença do sistema nervoso central.

A artrite reumatóide (712-CID), doença do sistema osteomuscular (mãos e pés), figura somente na lei estadual e não pode ser confundida, embora alguma semelhança guarde, com a espondiloartrose anquilosante, doença da coluna vertebral mencionada na lei federal.

O mal de Addison (255-CID) é doença das glândulas supra-renais que, juntamente com a toxicomania (303/4-CID, transtorno mental) e a neurose (300-CID, estado de tensão emocional, não invalidante e que se distingue da alienação mental ou psicose), igualmente não têm correspondência no ordenamento federal, sendo previstas tão-só na lei estadual.

6. O quadro que assim se desenha permite concluir que o diploma estadual abriga mais doenças incapacitantes do que o Estatuto dos Militares da União.

Com tal evidência é possível equacionar o problema versado no expediente e estabelecer diretrizes orientadoras das situações propostas, através de critérios técnicos (médicos e jurídicos) incidentes a cada caso em particular, pois no conjunto de diferentes hipóteses de inatividade em que possa ser aplicada a lei estadual em estudo, dificilmente se estará diante de duas rigorosamente idênticas.

7. Dessa sorte, somente depois da indispensável manifestação da medicina especializada é que se dará o enquadramento nas disposições legais, ou seja, integrais serão os proventos do servidor se a aposentadoria resultar de incapacidade para a função pública e de doença grave e invalidante especificada em lei, observadas sempre as vedações, restrições ou limitações da legislação de superior hierarquia.

8. Então, se é certo que a Constituição Federal declara que os Estados-membros "organizar-se-ão e reger-se-ão pelas constituições e leis que adotarem", essa liberdade de iniciativa precisa afeiçoar-se aos princípios da Carta Magna da União, conforme prescreve o artigo 13, *caput*. No elenco desses princípios se insere o do item V, ordenando que os Estados respeitem "as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração e estabelecidos em lei federal".

9. Mais incisiva se mostra a regra do parágrafo do mesmo artigo 13, preceituando:

"§ 4º — As polícias-militares instituídas para a manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os Corpos de Bombeiros-Militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo seus postos ou graduações ter remuneração superior à fixada para os postos e graduações correspondentes no Exército".

10. Isso porque, "sendo as forças estaduais tidas como auxiliares do Exército, podendo ser utilizadas até como reservas deste, a necessidade de preservação da hierarquia força a adoção de um teto para a sua remuneração. Esse teto é o da remuneração percebida pelo pessoal do Exército de posto e graduação equivalente. De outro modo surgiria o inconveniente pernicioso de, em caso de emprego conjunto de forças do Exército e de forças estaduais, os oficiais e praças daquela força principal perceberem remuneração inferior à dos pertencentes à força auxiliar" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira", V. 1, 2ª ed., 1977, p.125).

Incontáveis manifestações desta Procuradoria-Geral ratificam a orientação segundo a qual é vedado às polícias-militares dos Estados, o pagamento de remuneração superior à fixada para o Exército Nacional. Entre tantas, basta citar os PARECERES nº 4602/81, 4165/79, 3598/79, 537/71 e 517/70, os dois últimos do ex-Gabinete de Assessoramento Jurídico e aprovados pelo Governador do Estado, em 5 de abril de 1971 e 16 de dezembro de 1970, respectivamente.

11. A prevalência da legislação federal sobre a estadual é mais expressiva em face do artigo 116 da própria Constituição Estadual (redação da Emenda Constitucional nº 8, de 11 de junho de 1979), que dispõe:

"Artigo 116 — A organização, efetivos, instrução, direitos e garantias da Brigada Militar e condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização, são reguladas por lei federal, podendo o Estado legislar supletivamente através de lei ordinária" (a palavra "direito" foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Representação nº 1020-1).

Idêntico posicionamento verifica-se em face do Decreto-lei nº 667, de 2 de julho de 1969, que reorganiza as Polícias-Militares e os Corpos de Bombeiros-Militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal. Reconhecendo-a, o próprio Estatuto dos Policiais-Militares deste Estado (Lei nº 7.138/78) condiciona, no artigo 167, vencimentos e vantagens do pessoal em serviço ativo ou na inatividade às limitações daquele diploma federal, que reza:

"Artigo 24 — Os direitos, vencimentos, vantagens e regalias do pessoal, em serviço ativo ou na inatividade, das Polícias-Militares, constarão de legislação especial de cada Unidade da Federação, não sendo permitidas condições superiores às que, por lei ou regulamento, forem atribuídas ao pessoal das Forças Armadas. No tocante a cabos e soldados, será permitida exceção no que se refere a vencimentos e vantagens, bem como à idade-limite para permanência no serviço ativo".

"Artigo 25 — Aplicam-se ao pessoal das Polícias-Militares:

a) —

b) as disposições constitucionais relativas às garantias, vantagens, prerrogativas e deveres, bem como todas as restrições ali expressas, ressalvado o exercício de cargos de interesse policial assim definidos em legislação própria".

Elucidativa, para o caso, a ementa do Acórdão do II Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado, ao julgar a Ação Rescisória nº 26.985:

"Direitos e vantagens de policiais-militares.

Previsão na lei federal impedindo se outorgue aos policiais-militares estaduais vantagens superiores às concedidas na órbita da União.

Prevalência da lei federal sobre a estadual.

Votos vencidos".

12. Ressalta o Decreto Federal nº 66.862, de 8 de julho de 1970, que aprova o Regulamento das Polícias-Militares e Corpos de Bombeiros-Militares (R-200), a proibição de "condições superiores" às conferidas às Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), "considerando a correspondência relativa dos postos e graduações" (artigo 27). No parágrafo único desse preceito regulamentar se inscrevem as exceções àquela vedação, ou sejam, gratificações e idade-limite de permanência de cabos e soldados no serviço ativo. Apenas isso, não se tolerando as demais "condições superiores" eventualmente outorgadas aos militares estaduais e que não sejam igualmente deferidas aos militares federais. Portanto, um Oficial ou uma Praça da Brigada Militar **não poderá ficar além** de um Oficial ou Praça, de idêntico posto ou graduação, das Forças Armadas, em termos de direitos, percepções pecuniárias, a qualquer título, ou regalias, salvo as exceções recém-enunciadas.

13. Pois bem. Já se demonstrou que a Lei Estadual nº 7.616/82 é mais abrangente, e, pois, excede o número de doenças incapacitantes para a função pública, arroladas na Lei Federal nº 6.880/80, das quais decorrerá a fixação ou revisão de proventos da aposentadoria.

Essa circunstância poderia sugerir a inaplicabilidade do diploma estadual aos policiais-militares, por inadequação com o Decreto-Lei nº 667/69 e demais ordenamentos pertinentes, como ficou entendido equivocadamente no PARECER nº 4961 desta Procuradoria-Geral.

14. Ocorre, no entanto, que, com fundamento na competência constitucional reservada à União e aos Estados, em matéria estatutária, pode, cada qual legislar e dispor sobre assuntos de seu pessoal. Não se cogita, ademais, de competência concorrente e sim de competência supletiva determinada por norma federal, superior, de observância obrigatória, no caso, pela Brigada Militar.

15. Conseqüentemente, aplica-se a lei estadual naquilo que não ultrapassar os limites fixados pela federal (Decreto-lei nº 667/69, principalmente). Se a estadual der menos, permanece esse menos; se conceder mais, torna-se ineficaz, porque feriu o limite consignado no diploma federal.

Resumindo: se a lei federal fixou em 100 (cem) o vencimento do Capitão das Forças Armadas e a estadual em 95 (noventa e cinco) do Capitão PM, deve ser aplicado esse último valor. Todavia, se suceder o inverso, isto é, se 95 (noventa e cinco) for o vencimento determinado pela legislação federal para o Capitão e 100 (cem) o estabelecido para o Capitão PM, distanciou-se do limite, advindo daí a ineficácia da lei estadual, relativamente ao excesso.

16. POR TUDO O EXPOSTO, a conclusão, salvo melhor juízo, assim se exprime:

a) — incide a Lei nº 7.616/82 nas hipóteses de inatividade, fixação e/ou revisão de proventos de policiais-militares, **sempre que não permitir condições superiores às deferidas às Forças Armadas**, ou seja, até o ponto em que se harmonizar com o Decreto-lei nº 667/69. Desse modo, restará ineficaz o diploma estadual em todos os casos de doenças não contempladas no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80);

b) — aplica-se, de regra, a lei estadual, a todas as categorias funcionais, à exceção das hipóteses em que exceder os limites previstos na legislação federal, situação em que resultará ineficaz.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 08 de dezembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5126,,
da lavra do Procurador do Estado Doutor JOSÉ
JOAQUIM MONTEIRO.

Restitua-se o expediente à Casa Civil do Gabinete do Governador.

Em 08-12-1982.

MÁRIO BERNARDO SEXTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO.

CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELO PODER LEGISLATIVO SEM CONCURSO PÚBLICO

ADERBAL TORRES DE AMORIM
Procurador-Geral da Assembléia Legislativa
Professor de Direito Constitucional e Direito Pro-
cessual Civil na Faculdade de Direito da PUC

PARECER

Contratação de pessoal técnico especializado. Constituição Federal, artigos 106 e 108. Nulidade de contrato de locação de serviços pelo Código Civil. Direito a ressarcimento aos prestadores do serviço.

1. Vem a exame desta Procuradoria o Processo n.º 0225/82 que trata de *"contrato de locação de serviços"* de três técnicos para procederem a pesquisa sobre *"O Perfil de Consumo da População de Baixa Renda"*, de iniciativa do Presidente da Comissão de Direitos Humanos.

Dada a verificação da necessidade de continuação dos trabalhos de pesquisa, solicitou o Dep. ANTENDR FERRARI a contratação dos técnicos (João Carlos Brum Torres, Anna Maria Machado Costa e José Cesar Martins Filho) para o período de 11 de janeiro de 1982 a janeiro de 1983.

Em manifestação datada de 17.03.82 esta Procuradoria expressou entendimento de que a referida contratação era *"caso atípico, não bem enquadrável na restrição da Resolução de Mesa n.º 28 de 1973"*. De qualquer forma, salienta-se naquele pronunciamento que *"apesar dessa consideração, a douda Mesa, em soberana decisão (5-8-81), determinou que, mesmo na espécie, fosse cumprido o disposto na citada Resolução"* (fl. 6).

Segue-se parecer da Mesa (relator Dep. CARLOS A. DE SOUZA) posicionando-se pela inaplicabilidade da Resolução n.º 28 que regula a contratação de assistência especializada às comissões técnicas da Casa para tarefas de curta duração, *"por período não excedente a noventa dias"* (artigo 4.º). Considera-se ali (fls. 8) que a pesquisa, procedendo a verificação periódica de consumo da população de baixa renda na região metropolitana, *exige, por sua própria natureza, um período de tempo muito maior"*. E sugere a contratação a contar de 18 de março de 1982, até o fim da presente legislatura, a saber, até 31 de janeiro de 1983.

Encaminhado o expediente à Diretoria de Pessoal foi elaborado contrato de locação de serviço na forma dos artigos 1216 e seguintes do Código Civil para vigorar

dentro do prazo acima referido (Cláusula Segunda). Registrou-se no contrato a condição de os locadores serem **empregados autônomos**, recolhendo sua contribuição à Previdência Social. A avença foi assinada em 18 de março de 1982 e publicada no Diário Oficial em data de 07 de abril de 1982.

Por ordem do Sr. Presidente da Assembléia Legislativa, Dep. AIRTON VARGAS, em 30 de setembro do corrente ano foi devolvido o expediente a esta Procuradoria, por decisão da Mesa, para reexame do mencionado contrato.

É o relatório.

2. A hipótese pode, à primeira vista, parecer singela e de fácil solução, o que não corresponde à complexidade subjacente à espécie. Diz-se à primeira vista, porque, dado que as partes contrataram "locação de serviços", na forma do Código Civil, ressaltando os locadores sua condição de autônomos, pareceria estar a avença resguardada de qualquer vínculo trabalhista e abrigar-se num "tertium genus", à margem do regime estatutário e à margem do regime celetista.

Esta primeira abordagem não resiste a uma análise mais séria dentro da necessária moldura constitucional brasileira em vigor.

Efetivamente, têm-se hoje, bem delimitadas no ordenamento jurídico nacional, duas formas inequívocas de o Estado recrutar pessoal para a realização de serviços públicos. Assim, para a execução de tarefas de **caráter permanente**, a forma de preenchimento dos cargos correspondentes às necessidades da administração pública dar-se-á por **nomeação** de funcionários subordinados a regime de natureza institucional, ou estatutário. É a regra basilar contida no artigo 97 da mal denominada Emenda nº 1 de 1969.

A não incidência deste regramento constitucional, que é o pórtico mesmo da Seção "Dos Funcionários Públicos" — e aqui a expressão tem conotação abrangente, de **servidor público** — remete à redação do artigo 106 da mesma Carta que reza:

"Art. 106 — D regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial".

Esta previsão difere substancialmente daquela contida no artigo 104 da Carta de 1967, que dizia:

"Art. 104 — Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para funções de natureza técnica especializada".

Vê-se, pois, que antes da dita Emenda nº 1 dúvida não remanescia sobre a aplicação do **regime celetista** àquela categoria de servidores.

3. Ocorre que pela nova redação trazida pelo artigo 106 tem-se dispositivo não auto aplicável, não bastante em si, mas pertencendo tipicamente à categoria das regras de **eficácia limitada**, consoante esforço classificatório insuperável de JOSÉ AFONSO DA SILVA em "Aplicabilidade das Normas Constitucionais" (1). Assim:

"são de eficácia limitada, porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executividade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas".

E adiante:

"(...) preferimos designá-las como normas de princípio institutivo, porquanto contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades pelo que também poderiam chamar-se de normas de princípio orgânico ou organizativo".(2)

Nesta previsão constitucional do artigo 106 fica evidenciado o **caráter peculiar** do regime jurídico a que deverão se submeter (a) os servidores **admitidos** em serviços de caráter temporário; (b) os **contratados** para funções de natureza técnica especializada.

Não fora assim, aqueles primeiros seriam estatutários e estes últimos seriam celetistas. Aliás, esta parece ser a posição referendada por HELY LOPES MEIRELLES em seu Direito Administrativo Brasileiro. (3).

4. Constata-se, porém, que **inexiste a edição de lei especial ali referida**, o que ocorre tanto na esfera federal, quanto na esfera estadual. Ora, se a Administração Pública só pode se afastar do regime institucional por determinação inequívoca de lei que regule o regime jurídico especial a que vão se submeter os servidores por ela admitidos, **enquanto esta lei não for editada estes servidores sujeitam-se ao regime trabalhista**.

Aqui está, por construção doutrinária referendada pelos melhores constitucionalistas e administrativistas (4), a segunda espécie possível de regime de admissão

(1) Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1982, p. 106 seguintes

(2) ob. cit., p. 112

(3) — 3ª ed., p. 366

(4) — MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 2ª ed., Rio, Forense, 1974;

— TÁCITO, Caio, Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1975;

— MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972;

— DALLARI, Adilson Abreu, Regimes Constitucionais dos Servidores Públicos, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo;

(contratação se se preferir) de pessoal para o serviço público, qual seja o da CLT (artigo 3º). Tem-se, assim, que, de regra, a **relação de emprego público** é desenhada por normas de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, configurando um sistema institucional. Fora desta órbita só há o regime contratual trabalhista.

5. Neste contexto é inadmissível a contratação albergada pelo Código Civil, dado que lei também nacional superveniente (a Consolidação das Leis do Trabalho) regra de modo extensivo as relações laborais, pela elasticidade e abrangência de seus conceitos jurídicos. Assim é hoje **injurídico**, porque sem cobertura legal defensável, a **contratação de locação de serviços com fulcro em dispositivos do Código Civil**.

Muito embora possa-se fazer uma distinção entre as duas espécies de regimes anunciados no artigo 106 da Lei Maior, para o caso "sub examine" importa a segunda parte do dispositivo, qual seja "**os contratados para funções de natureza técnica especializada**". Permanece, porém, irregrado o desenho jurídico desta contratação, com o que é ineficaz, **sobre ser nula**, qualquer disposição contratual pretendendo afastar o vínculo celetista o que, aliás, **nem a Lei estadual poderia fazer** dado que o legislador federal (CLT) já balisou as condições e requisitos para sua verificação.

6. Dra, dentro deste enquadramento é de todo despropositado qualquer abordagem relativa à Resolução de Mesa nº 28 de 1973, facultando a contratação em caráter eventual (artigo 1º), com dispensa de licitação, sob a forma de locação de serviços por período não excedente a noventa dias (artigo 4º). Estas contratações, inobstante os termos da Resolução, queira ou não a "locatária", revestir-se da roupagem celetista e como tal serão indubitavelmente reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Aliás, não foi outro o destino da Reclamatória ajuizada por MIGUEL BODEA contra a Assembléia Legislativa do Estado (sentença proferida em fevereiro de 1979) onde, em casuística análoga à ora vertente, reconheceu o Poder Judiciário o vínculo trabalhista e todas as parcelas daí correntes, de natureza pecuniária e obrigacional.

Dito de outro modo: a **inaplicabilidade** da Resolução de Mesa nº 28 **decorre de sua irremediável inconstitucionalidade**, resultando daí, necessariamente, sua **imprestabilidade para reger qualquer modalidade contratual** havida entre a Assembléia Legislativa e assessores especializados a fim de elaborarem trabalhos de natureza técnica e científica. (5)

— ROCHA, João Batista de Oliveira, O Regime jurídico especial do servidor público, em Ltr. 41/331. E pareceres da Procuradoria-geral do Estado do RS, especialmente: CGE nº 1895, ALMIRO DO COUTO E SILVA; CGE nº 2149, MANOEL ANDRÉ DA ROCHA; CGE nº 3190, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER; CGE nº 4034, JORGE ARTHUR MORSCH.
(5) artigo 1º da Resolução

7. Ainda dentro deste quadro acima esboçado não se poder deixar de referir a regra de **índole especial** constante do § 2º, do art. 108 da CF de 69 **verbis**:

"Os Tribunais federais e estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, por lei aprovada pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes". (Grifei.)

Aqui uma inequívoca restrição à admissão de pessoal pela Assembléia Legislativa. Na expressão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (6):

"A primeira parte deste parágrafo insiste na exigência de concurso, de títulos e provas ou somente de provas, para o provimento de cargos no Legislativo e Judiciário. A exigência já estava estendida a ambos pelo caput deste artigo, que lhes manda aplicar as normas da Seção, inclusive, portanto o art. 97, § 1º. Não há mera redundância, porém. Resulta do texto em exegese que a exceção prevista na parte final do referido § 1º do art. 97 não se aplica ao Legislativo e ao Judiciário. A lei, pois, não poderá dispensar de concurso o provimento da cargos nesses dois Poderes". (Grifei.)

Dito de outro modo: o § 2º, do art. 108 traz uma limitação à forma de recrutamento dos servidores do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, diferentemente do que concerne ao Executivo onde a lei poderá excepcionar casos de admissão sem a prestação prévia de concurso público.

8. Em síntese conclusiva: o servidor público que não estiver amparado por garantias estatutárias terá necessariamente as garantias da legislação trabalhista, independentemente do nome que se atribuir ao seu regime de trabalho, à falta de lei especial regulando um "tertium genus".

Assim, não se pode concluir senão pela **nulidade do contrato de locação de serviços em exame**, dado que revestido de forma defesa em lei. O reconhecimento da nulidade contratual não elide a constatação da emergência de obrigação, para a Assembléia Legislativa, de ressarcir os técnicos prestadores de serviços, pena de enriquecimento ilícito. Quer dizer, uma vez constatado que efetivamente houve a prestação de serviço,

"mesmo no caso de contrato nulo, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração,

(6) Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1974, 2º vol., p. 221.

uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização”.

A causação deste dever instaurado para o administrador reside em um só ponto: a repulsa ao enriquecimento injustificado. E o ressarcimento nasce da vantagem auferida efetiva e comprovadamente pelo ente estatal com a contribuição do particular.

9. Para finalizar:

a) é nulo o contrato de locação de serviços autorizados pela Mesa desta Casa celebrado entre a Assembléia Legislativa do Estado e os técnicos especializados, dado que desvestido de forma legalmente prevista. O regime de trabalho a reger a espécie é o celetista, à falta de regime especial a disciplinar avença daquela natureza;

b) é inaplicável a Resolução de Mesa nº 28 de 1973 porque vitimada de insanável inconstitucionalidade;

c) é de se reconhecer a obrigação da Assembléia Legislativa indenizar os técnicos prestadores de serviços devidamente demonstrados, sob pena de enriquecimento injustificado;

d) para solução de hipóteses análogas sugere-se que a Assembléia Legislativa edite lei especial para os casos previstos no art. 106 da Constituição Federal.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de outubro de 1982.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

(7) cfr. HELY LOPES MEIRELLES, em Licitação e Contrato Administrativo, p. 256.

APOSENTADORIA DE FUNCIONÁRIO MUNICIPAL

ALDO LEÃO FERREIRA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.290

FUNCIONÁRIO MUNICIPAL EFETIVO.

BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS.

A aposentadoria é obrigação constitucional da Municipalidade que, para tanto, deve instituir a competente verba orçamentária para seu custeio. Não tendo ela sistema próprio de previdência, mas, já garantindo aquela, devem ele e ela, desde 1º de janeiro de 1981, contribuir, em regime especial, para a Previdência Social Urbana.

O SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE TAPERA solicita parecer dessa Procuradoria-Geral sobre a possibilidade de serem efetivados descontos em favor de um fundo para a aposentadoria dos funcionários efetivos do Município, tendo em vista que os mesmos estão completamente desamparados previdenciariamente.

É o relatório.

A mais antiga notícia que se tem da *"pensão em vida"* refere-se a que teria sido concedida por EVILMERODOC, rei da Babilônia, a Joaquim, rei de Judá, referida em apêndice histórico às profecias de JEREMIAS, capítulo 52, versículo 34 (RDA, volume 79, página 249).

MÁRIO MASAGÃO definia a aposentadoria como *"a situação do funcionário público desligado definitivamente do exercício do cargo, por invalidez, ou como prêmio por longo tempo de serviço, e que continua a perceber, até o fim da vida, estí-pêndio integral ou reduzido, conforme o caso"* (Curso de Direito Administrativo, volume II, página 234).

Ela representa um direito sujeito a uma condição. Realizada essa condição, invalidez, idade, tempo de serviço, consolida-se o direito às vantagens concedidas por lei.

É um **direito** do funcionário público efetivo, assegurado constitucionalmente, inclusive ao pertencente às Municipalidades (Constituição Federal, artigos 101 e

108; HELY LOPES MEIRELLES, Direito Municipal, 3ª edição, refundida, página 677; ADILSON ABREU DALLARI, Regime Constitucional dos Servidores Públicos, São Paulo, 1976, *passim*).

Esse direito lhe assegura uma renda ou pensão vitalícia, com a denominação de **provento**. Fica ele, porém, vinculado ao Estado, daí lhe competindo direitos e deveres decorrentes dessa situação. Objetiva-se oferecer-lhe um repouso merecido pelo trabalho efetivado, assegurando-se-lhe sua subsistência em determinado nível de vida, tendo ela caráter alimentar. (Cf. RUBEN ROSA, na RDA, volume 14, página 356; ANDRÉ LAUBADÈRE, Manual, página 253; MÁRIO MASAGÃO, obra citada, página 224; THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, Tratado, volume IV, página 249; SÍLVIO LESSONA, Introdutione, página 145).

Para evitar que esse instituto se constituísse em objeto de abusos da legislação ordinária a Constituição Federal fixou-lhe as linhas mestras (Constituição Federal, artigos 101 a 103).

O custeio da aposentadoria se faz por dois regimes básicos: o **não contributivo** baseado no direito do funcionário e o contributivo, fundado na responsabilidade mútua deste e do Estado, atendido pelo **seguro social** (cf. MARY CARDOSO, Proteção dos Inativos e à Família dos Servidores do Estado, Tese, DASP, Imprensa Nacional, Rio, 1943, páginas 28, 29, 37 e 38).

O sistema não contributivo é adotado no Brasil e na Inglaterra. Nele o pagamento do provento fica a cargo do orçamento geral do Estado, que proverá verba para atender a essa despesa.

No contributivo é constituído um fundo que resulta de contribuição do funcionário mediante **quantum** percentual descontado de seu estipêndio, acrescida da contribuição do Estado.

Além desses dois sistemas, é adotado em algumas administrações locais dos Estados Unidos, o de "**capitalização**".

Assim, adotando o nosso País o sistema não contributivo, deve o consulente providenciar na instituição de verba orçamentária para o custeio da aposentadoria de seus funcionários efetivos, não sendo possível, constitucionalmente, a criação do pretendido fundo.

De outra parte, ao que consta, não tendo o Município sistema próprio de previdência — isto é, aquele que assegura no mínimo os dois benefícios clássicos: aposentadoria e pensão (Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, artigo 5º, § 2º), — mas, somente, sendo obrigado constitucionalmente, a conceder-lhes aposentadoria, estão eles sujeitos a **regime especial de contribuição** para a Previdência

Social Urbana (Lei Orgânica da Previdência Social — LOPS, artigo 3º, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980 — DOU de 11 de dezembro de 1980, páginas 24.790/91).

Para tanto, desde **1º de janeiro de 1981**, (Lei nº 6.887, artigo 4º), deveriam e deverão, obrigatoriamente, a Municipalidade, como eles próprios, contribuir para a Previdência Social com 4% de sua remuneração até 1º de janeiro de 1982 e, a partir dessa data, com 4,8%, na forma do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, e da Resolução IAPAS nº 116, de 8 de janeiro de 1982 que elevou o valor da contribuição.

Essa situação especial lhes garantirá e (ou) a seus dependentes as seguintes prestações: auxílio-natalidade ("f" do inciso I), pensão e auxílios, reclusão e funeral ("a", "b" e "c", do inciso II), assistência médico-odontológica e farmacêutica — essa dentro dos critérios do INAMPS —, reeducativa e de readaptação profissional (inciso III, tudo do artigo 22 da LOPS), conforme evidenciamos em nosso Parecer nº 4721, que anexamos ao presente, para evitar repetir.

É o nosso parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 24 de junho de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5290, da lavra do Procurador do Estado ALDO LEÃO FERREIRA.

Restitua-se o expediente à Unidade para Assuntos Municipais com vistas a sua remessa, acompanhado do Parecer nº 4721, à autoridade consulente.

Em 24-06-83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EMANCIPAÇÃO DE MUNICÍPIO

NILO VARGAS

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.296

EMANCIPAÇÃO DE MUNICÍPIO.

A receita e despesa da área emancipada deverão ser contabilizadas em separado pelo município-mãe, e a respectiva prestação de contas deverá ser feita 30 dias após a instalação da nova comuna, nos termos do artigo 41 e seu parágrafo 1º da Lei nº 4.054/60.

No que concerne às ações judiciais já em andamento, o município desmembrado pode assumir a defesa e o resguardo de seus direitos nos processos em andamento, sem qualquer outorga do município de origem, em razão da "legitimatío ad causam" que lhe é inerente por força da sucessão de direitos que ocorre por ocasião do desmembramento.

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PALMARES DO SUL, emancipado em 12 de maio de 1982, formula consulta à Procuradoria-Geral do Estado para obter orientação sobre problemas surgidos com a administração de Tramandaí, a cujo território pertencia parte da área emancipada (Balneário do Quintão).

Segundo dados fornecidos pela autoridade consulente, o Município de Palmares do Sul formou-se pela junção de áreas pertencentes aos Municípios de Osório, Mostardas, Tramandaí e Viamão.

Tão logo estruturou-se a administração da nova comuna, com a posse do Prefeito eleito, a 31 de janeiro do corrente ano, foram encetadas gestões administrativas de modo a que os municípios acima referidos prestassem as contas devidas a Palmares do Sul e lhe transferissem os créditos tributários relativos à dívida ativa do ano de 1982.

Todas as pendências foram satisfatoriamente resolvidas, à exceção do Município de Tramandaí, que não efetuou prestação de contas prevista em lei. Alega o Senhor Prefeito Municipal de Tramandaí, segundo os termos da consulta, que está

em dúvida sobre "o procedimento a ser adotado para formalizar a prestação de contas e transferir a responsabilidade e competência de decisão sobre a dívida ativa a partir de 1982".

Afirma a consulta, ainda, que o impasse decorre "fundamentalmente" de indecisão da Administração de Tramandaí face ao ajuizamento de uma medida cautelar inominada e de uma ação ordinária pela SOCIEDADE NACIONAL DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., administradora do Balneário do Quintão, que não se conforma com os impostos fixados sobre os terrenos do loteamento. À vista dos fatos, solicita o Senhor Prefeito de Palmares do Sul parecer sobre:

"a — procedimento para o Município de Tramandaí efetuar a prestação de contas e transferência da dívida ativa de 1982 para o Município de Palmares do Sul;

b — procedimento para o Município de Tramandaí outorgar ao Município de Palmares do Sul competência legal para contestar as ações judiciais ora em tramitação no forum de Tramandaí".

É o relatório.

Trata-se, como é evidente no caso, de sucessão de municípios.

Como é sabido, por ser um princípio geral de direito, toda sucessão envolve a transferência de direitos do sucessor para quem o sucede, ao mesmo tempo em que este último passa a responder pelas obrigações assumidas por aquele.

No caso de sucessão entre entes de Direito Público Interno, os efeitos dessa mudança são regulados por normas de Direito Público que, na sua essência, são as mesmas do Direito comum. Ocorrendo a sucessão entre municípios, é preciso sublinhar que o seu efeito no campo dos direitos e obrigações deve guardar relação direta, de causa e efeito, entre o fato jurídico primitivo e o território desmembrado — ou parte dele — que veio a integrar a nova unidade territorial e política.

A situação posta na consulta não oferece dificuldade insuperável porque, segundo as informações nela contidas, o Prefeito Municipal de Tramandaí não impugna ou contesta o direito de Palmares do Sul em sub-rogar-se nos créditos tributários constituídos por incidência sobre bens localizados na área emancipada.

De qualquer forma, tratando-se de sucessão de direitos e obrigações envolvendo pessoas jurídicas de direito público, incidem as disposições imperativas do artigo 120 da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional — cuja redação é a seguinte:

"Art. 120 — Salvo disposição de lei em contrário, a pessoa jurídica de direito público, que se constituir pelo desmembramento territorial de outra, sub-roga-se nos direitos desta..."

Em razão dessa sub-rogação, a Prefeitura Municipal de Tramandaí que, nos termos do artigo 119 do Código Tributário Nacional, estava na condição de sujeito ativo da obrigação tributária, perdeu a titularidade que detinha, por imposição legal expressa. Ao mesmo tempo, e pela incidência da citada regra legal, a Prefeitura Municipal de Palmares do Sul incorporou a seu patrimônio jurídico todos os direitos relativos a créditos tributários apurados na área do Município de Tramandaí, que passou a integrar seu território (Balneário Quintão).

Paralelamente, o município de Tramandaí deveria ter procedido na forma estabelecida pelo artigo 41 e seu parágrafo 1º, da Lei Estadual nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, ou seja, contabilizando em separado a receita e despesa da área que foi desmembrada de seu território e passou a integrar a do novo Município de Palmares do Sul, e bem assim prestando as respectivas contas nos trinta dias subsequentes à instalação do mesmo.

Do ponto de vista legal, o Município de Tramandaí, por seu Prefeito, não pode eximir-se de cumprir normas imperativas de procedimento administrativo sob a alegação de que ações judiciais impedem ou dificultam as providências cabíveis.

No que pertine à prestação de contas, administração do Município de Palmares do Sul deve notificar formalmente ao Senhor Prefeito Municipal de Tramandaí para que proceda à sua efetivação, fixando-lhe prazo para tanto. No caso de impossibilidade material, somos de parecer que poderia ser adotada a providência prevista no artigo 42 e seus parágrafos, da Lei nº 4.054, como fórmula eficaz e prática de solucionar o impasse. A notificação em referência, que tanto poderia ser feita por meios administrativos comuns como por via judicial, deve sublinhar a necessidade de serem relacionados os débitos lançados em dívida ativa ou em cobrança judicial, de modo a possibilitar a futura intervenção do novo município.

Não há necessidade, a nosso juízo, que a dívida ativa referente a contribuintes e/ou bens situados na área desmembrada de Tramandaí, seja "transferida" para o município de Palmares do Sul. Por lei, o novo município já é o sujeito ativo das relações tributárias mencionadas, bastando habilitar-se nos processos de execução porventura ajuizados pela Prefeitura de Tramandaí, ou expedir novas certidões de dívida ativa para futura cobrança dos débitos ainda não pagos ou executados.

Quanto à indagação sobre o procedimento a ser seguido no sentido de compelir o município de Tramandaí a "outorgar competência legal" para que Palmares do Sul conteste as ações propostas por contribuintes contra a cobrança de impostos incidentes sobre bens situados no Balneário Quintão, manifestamos que não se trata disso.

Nos procedimentos judiciais intentados contra a Prefeitura Municipal de Tramandaí, ela veio a juízo na condição de ré, investida da legitimidade que lhe permite contestar a ação, que é o segundo requisito fixado pelo artigo 3º do Código de Processo Civil.

Essa legitimidade, a que alude o citado dispositivo processual, é conhecido como "legitimatío ad causam", significando, na lição de CHIOVENDA, que "*é a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e da pessoa do réu com a pessoa obrigada*". No caso, a legitimidade é de natureza passiva.

A legitimidade, como é curial, vincula-se a uma relação jurídica que une uma pessoa física ou jurídica a um bem, direito ou interesse, juridicamente tutelados. Na situação versada na consulta, a Prefeitura Municipal de Tramandaí deixou de ser parte no processo pela simples razão de que não tem mais legitimidade para estar em Juízo, eis que legalmente despida da condição de titular do direito ao crédito tributário cuja validade e legalidade são atacadas pelo autor.

Em razão do exposto, torna-se evidente que estamos face a uma das hipóteses de substituição processual, enumeradas nos artigos 41 a 45 do Código de Processo Civil. Especificamente, trata-se de substituição voluntária, prevista no artigo 41, "verbis":

"Art. 41 — Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei".

Na lição de SÉRGIO SAHIONE FADEL, in Código de Processo Civil Comentado, tomo I, pág. 114, ed. 1974.

"Substituição processual é a mudança de uma ou de ambas as partes, no processo, por força de atos ou fatos jurídicos que dêem ao substituto a legitimidade para continuar na ação".

Ainda,

"Há diversas formas de substituição processual: umas compulsórias, como o espólio que substitui o 'de cujus'; outras voluntárias, como o sucessor, que substitui o antecessor, ou o cessionário ao direito do cedente".

Sendo caso de substituição processual, meramente, não depende o Município de Palmares do Sul de qualquer ato ou outorga do Município de Tramandaí para que possa assumir a defesa e resguardo de seus direitos e interesses nos processos já em andamento, mesmo ajuizados contra esta pessoa de Direito Público. Basta comprovar a existência do novo município e a integração da área onde se situa o loteamento do Balneário Quintão, no seu próprio território.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 29 de junho de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.296, da lavra do Procurador do Estado NILO VARGAS.

Restitua-se o expediente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, com vistas a sua remessa à autoridade consulente.

Em 29.6.83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

REMUNERAÇÃO DE VEREADOR

SÍLVIA LA PORTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Constitucional na UNISINOS

PARECER Nº 5.362

REMUNERAÇÃO DE VEREADOR.

Inconstitucionalidade de sua fixação pela atual Mesa da Câmara (CF artigo 15, § 2º e artigo 33, § 2º).

Verba de representação de Presidente da Câmara Municipal. Inconstitucionalidade de sua fixação por decreto legislativo emitido para vigorar na mesma legislatura em que foi editado.

Permanência do decreto legislativo da anterior legislatura para regular a matéria.

1. Consulta o Prefeito Municipal de Muçum sobre:

a) a "legalidade" de fixação dos subsídios dos vereadores para o exercício de 1983 pela atual Mesa da Câmara Municipal, considerando a existência de decreto legislativo datado de 28 de dezembro de 1982 que fixou subsídios para toda a legislatura, a saber, de 31 de janeiro de 1983 a 31 de dezembro de 1988.

b) A fixação dos subsídios com base em 3% do que percebem os deputados estaduais, considerando o parâmetro fixado de 3% da receita efetivamente arrecadada, conforme estabelece o artigo 4º do decreto fixado pela Mesa anterior.

c) A concessão de uma verba de representação do Presidente da Mesa com base em 100% da representação percebida pelo Prefeito Municipal, previsão esta inexistente no decreto que fixou os subsídios para o atual período legislativo.

Anexa o expediente cópia do decreto legislativo 06/82 que estabelece a remuneração dos vereadores para a legislatura 1983/1988 e do decreto legislativo 02/83 de 17 de março de 1983 que estatui em seu artigo 1º remuneração em cruzeiros relativa à parte fixa e à parte variável para os vereadores. E em seu artigo 2º estatui que:

"O Presidente da Câmara Municipal perceberá verba de representação, em importância igual a 100% do valor percebido, a este título, pelo Prefeito Municipal."

É o relatório.

2. A consulta envolve duas questões distintas em tomo a:

a) **momento** juridicamente hábil de fixação dos subsídios dos vereadores e **critério** de fixação destes mesmos subsídios.

b) **momento** juridicamente hábil de concessão da verba de representação do Presidente da Câmara e **critério** para fixação da mesma.

Nesta ordem de temas passaremos a responder a consulta.

3. É da mais remota tradição do Direito positivo brasileiro que os subsídios dos parlamentares sejam estabelecidos na legislatura anterior para vigorar no seguinte, princípio este que, indubitavelmente, é informado por razões de **moralidade pública**. Previsão constitucional diversa desta significaria tão simplesmente a faculdade de legislar em causa própria, o que, a par de configurar constrangimento inafastável, teria a virtualidade de gerar abusos e imoralidades insanáveis, dado que constantes em lei (quer dizer, de decreto legislativo, modalidade legislativa, cfr. CF artigo 46 inciso VI) e para vigorar durante o lapso de tempo em que os favorecidos permaneceriam como legisladores.

Assim, desde a **Constituição Política do Império do Brasil** teve-se a imposição contida no artigo 39, literalmente:

"Os deputados vencerão, durante as sessões, um subsídio pecuniário taxado no fim da última sessão da legislatura antecedente."

Além disto, se lhes arbitrará uma indenização para as despesas de vinda e volta."

E na **Constituição de 1891**, artigo 22:

"Durante as sessões vencerão os senadores e os deputados um subsídio pecuniário igual a ajuda de custo, que serão fixados pelo Congresso, no fim de cada legislatura, para a seguinte".

Em termos em tudo semelhantes à **Carta de 1934**, artigo 30, sendo a de 1937 omissa. E a **Carta de 1946**, artigo 47, § 2º:

"A ajuda de custo e o subsídio serão fixados no fim de cada legislatura".

Igualmente a previsão contida na **Carta de 1967**, artigo 35 e na mal denominada **Emenda nº 1 de 1969**, artigo 33, rezando:

"O subsídio, dividido em parte fixa e parte variável e a ajuda de custo de deputados e senadores serão iguais e estabelecidos no fim de cada legislatura para a subsequente".

Esta remissão pretende demonstrar, à exaustão, que desde a mais antiga tradição do direito constitucional brasileiro a remuneração a que o parlamentar faz jus pelo desempenho do mandato, seja estabelecido no fim de uma legislatura em benefício da vindoura. A regra é, seguramente, de cunho de moralidade pública.

4. Já no que concerne à **remuneração dos vereadores**, teve-se, na **ordem histórica**, a edição do **Ato Institucional nº 2** de 27 de outubro de 1965 que estabeleceu como regra a gratuidade da vereança, consoante letra do artigo 10. Foi a **Constituição de 67** que determinou a remuneração dos vereadores nas Capitais e nos Municípios de população superior a cem mil habitantes. A **Emenda Constitucional nº 1 de 1969** dilatou tal previsão para duzentos mil habitantes, e, por fim, a **Emenda Constitucional nº 4 de 1975** prevê a remuneração para os vereadores de todo e qualquer Município com redação inequívoca nos termos:

"Art. 15 — A autonomia municipal será assegurada:

§ 2º — "A remuneração dos vereadores será fixada pelas respectivas Câmaras Municipais para a legislatura seguinte, nos limites e segundo critérios estabelecidos em lei complementar".

A dizer, é absolutamente indubitoso, desde o enfoque constitucional, que os subsídios dos vereadores não de ser fixados na legislatura anterior para vigorar na que se lhe seguir. Qualquer outro procedimento alvejará o texto da Lei Maior. Daí, portanto, as inúmeras decisões do Poder Judiciário que anulam sistematicamente as deliberações das Câmaras que alteram os subsídios na legislatura em curso. Só para referir uma decisão do Tribunal de São Paulo (in R. T. 433/105) de 1971 em cuja ementa se lê:

"Resolução majorando subsídios de vereadores para legislatura em curso. Ilegalidade. Ação Popular procedente".

Não tem sido outra a posição da nossa Suprema Corte, sendo de destacar o acórdão proferido no RE nº 40.982, Rel. Min. BARROS BARRETO, onde ficou consignado que:

"Exigindo a fixação de subsídio bem como a ajuda de custo no fim de cada legislatura, a Lei Básica quis preservar o legislador da pecha de

legislar em causa própria, deixando-se influenciar pela cobiça que é sentimento fatal à natureza humana, e, do ponto de vista jurídico, simplesmente imoral". (RF 195/133).

Para reforçar ainda mais o princípio aqui exposto, tem-se o depoimento do Min. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (in R.T. 261/446) extremamente relevante para o bom deslinde da questão:

"Trata-se aqui de saber se o preceito da Constituição Federal que só permite o aumento de subsídio para a próxima legislatura e aplicável ao Município, o que não implica na interferência da União na área municipal senão na preeminência da Constituição Federal para regular matéria que impõe procedimento comum nas três áreas — Federal, Estadual e Municipal. (...)

Foi para evitar abusos dessa natureza (aumento disfarçado de subsídio, dividindo o expediente em três sessões distintas, correspondente a subsídios distintos) que a Constituição dispôs expressamente que os subsídios só poderiam ser aumentados para a legislatura subsequente"

E para finalizar, a palavra do clássico BARBALHO que ao comentar a Constituição Republicana de 1891:

"Não ficava bem que o representante fixasse o subsídio para si mesmo: a Constituição respeitou justo melindre e evitou a situação embaraçosa dos legisladores, se tivessem que arbitrar, eles mesmos, o que para si houvesse que sair dos cofres públicos. No fim de cada legislatura, para os que hão de constituir a legislatura seguinte, arbitram-no, então, sem constrangimento, nem interesse próprio". (Rio, 1902, p. 70).

Dentro desta moldura que informa a matéria na sua exata significação, constata-se a correção do previsto na Lei Orgânica do Município consulente que em seu **artigo 11** diz:

"O mandato do Vereador será remunerado nos casos e na forma permitidos pela Constituição Federal e Lei Complementar."

5. O dispositivo constitucional em torno do qual gira a problemática suscitada faz remissão a **limites e critérios** trazidos em lei complementar.

Presentemente a matéria é regulada pela **Lei Complementar nº 25** de 02 de julho de 1975 e pela **Lei Complementar nº 38** de 13 de novembro de 1979, sendo que aquela primeira teve o cuidado de excepcionar duas situações que a Constituição

Federal, na delimitação do "princípio moral" ali consagrado, não previra. Assim, na Lei Complementar nº 25 tem-se no **artigo 5º** que:

"As Câmaras Municipais que se instalarem pela primeira vez e as que ainda não tiverem fixado a remuneração dos Vereadores, podem determiná-la para a legislatura em curso, obedecido o disposto no artigo anterior." (o artigo 4º fixa os limites de remuneração para os vereadores)

E o **artigo 6º**:

"Poderão as Câmaras Municipais, não havendo coincidência de mandatos legislativos estaduais e municipais, atualizar a remuneração dos Vereadores para a mesma legislatura, quando ocorrer fixação de subsídios dos Deputados, nos termos da Constituição do respectivo Estado".

Por seu turno, a **Lei Complementar nº 38** detalhando ainda mais outra situação ocorrente previu em seu **artigo 6º**:

"Poderão as Câmaras Municipais atualizar a remuneração dos Vereadores para a mesma legislatura quando ocorrer fixação ou reajustamento da remuneração dos Deputados dos respectivos Estados, observado o disposto no artigo 4º". (o artigo 4º fixa os limites da remuneração dos Vereadores)."

Este é o embasamento constitucional e infraconstitucional que atende a primeira questão posta.

6. No que tange à segunda questão posta — **limites e critérios para fixação da remuneração dos vereadores** — temos um princípio de resposta na **Lei Complementar nº 25** de 1975, **artigo 4º**, **caput**, que reza:

"A remuneração dos Vereadores não pode ultrapassar, no seu total, os seguintes limites em relação aos subsídios fixados aos Deputados à Assembléia Legislativa do respectivo Estado:

(...)

X — a remuneração mínima dos Vereadores será de 3% do subsídio do Deputado Estadual, podendo, nesse caso, a despesa ultrapassar o percentual previsto no artigo 7º"

O artigo 7º cuida de ressaltar que:

"A despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá, em cada Município, ultrapassar, anualmente, 3% da receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior".

Inobstante o advento da Lei Complementar nº 38, esta determinação não foi revogada, achando-se em pleno vigor.

Na hipótese da consulta, a fixação do subsídio com base em 3% do que percebem os deputados estaduais não fere a previsão da Lei Complementar nº 25 porque o texto legal mesmo ressalva que *"nesse caso a despesa pode ultrapassar aquele percentual de 3% da receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior"*.

O que ocorre precisamente, *in casu*, não é a **ilegalidade** do critério de fixação do subsídio, mas defeito incomparavelmente mais grave — a **inconstitucionalidade** do Decreto legislativo 02/83 editado pela atual Mesa da Câmara pelos fundamentos acima referidos.

Neste sentido, a resposta à segunda questão fica prejudicada no seu conteúdo próprio pela relevante circunstância de que o **novo Decreto legislativo é no seu todo eivado de inconstitucionalidade**.

7. O último aspecto da consulta envolve o tema da **verba de representação** atribuída ao Presidente da Câmara e também fixada pela atual Mesa da Casa parlamentar municipal.

Uma correta abordagem do problema nos remete inicialmente ao exame da **natureza jurídica da verba de representação**. A doutrina administrativa tem sido unânime em concluir que a verba de representação tem **natureza indenizatória** (cfr. JOSÉ AFONSO DA SILVA em **Manual do Vereador**, Cepan, Brasília; HELY LOPES MEIRELLES, em **Parecer na RDP 34/229** e em **Direito Municipal Brasileiro**, p. 828, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em **Comentários à Constituição Brasileira**, 3ª ed. p. 203).

A convergência neste sentido origina-se da constatação de que:

a) a **remuneração** do parlamentar compõe-se de **subsídio** que é a retribuição por serviços efetivamente prestados e **ajuda de custo** (cfr. letra do art. 33 da CF);

b) a **ajuda de custo** é de natureza compensatória, de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento às sessões (cfr. § 1º do art. 33), quer dizer, aquelas despesas realizadas em função do mandato;

c) ora, à toda evidência que a **verba de representação** não compõe o subsídio, mas compõe a remuneração, sendo espécie análoga a da ajuda de custo. Daí retira seu caráter indenizatório e neste preciso sentido vincula-se ao cargo de Presidente da Câmara com as funções específicas que se lhe são afetas e não ao mandato de vereador enquanto tal.

Esclarece HELY no parecer da RDP que o critério de fixação de tal verba não pode ser arbitrário *"dada a natureza indenizatória da verba de representação destinada a compensar, por estimativa, despesas próprias do exercício de cargos representativos"* (p. 233).

8. Vestindo a mesma natureza jurídica da ajuda de custo e, pois, compondo a remuneração do Chefe do Poder Legislativo Municipal, a verba de representação há de receber o mesmo tratamento que a Constituição Federal confere àquela primeira, quer dizer, há de ser estabelecida *"no fim de cada legislatura para a subsequente"*. (caput do art. 33). Verifica-se também, a este respeito, a preservação do princípio de moralidade pública que informa a percepção de subsídio pelo parlamentar com todas as considerações já registradas. Aliás, nesta ordem de idéias seria contraditória e de má lógica jurídica atribuir tratamento estranho à verba de representação, fora da sistemática global da remuneração dos congressistas, deputados estaduais e vereadores. Como parcela que integra a remuneração, a verba de representação segue o sistema mapeado pelo texto da Lei Maior.

Outra não foi a conclusão do parecer emitido pelo então Consultor-Geral do Estado, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER (nº 3900), cuja ementa registra:

"Verba de representação de Presidente de Câmara Municipal. Não pode ser paga na mesma legislatura em que haja sido fixada".

E no corpo do parecer assevera que *"tal verba, integrando a remuneração do vereador presidente da Câmara, somente pode ser fixada para vigor na legislatura seguinte, nos termos do artigo 15, § 2º da Constituição Federal"*.

Razão pela qual, HELY LOPES MEIRELLES (in **Direito Municipal Brasileiro**, p. 828) ao referir-se à remuneração dos Prefeitos, a sujeita aos mesmos princípios que a remuneração dos vereadores, assim se posiciona:

"A regra da inalterabilidade (da remuneração que compõe-se de subsídio, equivalente ao vencimento, e verba de representação) é constitucional e de alta finalidade moral e administrativa, razão pela qual o Judiciário tem anulado sistematicamente as deliberações das Câmaras que alteram o subsídio ou verba de representação do Prefeito (e também dos Vereadores), na legislatura em curso. TJSP RT 221/140, 223/235, 226/132 235/31 239/182, 246/279, 249/282, 264/483, 270/428, 273/436".

Entendemos, ao cabo, que o Decreto legislativo nº 06/82 está em pleno vigor — eis que o Decreto legislativo nº 02/83 é eivado de inconstitucionalidade. Aquele primeiro não fixou verba de representação para o Presidente do Legislativo Muni-

pal e por todas as razões antes explicitadas tal fixação não poderá dar-se na presente legislatura, sob pena de se incorrer em grave defeito ou imoralidade repudiada pelo constituinte, qual seja a de o legislador legislar em seu próprio benefício pecuniário.

9. Sumariando temos que:

A) a fixação de remuneração para vereadores pela atual Mesa da Câmara para o exercício de 1983 é inconstitucional. Permanece em vigor e com eficácia o Decreto legislativo nº 06/82 que fixou a remuneração dos vereadores do Município consilente.

B) Os critérios e limites da remuneração são os estabelecidos pelo Decreto legislativo nº 06/82, prevalecendo a previsão constante do § 2º do artigo 4º que afina perfeitamente com a Lei Complementar nº 25 de 1974, artigo 7º. Constata-se, ademais, que este mesmo Decreto legislativo teve o cuidado de prever a atualização da remuneração (artigo 5º) sempre que houver fixação ou reajustamento da remuneração dos deputados estaduais (cfr. facultado expressamente pela Lei Complementar nº 25 em seu art. 6º). É pois irreparável o provimento legislativo da Mesa anterior e é o texto legal que deve reger a matéria.

C) Inexistindo fixação de verba de representação para o Presidente da Câmara no texto do Decreto legislativo editado pela legislatura anterior, não pode a atual Mesa proceder à sua concessão.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 17 de agosto de 1983.

Acolho a conclusão do Parecer nº 5.362, de lavra do Procurador do Estado SÍLVIA LA PORTA.

Restitua-se o expediente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, com vistas a sua remessa à autoridade consulente.

Em 17.8.83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

CONVOCAÇÃO DE PREFEITO PELA CÂMARA MUNICIPAL

MARIA IZABEL DE ARAÚJO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 5.335

PREFEITO. CONVOCAÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL.

Os pedidos de informações e as convocações dos Legislativos aos Executivos municipais, bem como as obrigações de atender aos mesmos, fundamentam-se na harmonia entre os Poderes, encontrando limite no princípio da independência dos Poderes, inserindo-se, pois, na função fiscalizadora do legislativo.

A Câmara Municipal de Vereadores poderá solicitar informações ao Prefeito referentes aos negócios públicos do Município, podendo convocar, por intermédio do mesmo, os secretários municipais ou titulares de diretorias equivalentes, de acordo com o previsto em sua Lei Orgânica.

Através do Processo nº 01369-10.00/1983-PGE, indaga o Secretário Executivo da CÂMARA DE VEREADORES DE HORIZONTINA se a Câmara de Vereadores tem poderes para convocar o Prefeito Municipal para prestar esclarecimento ao plenário.

É a consulta.

Inicialmente, cumpre registrar que a Constituição Federal proclama o princípio da separação dos Poderes como regra geral, aplicado o mesmo aos Estados e Municípios, considerando-se, pois, inconstitucional a fiscalização de um Poder sobre o outro fora do processo constitucionalmente previsto.

D artigo 6, "caput", da Constituição Federal, consagra o princípio da independência e harmonia dos Poderes:

"Artigo 6º — São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Assim, os pedidos de informações e as convocações dos legislativos municipais aos Executivos municipais, bem como as obrigações de atender aos mesmos, fundamentam-se na harmonia que se preserva entre os Poderes.

De outra parte, tal direito do Legislativo não é exercido discricionariamente, mas encontra limite no próprio princípio da independência dos Poderes.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em *"Manual do Vereador"* (2ª ed., Fundação Prefeito Faria Lima, São Paulo, 1977, págs. 78/79), manifestando-se sobre as quatro funções básicas das Câmaras Municipais (legislativa, deliberativa, fiscalizadora e julgadora), no que tange à função fiscalizadora, esclarece:

"Assim, sua função fiscalizadora cresce de relevo, pois, por meio de seu exercício, a Câmara fiscaliza e controla a administração local. É a única, aliás, que está prevista expressamente na Constituição Federal, quando se declara que a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios será exercida mediante controle externo da Câmara Municipal (artigo 16). Mas a função fiscalizadora da Câmara não se limita à fiscalização financeira e orçamentária, embora esta seja a mais importante".

Mais adiante, enumera, entre os meios que se serve a Câmara para o exercício da função fiscalizadora:

"I — o pedido de informações ao Prefeito sobre fato relacionado com matéria legislativa em tramitação na Edilidade ou sobre fato sujeito à sua fiscalização, e que o Prefeito é obrigado a prestar no prazo previsto;

II — a convocação dos auxiliares diretos do Prefeito (secretários municipais ou equivalentes) para prestarem informações sobre matérias de sua competência;"

Desta forma, os pedidos de informações e as convocações, inserem-se na função fiscalizadora do legislativo.

Quanto aos pedidos de informações da Câmara, se há de ter presente o artigo 30, letra "c", da Constituição Federal:

"c) a Mesa da Câmara dos Deputados ou a do Senado Federal encaminhará, por intermédio da Presidência da República, pedidos de informação sobre fato relacionado com matéria legislativa em trâmite ou sujeito à fiscalização do Congresso Nacional ou de suas Casas".

No âmbito estadual, o artigo 27, item XVII e artigo 66, item XV, ambos da Constituição Estadual, dispõem:

"Artigo 27 — É da competência exclusiva da Assembléia:

"XVII — solicitar informações, por escrito, ao Poder Executivo, através de pedido encaminhado ao Governador sobre fatos relacionados com matéria legislativa em tramitação ou sujeitos à fiscalização da Assembléia";

E o artigo 66, item XV, inclui na matéria de competência privativa do Governador do Estado:

"XV — prestar, por escrito, no prazo de noventa dias, todas as informações e esclarecimentos que a Assembléia solicitar a respeito dos serviços do Poder Executivo;"

Por sua vez, lê-se em seu artigo 143:

"Artigo 143 — Os Municípios do Rio Grande do Sul regem-se pelas Leis Orgânicas e demais leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

E o artigo 157, item IV, da mesma Carta estabelece:

"Artigo 157 — As atribuições do Prefeito são fixadas na Lei Orgânica, competindo-lhe privativamente:

"IV — prestar as informações solicitadas pela Câmara referentes aos negócios públicos do Município".

A Lei Orgânica do Município de Horizontona inclui entre matérias de competência exclusiva da Câmara enumeradas em seu artigo 17, a seguinte:

"XIII — solicitar informações, por escrito, através de pedido encaminhado ao Prefeito, sobre fatos relacionados com matéria legislativa em tramitação ou sujeitos à fiscalização da Câmara;"

O artigo 41, da referida Lei Orgânica, que estabelece as matérias de competência privativa do Prefeito, prevê em seu item XII:

"XII — prestar, por escrito, no prazo de trinta (30) dias, as informações solicitadas pela Câmara referentes aos negócios públicos do Município".

No que diz respeito à convocação do Prefeito Municipal para prestar esclarecimentos à Câmara, a Lei Orgânica do Município consulente, em seu artigo 17, item XVI, considera da competência exclusiva da mesma:

"XVI — convocar secretários — municipais ou titulares de diretorias equivalentes na forma estabelecida nesta lei orgânica".

E, em seu artigo 15, inserido nas disposições gerais referentes à Câmara Municipal, estabelece:

"Artigo 15 — Os Secretários Municipais ou titulares de Diretoria equivalente são obrigados a comparecer perante a Câmara ou qualquer de suas comissões, quando convocados pela maioria daquela, ou destas, por intermédio do Prefeito Municipal, para prestar informações sobre assunto previamente determinado."

Parágrafo único — A falta de comparecimento, sem justificação, dentro dos vinte dias úteis seguintes ao recebimento da comunicação, importa em falta funcional."

Segundo entendimento de HELY LOPES MEIRELLES:

"No Município que tiver Secretários Municipais, estes, como agentes políticos e auxiliares diretos do Prefeito, é que deverão ser convocados para prestar informações à Câmara nos assuntos concernentes às respectivas Pastas, desde que a Lei Orgânica ou a Carta Própria, assim o estabeleça, como já o fez a Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo". (Direito Municipal Brasileiro, 4.ª ed., São Paulo, Ed. Revista Tribunais, 1981, pág. 569).

Já a Constituição Federal em seu artigo 38 prevê:

"Artigo 38 — Os Ministros de Estado serão obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer de suas comissões, quando uma ou outra Câmara, por deliberação da maioria, os convocar para prestarem, pessoalmente, informações acerca de assunto previamente determinado".

E o artigo 25 da Carta Estadual preceitua:

"Artigo 25 — Os Secretários de Estado são obrigados a comparecer perante a Assembléia ou qualquer de suas Comissões quando convocados pela maioria daquela, ou destas, para prestar, pessoalmente, informações acerca de assunto previamente determinado".

Configurando-se a hipótese da convocação dos auxiliares diretos do Prefeito, salienta TITO COSTA:

"A Câmara convoca o Secretário por intermédio do Prefeito; e a este cabe atender à convocação, por isso que os Secretários municipais são considerados auxiliares diretos do chefe do executivo, verdadeiros agentes políticos". (Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1975, pág. 150).

Ressalta-se, contudo, que a função fiscalizadora exercida pela Câmara Municipal poderá ser realizada desde que mantida a independência e harmonia de poderes, sem ferir, pois, o princípio contido no artigo 6.º da Constituição da República.

RESUMINOO:

Em razão da função fiscalizadora do Legislativo.

a. A Câmara de Vereadores de Horizontina poderá solicitar informações ao Prefeito referentes aos negócios públicos do Município. (artigo 157, item IV, da Constituição Estadual e artigo 17, item XIII e artigo 157, item IV, da Constituição Estadual e artigo 17, item XIII e artigo 41, item XII, ambos da Lei Orgânica do Município);

b. A Câmara poderá convocar os secretários municipais ou titulares de diretorias equivalentes, de acordo com o disposto no artigo 17, item XVI e artigo 15, ambos da Lei Orgânica do Município. A convocação destes auxiliares diretos do Executivo, se dará por intermédio do Prefeito, a quem cabe atendê-la.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 21 de julho de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5335, da lavra do Procurador do Estado MARIA IZABEL DE ARAÚJO RIBEIRO FONYAT.

Restitua-se o expediente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais com vistas a sua remessa à autoridade consulente.

Em 21-7-83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

FALECIMENTO DE SERVIDOR MUNICIPAL

TARGINO BIDART DA SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.185

SERVIDOR MUNICIPAL CELETISTA.

Direitos residuais após a morte.

Reversão período de férias, 13º proporcional, em pecúnia, bem como levantamento FGTS, PIS-PASEP e conseqüente pensão no INPS.

O Poder Executivo do MUNICÍPIO DE CONSTANTINA, neste Estado, através do Ofício nº 04/83, de 11 de janeiro de 1983, encaminhado pelo Secretário Municipal da Administração, formula consulta vasada na forma seguinte:

"FATO: Um funcionário desta administração, regido pela CLT, faleceu após um ano e onze meses de trabalho, tendo, no entanto, tirado suas férias no que tange ao 1º ano (recebeu-a)."

"PERGUNTA-SE: De conformidade com os artigos da CLT que versam a respeito das férias invocamos seu entendimento sobre a legalidade da conversão em dinheiro das férias referentes aos onze meses, isso é legalmente possível?"

É o relatório.

1. Falecendo servidor municipal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a indagação do consulente cinge-se à dúvida sobre o pagamento, em dinheiro, à família do "de cujus" do período de onze meses, de férias proporcionais.

Ocorre que, "in casu", as vantagens pecuniárias decorrentes do evento alcançam outras áreas, pertinentes à relação empregatícia.

2. Com relação a férias, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), estabelece no parágrafo único do artigo 146, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.535, de 13 de abril de 1977, que a morte do empregado antes de completar um ano de trabalho implica no pagamento, em dinheiro, de 1/12 um doze avos) por mês de serviço.

Daí por que falecendo o servidor municipal após onze meses de trabalho, assiste à sua família o direito de receber 11/12 (onze, doze avos) da sua remuneração.

3. À família do "de cujus" deve ser pago o salário correspondente aos dias do último mês que exerceu sua atividade, até o dia da morte.
4. A Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, instituiu a gratificação de Natal para os trabalhadores, isto é, a todo aquele cuja relação empregatícia seja regida pela CLT.

Abrange, por sem dúvida, o empregado público, cuja vinculação à Administração Pública é regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A gratificação natalina é conhecida como décimo terceiro salário.

Por essa razão, com base no § 1º, do artigo 1º, da citada lei, os familiares do servidor falecido a que alude a consulta fazem jus ao recebimento do 13º salário proporcional aos onze meses, ou seja 11/12 (onze, doze avos) da remuneração que lhe era devida na data do óbito.

5. A Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, cria o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Estatui o artigo 9º da predita lei:

"Falecendo o empregado a conta vinculada em seu nome será transferida para seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social e entre eles rateada segundo critério adotado para concessão de pensão por morte." (grifei).

Dessarte, o "quantum" existente em conta vinculada em nome do funcionário morto, será repassado à família, incluindo juros e correção monetária.

O consulente deverá providenciar na liberação do FGTS.

6. De conformidade com o que dispõe o artigo 67, do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, a pensão por morte é devida, a contar da data do óbito aos dependentes do segurado.

Os dependentes do servidor falecido, objeto da consulta, deverão habilitar-se junto ao INPS.

7. Pela Lei Complementar nº 19, de 25 de junho de 1974, o Programa de Integração Social (PIS) e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor

Público (PASEP), de que tratam as Leis Complementares nºs. 7, de 7 de setembro de 1970, e 8, de 3 de dezembro de 1970, respectivamente, passam a ser aplicados de forma unificada.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, altera disposições da legislação que regula o Programa de Integração Social e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público.

Consoante a regra do § 1º, do artigo 4º da mencionada Lei Complementar nº 26/75, o valor global das importâncias creditadas nas contas individuais será liberado, no caso de morte, e pago aos dependentes do titular da referida conta individual.

8. Assim, a viúva deverá requerer essas vantagens ao Chefe do Poder Executivo Municipal, seja qual for a fonte pagadora, anexando ao pedido sua certidão de casamento, o atestado de óbito do marido, bem como as certidões de nascimento dos filhos que ainda não completaram 18 anos e das filhas solteiras que não atingiram os 21 anos de idade, e, se houver, seja qual for a idade, dos filhos inválidos:

Juntará, também, documento do INPS onde conste os nomes dos dependentes do servidor falecido habilitados na Previdência Social.

9. O somatório das vantagens será rateado da seguinte maneira: à viúva, metade do "quantum" total; a outra metade, em partes iguais, aos filhos do casal.

No caso dos filhos alcançar idade superior à assinalada no item 8, todas as vantagens serão destinadas exclusivamente à viúva.

É o parecer, "sub censura".

PORTO ALEGRE, 8 de fevereiro de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.185, da lavra do Procurador do Estado Doutor TARGINO BIDART DA SILVA.

Restitua-se o expediente à Prefeitura Municipal de Constantina.

Em 08-02-1983.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TRABALHOS FORENSES

REVISÃO DE PROVENTOS

MÁRCIA PORTO CASTRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

APELAÇÃO

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial, nos autos da Ação Ordinária movida por JDSÉ PARREIRA FERREIRA DA SILVA, vem, respeitosamente, inconformado com a sentença de fls. interpor o presente recurso de apelação, nos termos dos artigos 513 e seguintes do Código de Processo Civil.

Assim sendo, requer seja recebido o presente recurso e processado na forma da lei.

Nestes termos,
Pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 1º de outubro de 1981.

MÁRCIA PORTO CASTRO
PRD CURADOR DO ESTADO
DAB 4585

APELANTE — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELADO — JDSÉ PARREIRA FERREIRA DA SILVA

RAZÕES PELO APELANTE — Estado do Rio Grande do Sul

Egrégia Câmara Cível:

1. D Autor moveu a presente ação visando a revisão de seus proventos para o regime de 33 horas semanais, diferenças atrasadas, juros, custas e honorários de advogado.

Apelação julgada em 1º de julho de 1982 pela 3ª Câmara Cível. Deram provimento à unanimidade. Acórdão publicado na RJ-vol. 95/404

O Magistrado julgou procedente a ação e declarou o direito do A. de ter "seus proventos de inatividade calculados com base no regime especial de 33 horas semanais de trabalho, devendo o Estado do Rio Grande do Sul expedir os necessários atos administrativos e pagar as diferenças de proventos em atraso, a contar da aposentadoria, 19 de janeiro de 1977, acrescidas de juros e correção monetária".

Entendeu o Magistrado que o A. teria implementado "as exigências legais para a sua postulação, desimportando que a Administração não tenha publicado no jornal oficial o ato de sua designação, já que efetivamente prestou os serviços ao Estado e foi investido no cargo".

Para chegar a esta conclusão errônea, o Magistrado fez uma interpretação de-veras ampliativa, inadmissível em termos de Direito Administrativo.

2. Na verdade, nos assentamentos funcionais do A. nada consta sobre o referido cargo de chefia de médico — chefe da Divisão Bleuler. Nem na ficha do Tesouro, também ora juntada aos autos, não há o mínimo indício de recebimento de função gratificada por parte do A.

Fora designado, por PORTARIA INTERNA, para cargo de chefia inexistente, não havendo apenas falta de publicidade, mas também falta de regularidade do ato administrativo.

E ainda inexistia o referido cargo de chefia. A Lei 4.914, de 31 de dezembro de 1964, discrimina no art. 60 o Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas (cópia xerográfica anexa) e nada consta na relação sobre médico chefe de Divisão Bleuler.

3. Também, a Portaria de designação do A. para chefia não resiste a um exame mais acurado porque, como ato administrativo, não preenche os cinco requisitos necessários a sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

"Sem a convergência desses elementos não se aperfeiçoa o ato, e conseqüentemente não terá condições de eficácia para produzir efeitos válidos." (HELY LOPES MEIRELLES, 6ª, edição fls. 118).

"Competência — Para a prática do ato administrativo, a COMPETÊNCIA é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato — discricionário ou vinculado — pode ser realizado validamente, sem que o agente disponha do poder legal para praticá-lo".

"Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato ema-

nado de agente incompetente, ou realizado além dos limites de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja a correta manifestação da vontade da administração. Daí a oportuna advertência de CAIO TÁCITO de que "não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito".

A designação para cargo de Chefia era atribuição privativa dos Secretários de Estado, sendo o Diretor do HSP autoridade incompetente (vide documento de fls. 13).

Era, como se referiu na contestação, um exercício de fato de função gratificada, que não gerava direitos. Reitera os termos da contestação que pede faça parte integrante do presente recurso.

"Forma — O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e FORMA LEGAL para que se expresse validamente.

.....

Todo ato administrativo é, em princípio formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, freqüentemente, pela própria administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.

.....

A inexistência da forma induz a inexistência do ato administrativo." (Idem fls. 120).

Para que o cargo de chefia atribuído ao A. tivesse validade, era essencial a sua publicação no órgão oficial. Aliás, na PORTARIA INTERNA sequer consta o padrão da FG. Sobre a necessidade da publicação ainda vigora o Decreto estadual nº 51, de 10 de dezembro de 1895, (cópia xerográfica anexa).

"Art. 4º — Os decretos sobre interesse individual ou local, as instruções e avisos para boa execução das leis e quaisquer atos de privativa atribuição da Administração do Estado, são exequíveis desde que deles tiverem conhecimento os interessados e as autoridades competentes por meio da folha que publica o expediente oficial ou forma autêntica." (grifei).

4. O A. detinha o cargo de Médico. Foi desviado de suas funções do Médico Clínico para as funções de fato de Médico-Chefe, havendo no caso um autêntico desvio de funções.

Em casos semelhantes o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente manifestado que *"o direito do funcionário restringe-se aos vencimentos do cargo em que se encontra legalmente investido. O desempenho, de fato, de um conjunto de atribuições diversas das pertinentes ao seu cargo não basta por si só para lhe conferir direito a outros vencimentos"*.

Entre os inúmeros julgados sobre as matérias, exemplifica-se com os seguintes:

- a) RE 81.325 publicado na RDA 130/134, Relator Ministro THOMPSON FLORES:

"O servidor público tem direito apenas à remuneração do cargo para o qual foi nomeado, embora exerça outro, salvo dispositivo legal em contrário."

- b) RE 82.250, publicado na RDA 128/218:

"O direito do funcionário limita-se aos vencimentos do cargo de que é titular, embora possa desempenhar de fato outras atribuições." (RE nº 71.055 RTJ 57/144; RTJ 68/423, Súmula 339).

- c) RE 85.895 — SP 1ª Turma — Relator Ministro CUNHA PEIXOTO publicado na RTJ 87/995:

*"Servidor Público.
Não tem direito à percepção de vencimentos fixados para cargo cujas atribuições foram exercidas de fato."*

- d) RE 85.196 — SP 2ª Turma — Relator Ministro THOMPSON FLORES publicado na RTJ 85/612:

"III — É que o vencimento do funcionário é o do cargo para o qual está titulado, ainda que exerça a função de outro, salvo casos especiais previstos em lei."

- e) RE 81.322-5:

1. *"O funcionário público só tem o direito aos vencimentos do cargo de que se tornou titular por força da investidura legal, ainda que, de fato, exerça função de outro cargo para o qual a lei tenha fixado vencimentos maiores. 2. A jurisprudência do STF não permite que, no caso de o fun-*

cionário exercer a função diversa da que pertença no seu cargo, seja ele remunerado pelos vencimentos do cargo de remuneração maior e para o qual foi desviado." (Ministro ANTONIO NEDER, 22.4.81, p. 3.484, publicado na Revista AJURIS, nº 22, fls. 141).

No Tribunal de Justiça do Estado, também esta matéria é pacífica, como se verifica dos acórdãos na Apelação Cível 36.120, Rel. Des. OSCAR GOMES NUNES, publicado na Revista AJURIS, 21, fl. 147, e do acórdão publicado a fls. 413 da Revista de Jurisprudência do TJE:

"Se sucede o desvio, é ilegal; e com fundamento nesta ilegalidade não é dado ao funcionário pleitear direitos da administração. Afinal, nada obstaculiza venha o funcionário a rebelar-se contra aquele desvio. Teria talvez a via apontada pelo Des. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (RJTJRS 68, 335, trecho na pág. 337): É possível que o autor tenha direito a uma indenização pelo exercício de fato do cargo mais bem remunerado de motorista. Mas esta pretensão não pode ele exercitá-la contra entidade de direito público, e sim contra a pessoa que lhe determinou ou autorizou fosse ocupar, em desvio de função, aquele cargo. Contra a entidade de direito público a ação é improcedente." (trecho do voto do Relator Des. TULIO MEDINA MARTINS).

5. E ainda, por derradeiro, deve-se destacar, que a persistir a sentença de fls. o Autor, que não percebia na atividade, nem em regime de 33 horas, nem a função de chefia, receberá na inatividade proventos superiores em flagrante desrespeito à norma constitucional do art. 102, § 2º:

"§ 2º — Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade."

POR TÓO EXPOSTO, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL espera a reforma total da sentença de 1ª instância, e seja julgada totalmente improcedente a ação condenando o A. ao pagamento de custas e honorários advocatícios a serem recolhidos aos cofres públicos.

Nestes termos,
pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 1º de outubro de 1981.

MÁRCIA PORTO CASTRO
PROCURADOR DO ESTADO

FATO GERADOR DO ICM NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

APELAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DDUTOR JUIZ DE DIREITO DA TERCEIRA VARA
DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADD DO RID GRANDE DO SUL, por seu procurador judicial, nos autos do Mandado de Segurança nº 01183041035 impetrado por GULLO E CIA. LTDA., não se conformando com a respeitável sentença de fls., vem dela interpor APELAÇÃO para uma das Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, reque-rendo a Vossa Excelência que a receba e encaminhe à superior instância.

Termos em que

Pede Deferimento.

PORTD ALEGRE, 17 de junho de 1983.

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
PRDCURADDR DO ESTADO
DAB/RS 4533

EGRÉGIA CÂMARA
EMINENTE DESEMBARGADOR RELATOR

RAZÕES DD APELANTE: ESTADD DD RIO GRANDE DO SUL

I. A ESPÉCIE

Toda a divergência em que repousa o presente litígio estabelece-se quanto à caracterização do fato gerador do ICM na importação de mercadorias (frutas) do exterior.

Sustentou o impetrante e reconheceu a v. sentença que o elemento fático temporal da "entrada física" no estabelecimento do importador é o aspecto relevante

Em sessão realizada em 21/09/82, a 1ª Câmara Cível deu provimento à apelação. Acórdão ainda não publicado.

para a ocorrência da hipótese imponible, com fulcro no disposto no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 406/68.

Tem o Estado, ora apelante, de sua parte, como aspecto nodal na configuração do fato gerador do ICM — na importação de mercadoria, como em qualquer outra operação de circulação — a circulação econômico-jurídica da mercadoria, isto é, operações realizadas a partir de e sobre um substrato econômico apreciável juridicamente.

A douta sentença, ao invocar o disposto no artigo 116 do Código Tributário Nacional, que dá os parâmetros legais complementares para a definição temporal de ocorrência do fato gerador, o faz, "salva reverentia", de maneira equivocada.

O referido artigo assim reza:

"Artigo 116 — Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

*I — tratando-se de **situação de fato**, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios.*

*II — tratando-se de **situação jurídica**, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável." (grifos nossos)*

Pois bem. O erudito decisório, conquanto se declare seguir a linha hoje não mais contestada, de que o fato gerador do ICM se caracteriza nas "operações" de circulação, não qualquer operação ou movimentação física, mas aquela que representa uma circulação de mercadoria, acaba por subentender que, no ICM, a ocorrência do fato gerador deveria se reger pelo disposto no inciso I do supra-referido comando legal, que se refere à "SITUAÇÃO DE FATO".

Ora, aplicável à espécie, eis que sem maiores dúvidas, de conformidade com todos os doutrinadores referidos, quer nas informações da autoridade dita coatora, quer na peça sentencial (cf. referências de SOUTO MAIOR BORGES, EDUARDO BRITO, PAULO DE BARROS CARVALHO, GERALDO ATALIBA) o fato gerador do ICM é caracterizado sobre operações econômico-jurídicas, deverá ser o inciso II do mesmo artigo 116.

Em consequência, tratando-se de situação jurídica, o fato gerador do ICM estará configurado "desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável".

Ora, a operação de circulação advinda da importação de mercadoria, apresenta contornos definitivos e completos, nos termos da legislação civil e comercial, com a entrada da mercadoria na disponibilidade do importador, o que se verifica já na sua chegada em território nacional. Com efeito, já nessa oportunidade e independentemente de ingressar fisicamente no estabelecimento do importador, tem este a titularidade da mercadoria, é o proprietário e possuidor que pode, inclusive, lançar mão dos interditos possessórios necessários para resguardo de sua posse.

Nesse sentido, FERNANDO BROCKSTEO em seu apreciado "O ICM — Comentários Interpretativos e Críticos", comenta a expressão "entrada no estabelecimento", bem como o esclarecimento a tal respeito, constante na Exposição de Motivos que acompanhara o Decreto-lei 406/68, para concluir:

"Como as etapas de circulação sempre se completam com a entrada da mercadoria 'na disposição' do destinatário, com a 'tradição', assim deve ser esta entendida; satisfeitas as exigências aduaneiras, liberada a mercadoria, podendo o importador dispor dela, desde logo dar-se-á o fato gerador.

Existindo no Estado, porém, "apenas um escritório para cumprir as formalidades de importação", é óbvio que a entrada da mercadoria "na disposição" desse escritório é irrelevante para a ocorrência do fato gerador, pois inexistente estabelecimento na referida Unidade da Federação, onde a mercadoria pudesse entrar materialmente: neste caso o fato gerador ocorrerá no momento em que o estabelecimento localizado em outro Estado tomar conhecimento de ter a mercadoria entrado em sua disposição (ou quando nele entrar fisicamente), sendo devido o imposto ao Estado onde estiver situado o "estabelecimento" e não ao de situação do "escritório".

No caso "sub judice", vê-se das guias de importação emitidas pela CACEX, de acordo com informações fornecidas pelo importador (fls. 11 a 15; e 27/33) que o porto de descarga da mercadoria consignado no campo 21 das referidas guias, é Uruguaiana, isto é, o porto por onde se processou a importação.

Ospachadas para e até Uruguaiana, pelo exportador, as mercadorias, a partir daí estão na disponibilidade e sob a titularidade do importador, sendo nessa ocasião, emitidas as notas fiscais de entrada (cf. se verifica na informação constante no Termo de Apreensão, fl. 25 e 26) e devendo ser registrada a operação nos livros da empresa.

Bem salientara já o representante do Ministério Público em seu parecer que a expressão **entrada no estabelecimento do importador** deve ser entendida como "a disponibilidade jurídica da coisa e do direito de o titular dela dispor em toda sua extensão" (fl. 82).

Reconhece o apelante, sem dúvida, existir na configuração da hipótese de incidência, um aspecto temporal. Mas o que pretende demonstrar é que o aspecto temporal escolhido pelo legislador não pode ser entendido na simplista acepção literal, mas antes que se há de perquirir, em consonância com a própria natureza do ICM, qual é o elemento que vai caracterizar o aspecto temporal.

Nessa ordem de raciocínio, a entrada no estabelecimento só pode ser o ingresso da mercadoria no patrimônio do importador, por ser este o fato relevante e de significação jurídica.

II. O FATO GERADOR DO ICM NA DOUTRINA

Como antes se referiu, a doutrina tem entendido que a hipótese de incidência do ICM constitui-se nas "operações relativas à circulação de mercadorias", sendo como antes se referiu, a doutrina tem entendido que a hipótese de incidência do ICM constitui-se nas operações relativas à circulação de "mercadorias" sendo a "entrada", a "saída", o "fornecimento", a "transmissão da propriedade", etc., meros fatos de exteriorização ou circunstâncias materiais, que revelam ter-se concretizado a operação de circulação de mercadoria, isto é, **circunstâncias pelas quais a hipótese de incidência se torna conhecida ou evidente**, por isso que tais circunstâncias foram, na terminologia da boa doutrina tributária, chamadas de **aspecto temporal** da hipótese de incidência.

Sobre esse tema, aliás, não há dissensões doutrinárias dignas de registro, sendo oportuno verificar a lição de EDVALDO BRITO:

"Por isso, de referência do Imposto sobre OPERAÇÕES relativas à circulação de mercadorias — ICM — a hipótese normativa de incidência integra-se a partir dos elementos básicos fornecidos pelo inciso II do art. 23 da Constituição Federal. Há casos em que a Constituição esgota a hipótese, fornecendo todos os seus elementos; há outros em que ela apenas dá uma generalidade à hipótese permitindo que, com obediência à sua formulação, desencadeiem-se, pelas normas hierarquicamente inferiores, aqueles elementos, os quais ela na generalidade traçada coloca à vista. Por exemplo: 'Compete à União instituir imposto sobre a propriedade territorial rural'. Não diz mais nada. Então, cabe a quem for desdobrar esta formulação saber o que é propriedade, saber o que é propriedade territorial e saber o que é propriedade territorial rural. Mas, no caso do ICM a Constituição esgotou na hipótese que descreveu todos os elementos. Explicitamente, portanto, desenhou todo o pressuposto que só no elemento objetivo carece de auxílio de lei complementar.

"Diz ela: 'Compete aos Estados e ao Distrito Federal'..., portanto aí está revelando o elemento espacial porque delimita a área em que o fato respectivo poderá acontecer, 'instituir imposto sobre OPERAÇÕES rela-

tivas à circulação de mercadorias'... já começou a dar o elemento objetivo, isto é, a matéria, o objeto tributável, elemento que ela mesma continua a dar explicitamente ao concluir a norma, dimensionando este objeto ao estabelecer que o imposto não é cumulativo porque dele se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado, nas operações anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado. Prosseguindo: '... realizadas (as operações) por produtores, industriais e comerciantes...' e aqui fornece o outro lado do elemento pessoal — o do sujeito passivo, uma vez que o do sujeito ativo foi revelado na outorga de competência aos Estados e ao Distrito Federal conferida no art. 23 e à União no § 4º, 'in fine' do art. 18. Quanto ao elemento temporal ela o revela na expressão realizada, porque toda vez que as pessoas mencionadas como sujeito passivo desencadearam uma operação relativa à circulação de mercadorias, neste momento, haverá a concretização da hipótese de incidência.

"Por conseguinte, explicitados pela Lei Fundamental do sistema jurídico brasileiro os elementos do pressuposto do fato que aconteceu gerará a obrigação de pagar o ICM e sabido que este fato, consoante o direito tributário positivo pátrio, é uma SITUAÇÃO definida em lei como NECESSÁRIA e SUFICIENTE para desencadear a hipótese, para concretizá-la, exige-se cuidado do órgão que emitir a norma definidora dessa situação a fim de não ofender a hipótese, porque, já o dissemos antes, só haverá obrigação tributária se houver incidência tributária e esta decorre do casamento entre o pressuposto ou hipótese e o fato a que ela atribui o efeito jurídico de gerar o dever de pagar o tributo se ocorrido tal qual hipoteticamente descrito". (Op. cit. pp. 153/4).

No mesmo sentido pontifica o mestre pernambucano JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

"Noutras palavras: no tocante ao ICM, a 'realidade econômica' é identificada pela referibilidade à 'circulação de mercadorias', associada à qualificação dos comerciantes, industriais e produtores como sujeitos passivos do ICM, enquanto que a 'forma jurídica' está associada à referência constitucional expressa ao termo 'operações', incontornavelmente operações jurídicas (atos jurídicos mercantis, 'in genere', daí a neutralidade impositiva, quanto à forma jurídica específica, e.g., compra-e-venda, permuta, empreitada, etc., pela qual a 'operação' se processa)." "in" Lei Complementar Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 158.

Releva, aqui, notar que a base de cálculo do ICM se compõe do valor da importação, acrescido dos impostos e despesas aduaneiras e do IPI, não integrando a mesma base de cálculo as despesas de transporte, seguro, etc., ocorridas desde o

desembarço aduaneiro e até a entrada física no estabelecimento, de acordo com o disposto no inciso IV do art. 2º do Decreto-lei nº 406/68.

A partir dessa regulação legal, são perfeitamente cabíveis as afirmações a seguir transcritas, emitidas pelo Senhor Coordenador-Geral do ICM, nas informações prestadas no M.S. nº 01183062767, impetrado por SOCIEDADE INCREMENTADORA COMERCIAL LATINO AMERICANA, SINCOLA LTDA., versando hipótese semelhante:

"Ora, se o fato gerador no caso fosse a entrada física no estabelecimento, as despesas ocorrentes entre o momento e local da importação até a descarga da mercadoria no estabelecimento importador haveriam de integrar a base de cálculo. Entretanto, como o fato gerador é a disponibilidade jurídica do bem, que se dá ainda no local de entrada da mercadoria no território nacional, a base de cálculo só pode ser composta pelo valor constante nos documentos de importação mais o Imposto de Importação, IPI e as despesas aduaneiras, excluídas as demais despesas até a entrada física da mercadoria no estabelecimento importador, isto porque, frise-se, em linha de coerência normativa, o fato gerador ocorre, com a disponibilidade jurídica dos bens para o importador, ainda no local de entrada no território nacional.

Nem se argumente que não haveria fato gerador se a mercadoria fosse sinistrada ou ocorresse seu desaparecimento durante o transporte do local de ingresso no território nacional até o estabelecimento importador. Evidente que o sinistro ou desaparecimento da mercadoria não é fato gerador do ICM, tanto que a Lei Estadual nº 6.485/72, em seu artigo 20, incisos IV e V, prevê que **não se admitirá o crédito fiscal pela entrada**, no estabelecimento, de mercadoria, cuja saída posterior não gere débito (e.g. roubo) ou quando por qualquer circunstância as mercadorias não vierem mais a sair do estabelecimento (v.g. fogo, perecimento, imobilização, etc.). Nesses casos houve o fato gerador na operação anterior, com o pagamento do imposto, cujo crédito a lei não admite ao adquirente.

O mesmo ocorreria se a mercadoria importada fosse sinistrada, roubada, etc., após o desembarço, no transporte até o estabelecimento importador: o fato gerador já havia ocorrido sendo devido o tributo, do qual o contribuinte não poderá creditar-se.

Nas operações no mercado interno deve-se verificar se é FOB ou CIF a operação. Sabe-se do direito das obrigações que quem suporta os riscos é o dono, isto é, a mercadoria perece para o dono.

Tratando-se da cláusula FOB, a tradição da mercadoria ocorre — fala-se ainda de operações internas — no estabelecimento do vendedor e

é transportada por conta e risco do comprador; nesse caso o **comprador** suporta o risco de perecimento e se a mercadoria vier a perecer no transporte o **vendedor** não se exime do pagamento do imposto pela saída (venda) que promoveu, entretanto, o **comprador**, em razão da regra do art. 20 da Lei nº 6.485/72, não poderá creditar-se do imposto pago nessa operação anterior ou porque a mercadoria não irá mais sair ou porque a saída não gerará ou não gerou débito. Inobstante terá de pagar o valor da mercadoria ao vendedor.

Tratando-se da cláusula CIF a mercadoria é posta no estabelecimento comprador onde ocorre a tradição, suportando os riscos neste caso o **vendedor**. Nessa hipótese se a mercadoria perecer em transporte quem deverá estornar o crédito da operação anterior é o **vendedor** ou porque a saída não se concretizou (caso de fogo) ou porque a saída não é tributada (caso de roubo), já que a tradição, e, conseqüentemente, o fato gerador do imposto nessa última operação (vendedor/comprador) não chegou a se concretizar porque a mercadoria não passou à **disponibilidade jurídica do comprador**. Nesse caso o comprador não terá de pagar o valor da mercadoria ao vendedor.

Semelhantes são as operações de importação objeto do presente "writ" em que há a cláusula FOB para o vendedor argentino, isto é, as frutas são postas em Uruguiana (campo 21 da Guia de Importação) onde ocorre a tradição e daí são transportadas pela impetrante por sua conta e risco até seu estabelecimento, em razão de que, desembarçada a mercadoria, **esta passou à sua disponibilidade jurídica**, circunstância indicativa, como naquele outro caso, de que ocorreu o fato gerador do ICM. Assim, se a mercadoria perecer, for roubada, etc., no transporte desde o local do desembarço até o estabelecimento, a impetrante suporta os riscos e terá de pagar, se ainda não o tiver feito, ao exportador argentino, o valor da mercadoria, mesmo que a tenha perdido. Terá de pagar, também, o ICM, porque já ocorreu o fato gerador e não poderá creditar-se porque a mercadoria não mais irá sair do seu estabelecimento (perecimento, fogo, etc.) ou a saída não gerou débito do imposto, porque a mercadoria foi roubada durante o transporte.

O expedito demonstra, mais uma vez, que o fato gerador do ICM na importação não é a entrada física no estabelecimento importador, mas sim a disponibilidade jurídica dos bens, que ocorre com o desembarço aduaneiro."

Por todo o exposto, confia o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL no provimento à presente APELAÇÃO.

PORTO ALEGRE, 16 de junho de 1983.

RETROCESSÃO

ELIANA DONATELLI DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora na Fundação Rio-grandense Universi-
tária de Gastroenterologia
Professora de Direito Constitucional na
UNISINOS

CONTESTAÇÃO

EXMD.SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

D ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua Procuradora firmatária, de acordo com a Portaria nº 201, de 22.11.79, publicada no Diário Oficial do Estado, de 30.11.79, cujo endereço para receber notificações, intimações e outros comunicados, é na Av. Borges de Medeiros, 417, 10º andar, nesta Capital, **CONTESTANDO** a ação ordinária de retrocessão, cumulada com perdas e danos (Proc. nº 74.068/80), proposta por JOÃO PAULO CORRÊA SDARES e sua mulher, vem dizer e requerer a Vossa Excelência o que segue:

I — PRELIMINARMENTE

A) CARÊNCIA DE AÇÃO PELA INEXISTÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR

1. Para obter a tutela jurisdicional é uma das condições da ação a existência do **interesse de agir** que o autor deve demonstrar ao formular o pedido (Cfe. art. 301, X, combinado com os arts. 267, VI, e 295, III, do Código de Processo Civil).

O interesse de agir, tal como previsto nos arts. 3º e 4º do Código de Processo Civil, configura-se, inicialmente, com a situação privilegiada de uma pessoa em relação a um bem, que esteja prevista em lei, de forma a caracterizar o direito subjetivo material, cuja pretensão possa ser formulada judicialmente. Todavia, em razão do caráter processual desse interesse é preciso que o autor tenha também a **necessidade** de recorrer a via judicial para obter o reconhecimento desse direito de alguma forma ameaçado ou que tenha sido desatendido (veja-se, a propósito, JDSÉ FREDERICO MARDUES in Manual de Direito Processual Civil, 2ª ed. 1º vol. Teoria Geral do Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 157; e, ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA LEVENHAGEM in novo Código de Processo Civil, 5ª ed. São Paulo, Atlas, 1976, p.27).

Na espécie, não houve qualquer frustração ou ameaça ao direito do autor em relação ao imóvel expropriado, mas, pelo contrário, a ação de desapropriação processou-se normalmente, tendo sido, inclusive, beneficiado, o autor, na via recursal.

Expedido o Precatório (nº 2067) para a satisfação do expropriado nos autos da ação de desapropriação (nº 68.531), conforme foi demonstrado às fls. 44 e 45 deste Processo, nos termos dos arts. 730 e 731 do C.P.C., nenhum obstáculo criou-se quanto ao direito do ora demandante a não ser a sua própria falta de diligência no impulsionamento da execução contra a Fazenda Pública, posto que o expropriado, conforme o demonstra a petição introduzida na ação de desapropriação nº 68.531, às fls. 267-8 (doc.1), negou-se deliberadamente a receber o pagamento restante a que foi o expropriante obrigado a prestar.

Com efeito, por meio de Ofício nº 36/80-P, de 21-01-80, cuja cópia segue inclusa (doc.2), o Exmo. Sr. Presidente do Colendo Tribunal de Justiça do Estado solicitou ao Gerente do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, Agência Central, que colocasse à disposição do Juízo dessa 2ª Vara da Fazenda Pública o valor de Cr\$ 2.263.799,76 (dois milhões, duzentos e sessenta e três mil, setecentos e noventa e nove cruzeiros e setenta e seis centavos), do qual foram certificadas as partes, de acordo com a Nota de Expediente publicada no Diário da Justiça do dia 28.02.80, tendo sido retirada, apenas, a quantia de Cr\$ 203.242,19 (duzentos e três mil, duzentos e quarenta e dois cruzeiros e dezenove centavos), em data de 19.03.80, correspondente aos honorários advocatícios.

2. Nem mesmo se ultimou a ação de desapropriação respectiva para que o autor pudesse ter a pretensão de reaver o bem, o que mais evidencia a carência de ação, já que, nesta hipótese, o autor pretenderia receber a indenização por duas vezes! Eventualmente nesta e naquela ação de desapropriação ainda pendente, hipótese, sem dúvida, absurda.

De qualquer forma, não há que se falar em retrocessão enquanto a competente ação de desapropriação estiver pendente, o que, de per si, revela o permanente interesse do expropriante.

A pretensão à retrocessão só ocorre depois de concluído o procedimento expropriatório, pelo pagamento da indenização (Cfe. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR in Comentários às Leis de Desapropriação, 2ª ed. São Paulo, Bushatsky, Ed., 1976, p. 413).

Como ensina SEABRA FAGUNDES, a consumação do exproprioamento está constitucionalmente vinculada ao efetivo pagamento do preço; antes dele, "haverá um 'processus' tendente a determinar a incorporação de bem privado no patrimônio estatal, haverá posse do Estado (caso de imissão provisória), mas nunca transferência do domínio" (in da Desapropriação no Direito Brasileiro, nº 464 apud Revista dos Tribunais, vol. 451, maio/73, p. 293).

Assim, poder-se-ia chegar ao absurdo de cogitar-se de ação possessória para o autor recuperar a posse, cuja imissão foi deferida ao expropriante *initio litis*, mas nunca uma ação de retrocessão para reaver um bem que ainda não saiu do domínio do expropriado:

Não há, in casu, interesse de agir, nem com relação à retrocessão e nem com relação às perdas e danos, o que determina a extinção in limine do processo sem julgamento do mérito.

B) CARÊNCIA DE AÇÃO PELA IMPSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

3. Outra condição da ação para viabilizar a tutela jurisdicional é a previsão legal da pretensão, qual seja, a **possibilidade jurídica do pedido** (Cfe. art. 301, X, combinado com os arts. 267, VI e 295, I, e § único, III). A falta dessa condição de *jus actionis* é tão severamente repelida pelo estatuto processual que resulta na inépcia da petição inicial (§ único, III, do art. 295, do C.P.C.).

Só pode ser acolhida pretensão admitida no direito objetivo. Não há pretensão sem lei que a preveja.

A possibilidade jurídica como requisito, ou condição, indispensável da ação, "é a admissibilidade, em abstrato, do provimento reclamado, segundo as normas vigentes na ordem jurídica nacional" (Cfe. J.J. CALMON DE PASSOS in Comentários ao Código de Processo Civil 2ª ed. Vol. III (arts. 270 a 331). Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 365).

O nosso direito positivo em momento algum prevê a retrocessão em razão de decurso de prazo para execução de obras em imóvel expropriado. Não existe prazo em nosso ordenamento jurídico para o Poder Público iniciar ou concluir as obras previstas no decreto expropriatório.

A retrocessão só tem sido admitida por desvio de finalidade, o qual é definido como a utilização do bem expropriado para outra finalidade, na qual não exista o interesse público.

O imóvel expropriado, que é objeto da presente ação de retrocessão, não foi de modo algum utilizado para outro fim, que não o constante do Decreto Estadual nº 22.403, de 10.04.73 (fl. 08 dos autos).

Logo, verificada a impossibilidade jurídica do pedido de retrocessão, cumulado com perdas e danos, inepta é a Inicial, devendo o processo ser extinto, desde logo, sem julgar do mérito.

II — NO MÉRITO

4. De início, é equívoca a Inicial ao afirmar que o Estado, através da FEBEM, nada fez na área desapropriada. Ao contrário, o demandado tornou-a produtiva, como era sua finalidade, e nela erigiu construção, como ficará demonstrado na perícia a ser realizada no local.

Efetivamente, desde a imissão provisória na posse o demandado tratou da exploração da terra, nela fazendo plantações, tendo já obtido mais de uma colheita, como fruto de seu trabalho exclusivo. E a isso se propôs o expropriante, tal qual ficou demonstrado no Ofício nº 265/73-GAB de 23.02.73, de fls. 10 e 11 dos autos, do então Secretário do Trabalho e Ação Social ao Senhor Governador do Estado, quando diz que na área respectiva "será implantado um Centro de produção hortigranjeira, plantação intensiva de hortaliças e frutas cítricas" e etc.

Na mesma área construiu o demandado uma moradia, onde reside o administrador da área, empregado rural, subordinado aos técnicos da FEBEM.

Não é verdade que o demandado tenha deixado de dar à área desapropriada o destino previsto, mas encontra-se, justamente, na persecução do objetivo visado no decreto expropriatório, na medida de suas disponibilidades, tendo em vista o interesse público sempre presente na desapropriação, a que se submete o expropriado em razão da função social da propriedade.

Se mais não fez ainda o demandado foi em razão de dificuldades surgidas, mesmo porque um empreendimento desta envergadura não pode ser feito a curto prazo, como quer o demandante, e principalmente porque **não há prazo legal** para o Poder Público executar as obras no imóvel expropriado.

Um simples atraso na conclusão das obras, já de há muito iniciadas, de nenhuma maneira prejudica o interesse público que vem sendo perseguido.

Apenas de lege ferenda poder-se-ia pensar em fixação de prazo para o Poder Público iniciar e concluir as obras referentes à expropriação. No sistema jurídico dos E.U.A., por exemplo, o expropriante deve fixar um prazo dentro do qual deve começar a se utilizar do bem expropriado e concluir a obra. Decorrido este período, extingue-se o direito do expropriante. Já no Japão, este prazo é prefixado em 20 (vinte) anos. Todavia, no Brasil, a apreciação deste ângulo é meramente fática e não recebe a menor guarida no nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial. Senão vejamos:

(1) — "RETROCESSÃO — DIREITO REAL

— A retrocessão, como direito real, está excluída do direito brasileiro". "Ap. nº 15.710 — Presidente: Ministro HENRIQUE D'ÁVILA. Relator: Ministro AGUIAR DIAS. 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, 13 de novembro de 1962".

"A expropriante em nenhum momento passou os bens a terceiros e o fato de não ter realizado as obras está cabalmente explicado pelas dificuldades econômicas que o país atravessa e que a ferrovia também experimenta, como parte que é o patrimônio público". (in Revista Forense. Vol. 209-jan/mar de 1965, p. 149-150).

(2) — "O fato único da não utilização do bem desapropriado não fundamenta a retrocessão". (Grifou-se) — (Supremo Tribunal Federal, in Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 57, p. 54 e Vol. 209, p. 149).

(3) — "Em seu livro sobre a desapropriação diz G. BAUDRY que, se a administração já sujeitou o imóvel desapropriado às operações para cuja utilidade pública foi declarado, esse fato constitui obstáculo à retrocessão ("Expropriation pour cause d'utilité publique", Partie, p.148, N.º 267).

"— E GARSONNET declara que a retrocessão não se aplica aos terrenos que ainda não foram empregados, no momento em que o exercício desse direito é reclamado, se a administração informa que os trabalhos projetados estão apenas retardados e que, apesar desse atraso, o terreno expropriado terá o destino para que foi expropriado. Os direitos do proprietário ficam naturalmente reservados para o caso em que o atraso dos trabalhos se transforme em abandono definitivo ("Traité de L'Expropriation", vol.II, p. 325") (Apelação nº 50.813 Tr. Just. São Paulo — 3.º C — Relator: Desembargador PRADD FRAGA apud ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES in Teoria e Prática da Desapropriação no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, José Konfino Ed., 1968, p. 274).

Assim se orienta a doutrina a saber:

— E BERT CHAMOUN, em sua obra sobre a retrocessão nas desapropriações, diz que:

— É ..., necessário frisar que o emprego, pelo expropriante, do bem desapropriado para fim de interesse público não precisa ser imediato. Desde que ele consiga demonstrar que o interesse público ainda é presente e que a destinação para esse escopo foi simplesmente adiada, porque não é oportuna, exequível ou aconselhável, deve ser julgado improcedente o pedido de indenização do expropriado, com fundamento no art. 1.150 do Código Civil". (in Oa Retrocessão nas Desapropriações. (Direito Brasileiro). Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 84).

— ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES entende que:

"Não é prudente pressupor o desvio de poder de desapropriar pelo simples fato de manter-se o Estado inerte quanto à exploração do bem desapropriado. Motivos alheios à vontade da administração podem contribuir para o adiamento de sua utilização".

"Só quando o Estado der uma prova efetiva do seu desinteresse (traduzida no fato público da alheação do bem) é que demos por caracterizados

os pressupostos para a retrocessão" (in *Teoria e Prática da Desapropriação do Direito Brasileiro*. Rio, José Konfino. Ed., 1968, p. 282).

Quanto ao descabimento de qualquer pretensão do expropriado, em não havendo o desinteresse do expropriante, assevera, adiante, o mesmo autor:

"Antes de ficar caracterizado o desinteresse do expropriante pela utilidade do bem, o que só poderá induzir plenamente pela sua alheação, venda ou doação a terceiro, não nos parece possa nascer para o desapropriado qualquer tipo de reparação, seja a indenizatória, seja a retrocessão propriamente dita" (ob. cit. p. 283).

Diz ainda, o mesmo autor, elucidativamente, que "a lei não fixa prazo para a utilização, devendo-se, assim, deferir ao poder público liberdade para escolher o momento em que deva iniciá-la, não cabendo ao expropriado forçá-lo a isso, sobretudo porque já foi indenizado. Sua atitude só pode ser de expectativa. Despojando-se o expropriante do imóvel incorporado ao seu patrimônio, então sim, desfigurados estarão os pressupostos da desapropriação" (id., ibid.).

— PONTES DE MIRANDA assevera que a matéria deve ser encarada no seu sentido publicístico, seja quanto ao direito, à pretensão ou à ação, ainda que a regra figure no Código Civil — art. 1.150, sem equiparar, contudo, de forma alguma, o prazo de caducidade do decreto expropriatório, que seria de 5 anos, como equivalente, por analogia, a uma limitação temporal, para a destinação do bem ao fim da desapropriação.

Diz PONTES que: "O prazo de caducidade, de que se fala no art. 10 do Decreto-Lei n.º 3.365, de modo nenhum incide, por analogia, no que concerne à destinação"... **"não há qualquer analogia**. O Supremo Tribunal Federal (10 de setembro de 1930, A.J., 16, 366-368) fez bem em abstrair de qualquer limite de tempo" (in *Tratado de Direito Privado*. 3.ª ed. Tomo 14. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 173).

5. Equivocou-se o autor ao tentar equiparar o desvio de finalidade, que justificaria a retrocessão, com uma **eventual** "demora", ou "inação", do Poder Público com relação às obras a serem executadas no imóvel expropriado.

Desvio de finalidade é outra coisa diversa da que alega o autor para sustentar sua pretensão.

É o que ensina HELY LOPES MEIRELLES, a saber: "o **desvio de finalidade** ocorre, na desapropriação quando o bem expropriado para um fim é empregado noutro **sem** utilidade pública ou interesse social. Daí, o chamar-se vulgarmente a essa mudança de destinação "tredestinação" (o correto seria "tresdestinação, no sentido de desvio de destinação), para indicar o mau emprego do bem expropriado.

Mas deve-se entender que a finalidade pública é sempre **genérica**, e por isso, o bem desapropriado para um fim público pode ser usado em outro fim público, sem que ocorra desvio de finalidade" (in *Direito de Construir*. 3.ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 167).

Igualmente, EURICO SODRÉ, que diz o seguinte:

"o direito de recuperação somente poderá ser exercido quando a coisa desapropriada for de novo reintegrada na classe das privadas, desqualificada, assim, de pública de uso especial ou de uso comum" (in A Desapropriação. 2.ª ed., p. 289).

6. Demais disso, o imóvel expropriado uma vez afetado pelo Poder Público a uma finalidade pública, como, efetivamente, ocorreu in casu, desde o início da exploração da terra, não cabe mais ao expropriado tentar reaver o bem, nem mesmo cabe a reivindicatória em caso de nulidade processual, nos termos do art. 35 do Decreto-Lei n.º 3.365/41.

SEABRA FAGUNDES, ao comentar este mesmo artigo (art.35) da Lei das Desapropriações, disserta:

"Este dispositivo provê sobre a definitiva e irremediável incorporação das coisas expropriadas ao patrimônio público. Através dele se veda que, de futuro, por meio de ação especialmente destinada a invalidar o ato administrativo expropriatório, ou mesmo destinada a rescindir sentença proferida na ação de expropriação,, se pretenda a reincorporação do bem ao patrimônio privado de que se destacou" (in Da Desapropriação no Direito Brasileiro, p. 467 apud Revista Forense. Vol. 209, jan/mar. de 1965, p. 13).

7. Por outro lado, em nenhum momento houve de parte do demandado qualquer intenção ou tentativa de alienação do bem expropriado que ferisse o direito de preempção do autor assegurado pelo art. 1.150 do Código Civil, como direito estritamente pessoal. No caso presente, o expropriante desde a imissão in initio litis vem explorando o imóvel para si, a fim de realizar plenamente o destino visado no decreto expropriatório.

8. Por isso tudo, não é cabível a retrocessão e, muito menos, as perdas e danos, já que prejuízo não houve ao expropriado e nosso ordenamento jurídico não ampara a pretensão do autor.

O valor da indenização colocado à disposição do ora demandante satisfaz plenamente seus interesses. Inobstante, para pretender qualquer satisfação em perdas e danos o autor deveria fazer prova, efetiva, de eventuais prejuízos que teria sofrido, o que não ocorreu in casu.

9. Estes são os termos em que o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL dá por contestada a ação, reiterando as preliminares argüidas, espera, também, pelas razões de mérito, ver julgada improcedente a ação, com a condenação do autor ao pagamento das custas, honorários advocatícios e demais cominações legais.
10. Protesta por todos os meios de prova permitidos em direito, especialmente, documental, testemunhal, pericial, e vistorias.

Porto Alegre, 11 de julho de 1980.

ELIANA DDNATELLI DE MOURA
PROCURADORA DO ESTADO

SENTENÇA

Proc. 74.068 — 2ª Vara FP

Vistos

O Governo do Estado, a 10/4/73, desapropriou, para fins de ampliação do Instituto Nehyta Martins Ramos (FEBEM), o imóvel rural com 281.524 m², sito no 7º distrito desta capital, de propriedade de João Paulo Correa Soares e sua mulher, d. Ruth Meneses Soares. Imitiu-se na posse a 4/2/74. Julgada a ação expropriatória. Já decorreram seis anos da data da imissão de posse. A área continua como mero campo. Nada fizeram o Estado e a FEBEM. Nada pagaram. A área expropriada a nada se destinou. Como que houve desvio de finalidade. Os expropriados querem a devolução do bem expropriado (art. 153, § 22, da CF). Propõem, daí, contra o Estado do Rio Grande do Sul, a presente ação de retrocessão, cumulada com perdas e danos.

Contesta o réu. Preliminares: 1) Carência da ação pela inexistência do interesse de agir. A pretensão à retrocessão só ocorre depois de concluído o procedimento expropriatório, pelo pagamento da indenização. Os autores negam-se deliberadamente a receber o preço. 2) Impossibilidade jurídica do pedido. Em momento algum o direito positivo brasileiro prevê a retrocessão em razão de decurso de prazo para execução de obras em imóvel expropriado. Só se admite a retrocessão por desvio de finalidade. Mérito: o Estado, através da FEBEM, tornou a área produtiva e nela edificou.

Replicaram os autores. A Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor/FEBEM requer seja admitida como assistente do Estado (art. 50 e parágrafo único, CPC). As partes não se opõem. Perito e assistente do réu apresentaram laudo em conjunto. Outro do assistente dos autores. Estes desistiram do pedido de fls. 140/141. Ouvidas testemunhas, havendo desistência das restantes arroladas. Apensos os autos do proc. 73501. Não aqueles referidos ao pé de fls. 153 e na cert. de fls. 156. Causa debatida. O representante do Ministério Público pronuncia-se pela rejeição da matéria preliminar (fls. 87/89) e, no mérito, pela improcedência da ação (fls. 161 verso).

É o Relatório.

In Limine. 1.0 — Admito a FEBEM como assistente do demandado. 2.0 — D processo expropriatório está findo. Efetuado o pagamento, cessa a responsabilidade do expropriante. O expropriado levanta a soma quando quiser. Ou, se preferir, não levanta nunca. 2.1 — Admite-se a retrocessão. Sobre constituir "o nada" desvio de finalidade, é conceito discutível, conquanto aparentemente paradoxal. Matéria de mérito. Rejeito as preliminares (2.0 e 2.1 supra). De Meritis. A peça técnica de fls. 114/116, ilustrada por levantamento fotográfico (fls. 117/128), demonstra a utilização da área expropriada, seja com construção, seja com limpeza, plantação e colheita. A foto de fls. 118 é bem elucidativa: nela aparecem meninos internos da FEBEM no trato do cultivo de hortaliças. Na de fls. 127, meninos cuidam do trecho correspondente ao pomar de pessegueiros. Aceita o louvado dos autores que o cultivo da área teve início na safra de 1978/1979; que foram construídos alguns drenos; e que já se fizeram três colheitas (fls. 134). Ora, nos termos do Decreto que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, a área mencionada, esta se destinaria à ampliação de área do Instituto Nehyta Martins Ramos (fls. 8). Ampliação para que se permitisse a implantação de um Centro de produção horti-granjeira, plantação intensiva de hortaliças e frutas cítricas, além de outros melhoramentos (fls. 11). Se as edificações se resumem na construção de modesta casa para o feitor da área; se o Centro de produção não vai além de singela produção horti-granjeira; e se a plantação de hortaliças não configura uma intensa plantação — nada disso implica em negar que a área serviu e tem servido aos fins almejados pelo poder expropriante. Isso é que importa. Desarrazoada a afirmação de que nada fez o Estado. Fez. A FEBEM, desde a imissão na posse, cortou cercas, arrancou árvores e lavrou o campo a trator (inicial do proc. apenso). Na verdade, a FEBEM tem utilizado a área. Ao que ela se destinou, ela tem servido. Em nenhum momento desapareceu a utilidade pública. Em nenhum momento o Estado pretendeu alienar a área expropriada. Consequentemente, não assiste aos autores direito à retrocessão, nem, é claro, a perdas e danos. A prova testemunhal, fls. 154 e verso e 155, em nada modifica a conclusão supra.

Isto Posto.

Julgo improcedente a ação, pagas pelos autores as custas, remuneração dos experts, Cr\$ 20.000,00 para cada um (já pago o perito, fls. 130), e honorários advocatícios das Doutoras Procuradoras do réu e da assistente, fixados, os da primeira, em Cr\$ 35.000,00 (recolhidos aos cofres públicos) e os da segunda, em Cr\$ 5.000,00.

Intime-se.

Porto Alegre, 12 novembro 1982.

DINIZ FERRUGEM DE OLIVEIRA
Juiz de Direito da 2ª Vara FP

CONTRA-RAZÕES DE APELAÇÃO

VERENA NYGAARD
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS
Especialista em Direito Administrativo

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DOS FEITDS DA FAZENDA PÚBLICA

D ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial signatária, nos autos da ação ordinária de retrocessão (Proc. nº 74.068/80), que lhe move JOÃO PAULO CDRREA SOARES e sua mulher, vem, respeitosamente, apresentar suas contra-razões de apelação nos termos a seguir.

Em face do exposto, requer o encaminhamento a quem de direito.

Pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 16 de março de 1983.

VERENA NYGAARD
PROCURADOR DO ESTADO

EGRÉIA CÂMARA:

1. Merece ser mantida a r. sentença da qual ora recorre o autor desta ação.

Aos argumentos já expendidos na contestação — aos quais se reporta o ora apelado — há de acrescentar-se, tendo em vista os termos da sentença recorrida e das razões aduzidas pelo apelante, mais uma consideração da mais alta relevância para o correto equacionamento da questão versada.

2. O chamado direito à retrocessão do bem desapropriado exsurge para o ex-proprietário quando, após consumada a desapropriação, o bem retirado do patrimônio particular não for empregado, quer na finalidade pública que ensejou a desapropriação, quer n'outra qualquer, desde que também de interesse público, conforme interpretação jurisprudencial assente em nosso direito (cfe. STF, in RDP 2/213 e 3/242 STF in RDA 88/158 e 102/188, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, RT, S. Paulo, 1980, p. 210) e uniformemente aceita pela doutrina.

Nos termos do art. 1150 do Código Civil, para originar o direito à retrocessão, é preciso que o desinteresse do Poder Público quanto à aplicação efetiva do bem a uma finalidade pública se revele através de sua intenção de desfazer-se do bem de-

sapropriado, pois só nesta circunstância é possível de ser exercido o direito de preempção ou preferência outorgado pelo mencionado preceito legal. É por isso, aliás, que nossos Tribunais têm entendido que *"a retrocessão não mais existe, segundo a lei vigente sobre as desapropriações por utilidade pública"* (Tribunal de Justiça de São Paulo, in RDA 32/223) ou que *"a lei vigente sobre desapropriações não contempla a retrocessão, que ficou abolida em nosso direito"* (idem, in RDA 37/237).

3. Ora, isto não ocorreu no caso sub judice como adequadamente o reconheceu o MM juiz a quo. E mais; não só o Estado, em momento algum, manifestou a mais leve intenção de desfazer-se do imóvel desapropriado, como tampouco revelou desinteresse em utilizá-lo. Bem pelo contrário. A prova produzida nestes autos é inequívoca e contundente no sentido de que o imóvel foi empregado exatamente na finalidade pública que ensejou a desapropriação: a área foi limpa, drenada, canalizada, vem sendo cultivada desde o início de 1979 pela FEBEM, que é a beneficiária da desapropriação, tendo-se realizado já três colheitas (fls. 114). A prova pericial é ainda reforçada pelas declarações contidas na inicial da ação proposta por Heitor Vargas (fls. 95).

4. Assim sendo, a questão central agora trazida à baila diz respeito à apreciação da intensidade e amplitude da utilização que vem sendo feita em face dos motivos da desapropriação. N'outras palavras, trata-se do exame do mérito, não propriamente de um ato administrativo, mas de uma atuação, de um comportamento da Administração Pública, que, de resto, se rege pelos mesmos princípios aplicáveis àquele.

Mas, Egrégia Câmara, tal juízo de mérito que o apelante tenciona obter de Vossas Excelências, encontra-se em seara estritamente administrativa, na qual, nem ao legislador, nem ao juiz, é ilícito penetrar sob pena de infringir o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 6º e parágrafo único da Constituição Federal.

Não foi outra a razão pela qual a lei das desapropriações deixou de fixar prazo para a concretização da finalidade pública que ensejou o ato expropriatório. Sabiamente reconheceu o legislador que o estabelecimento de um prazo desta natureza implicaria a formulação abstrata e apriorística de um juízo de conveniência e oportunidade que somente a Administração Pública, numa visão de conjunto das múltiplas tarefas que lhe incumbem, tendo em conta os recursos de que dispõe e as prioridades que se lhe impõem, tem condições de emitir.

O poder de desapropriar decorre diretamente das necessidades implícitas no exercício da função administrativa.

5. A determinação do momento mais oportuno para iniciar as obras ou executar os planos que motivaram a desapropriação, bem como do modo mais

adequado e conveniente de fazê-lo, comporta uma apreciação semelhante, quando não idêntica, à que procede a Administração para a própria declaração de utilidade pública ou necessidade social.

Se, quanto a esta, nos termos dos arts. 9º e 20 do Decreto-Lei 3365, é vedado ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato, indagando se realmente é útil ou necessária a desapropriação, tampouco lhe é permitido que, uma vez consumada a desapropriação, avalie se a obra pública que está sendo executada ou o serviço público que está sendo realizado são bons ou adequados, se atendem ou não, aos fins que motivaram a desapropriação.

6. É pertinente à questão ora versada, o comentário expendido pelo Ministro Seabra Fagundes a propósito do art. 9º do Decreto-Lei 3365, nestes termos:

"Mesmo em se tratando de ação direta a apreciação jurisdicional do cabimento de desapropriação, isto é, de ser ou não ser caso de utilidade pública, pode se afigurar inadmissível por importar, à primeira vista, no conhecimento, pelo Judiciário, do mérito do ato administrativo expropriatório. Mas o assunto deve ser posto nos seus devidos termos. O Judiciário não entra na indagação de ser realmente útil a desapropriação decretada. Só o Poder Executivo, com o trato constante dos problemas administrativos, com os seus planos de realização e orientado pelos técnicos a seu serviço pode medir a conveniência ou o imperativo de sacrificar a propriedade privada aos interesses gerais. O que compete ao Judiciário é verificar se, para a prática do ato expropriatório, foi invocado algum dos casos em que a lei autoriza a desapropriação, isto é, se ele se enquadra em algum dos casos expressamente mencionados e, portanto, se assenta em motivo de utilidade pública. O juiz, indagando se o ato se baseou num dos incisos legais, que o podia autorizar, não invade o campo reservado à função administrativa; apenas confronta o ato executivo com a lei; age no terreno estritamente judiciário."

*Aliás, o teor do dispositivo ora comentado se presta a admitir que o legislador pressupôs a indagação pelo Poder Judiciário dos motivos do ato expropriatório para analisá-lo no merecimento. Pensamos, porém, que tal exegese é repelida pelos melhores princípios doutrinários a que se pudesse arrimar o intérprete. **Levar até esse ponto o controle jurisdicional seria confundir a função judicante com a função administrativa (...)***

Aferir da conveniência ou não de realizar uma obra pública como da utilidade ou não de chamar ao patrimônio do Estado um bem particular, é função puramente administrativa, que só o Poder Executivo pode exer-

cer tendo em consideração as verbas disponíveis e a visão conjunta das obras a empreender. (DA DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO, 1949, p. 168/9.) (Grifo nosso).

7. Demonstrado como o está através da prova produzida nestes autos que o bem desapropriado não teve destinação de interesse não público e que o Estado não pretendeu aliená-lo, mas que, pelo contrário, o está utilizando exatamente para a finalidade constante do decreto de declaração de utilidade pública, comprovado está que a desapropriação foi legítima e que, por conseguinte, nenhuma pretensão contra o Estado assiste ao ex-proprietário.

Com efeito, se, conforme decidiu o STF no RE 25.115, *"não cabe ao antigo proprietário o direito assegurado no art. 1150 do Código Civil, se o imóvel for utilizado no serviço público, ainda que diverso do inicialmente previsto"* (RDA 41/200), como admitir-se que lhe caiba aquele direito se o imóvel foi utilizado no serviço público inicialmente previsto, apenas — quiçá — com intensidade e amplitude diversas da inicialmente prevista ou almejada. Mas isto, nem o particular, nem o legislador ou o juiz poderão determinar, porque envolve uma apreciação cujo parâmetro somente a Administração Pública tem condições de conhecer, uma vez que depende do conjunto das circunstâncias que compõem e caracterizam a própria função administrativa.

Neste particular, não vai demasia em relembrar a lição de Caio Tácito:

A administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo livre de desenvolvimento, no qual lhe é facultada a seleção de critérios e de fórmulas. Subordinado sempre à **legalidade** de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar, livremente, com respeito à oportunidade e conveniência. Esta capacidade de autodeterminação constitui o poder discricionário, que se exaure inteiramente no setor administrativo não podendo ser objeto de consideração jurisdicional. A oportunidade do ato administrativo poderá, em certos casos, ser reexaminada pela própria administração; em nenhuma hipótese poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário. O equilíbrio jurídico exige que o juiz e o administrador se coloquem em seu território próprio, a que estão destinados tanto pela competência legal, como pela especialização profissional. O administrador dotado de experiência prática e maior conhecimento pragmático decidirá, com plasticidade, os problemas da administração. Não cabe ao juiz, mesmo perante desacertos e equívocos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária é tão nociva quanto o descrédito da administração. Proclamou, recentemente, o nosso mais alto colégio judiciário:

"Não pode o Supremo Tribunal substituir-se à autoridade administrativa, para pronunciar, desde logo, e antecipadamente, a decisão que àquela cabe proferir". Mostrou Roger Pinto que a formação sistematizada do direito administrativo nos Estados Unidos se retardou em virtude da invasão judiciária no terreno da discricionariedade. (DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 1975, p. 5).

8. No exame da adequação da atividade administrativa à lei exaure-se a competência do Poder Judiciário.

Não tendo havido infração ao art. 1150 do Código Civil nem a qualquer outro preceito legal, mas sim, perfeita consonância entre os motivos da desapropriação e a finalidade efetiva do imóvel desapropriado, improcedem as razões deduzidas pelo apelante e descabe seu exame pelo Poder Judiciário.

E, por assim ser, espera o apelado seja mantida, em sua inteireza e por seus jurídicos e bem lançados fundamentos, a r. sentença a quo.

VERENA NYGAARD
PROCURADOR DO ESTADO

ÍNDICE DE AUTOR

AMARAL Neto, Francisco dos Santos. — A evolução do Direito Civil Brasileiro. Artigo.....	65
AMORIM, Aderbal Torres de. — Contratação de Pessoal pelo Poder Legislativo sem concurso público. Parecer.....	155
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Acúmulo de pensão com vencimentos ou proventos. Parecer.....	125
BRITTO, Carlos Ayres — Reajuste da casa própria, Limitações constitucionais do BNH. Artigo escrito em colaboração com José Sérgio Monte Alegre.....	33
CABRAL, Armando Henrique Dias — Legitimidade da tutela Jurídico-administrativa municipal para preservar áreas verdes. Artigo.....	61
CASTRO, Márcia Porto — Revisão de proventos. Razões de Apelação.....	193
CRETELLA Jr., J. — Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo. Artigo.....	13
CUNHA, Francisco Salzano V. — Acúmulo de pensão com vencimentos ou proventos. Ofício de Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aronovich.....	131
— Aposentadoria antecipada do professor cedido. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch.....	94
— Cômputo de tempo de serviço para fins de estabilidade. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Alberto Diehl Pires.....	100
— "Congelamento" de função gratificada. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Rafael César Moreira.....	106
— Pensão por morte em ato de serviço. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Marisa Soares Grassi.....	124
— Reorganização das autarquias. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry.....	139
	223

— Sociedade de Economia Mista. Dfício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva.	
FERREIRA, Aldo Leão — Aposentadoria de Funcionário Municipal. Parecer.	163
FDNYAT, Maria Izabel de Araújo — Convocação de Prefeito pela Câmara Municipal. Parecer.	181
GRASSI, Marisa Soares — Pensão por morte em ato de serviço. Parecer.	121
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho — Reajuste dos preços contratuais. Parecer.	141
LA PORTA, Sílvia — Remuneração de Vereador. Parecer.	173
MONTE ALEGRE, José Sérgio — Reajuste da casa própria. Limitações constitucionais do BNH. Artigo escrito em colaboração com Carlos Ayres Britto.	33
MONTEIRO, José Joaquim — Aposentadoria de Policial-Militar. Parecer.	147
MOREIRA, Jorge Rafael César — "Congelamento" de funções gratificadas. Parecer.	101
MDRSCH, Jorge Arthur — Aposentadoria antecipada de professor cedido. Parecer.	91
MDURA, Eliana Donatelli de — Retrocessão. Contestação.	205
NYGAARD, Verena — Projeto de lei de desenvolvimento urbano. Parecer.	107
— Retrocessão. Contra-razões de Apelação.	215
OLIVEIRA, Diniz Ferrugem de — Retrocessão. Sentença.	213
PETRY, Elaine de Albuquerque — Reorganização das Autarquias. Parecer.	133
PIRES, Jorge Alberto Diehl — Cômputo de tempo de serviço para fins de estabilidade. Parecer.	95
RODRIGUES, Mercedes de Moraes — Fato Gerador do ICM na importação de mercadorias. Razões de Apelação em Mandado de Segurança.	197
SÁ, Ney — Abandono de cargo. Parecer.	87
SILVA, Targino Bidart — Falecimento de Servidor Municipal. Parecer.	187

ÍNDICE DE ASSUNTOS

APOSENTADORIA

— Aposentadoria antecipada de professor cedido. Convênio destinado à realização de trabalho integrado SEC-LBA no setor educacional. Exercício de funções de magistério. Parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch.	91
— Dfício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch.	94
— Aposentadoria de funcionário municipal efetivo. É obrigação constitucional da Municipalidade. Não tendo sistema próprio de previdência de- vem, ele e ela, desde 1/1/81, contribuir em regime especial para a Pre- vidência Social Urbana. Parecer do Procurador Aldo Leão Ferreira.	163
— Aposentadoria de policial-militar. Doenças graves e incapacitantes para a função pública, previstas em lei estadual, cujo número excede as rela- cionadas na Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares da União). Ineficácia da legislação estadual sempre que deferir condições superiores às atri- buídas às Forças Armadas. Parecer do Procurador José Joaquim Mon- teiro.	147

ATO LEGISLATIVO

— Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo. Evento gerador do da- no. Lei formal danosa. Lei constitucional "em tese" danosa. Dano da lei e indenização. Regulamento danoso. Artigo do Dr. J. Cretella Jr.	13
--	----

AUTARQUIA

— Reorganização das autarquias. Lei 7.791/83. Interpretação do art. 1º, caput e parágrafos e art. Bº. Parecer do Procurador Elaine de Alberque- que Petry.	133
— Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, diri- gido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry.	139

BRIGADA MILITAR

— Aposentadoria de policial-militar. Doenças graves e incapacitantes para a função pública previstas em lei estadual, cujo número excede as rela- cionadas na Lei 6.800/80 (Estatuto dos Militares da União). Ineficácia da legislação estadual sempre que deferir condições superiores às atri- buídas às Forças Armadas. Parecer do Procurador José Joaquim Mon- teiro.	147
---	-----

CÂMARA MUNICIPAL

- Convocação de Prefeito pela Câmara Municipal. A Câmara poderá solicitar informações do Prefeito referentes aos negócios públicos do Município e convocar os secretários municipais ou titulares de diretorias equivalentes. Parecer do Procurador Maria Izabel de Araújo Fonyat ... 181
- Remuneração de Vereador. Inconstitucionalidade de sua fixação pela atual Mesa da Câmara (CF. art. 15 § 2º e art. 33 § 2º). Verba de Representação de Presidente da Câmara. Inconstitucionalidade de sua fixação por decreto legislativo emitido para vigorar na mesma legislatura em que foi editado. Parecer do Procurador Sílvia La Porta. 173

CONSTITUCIONALIDADE

- Projeto de lei do desenvolvimento urbano (nº 775/83). Considerações relativas à sua constitucionalidade. Parecer do Procurador Verena Nygaard 107
- Remuneração de Vereador. Inconstitucionalidade de sua fixação pela atual Mesa da Câmara (CF. art. 15 § 2º e art. 33 § 2º). Verba de Representação de Presidente da Câmara Municipal. Inconstitucionalidade de sua fixação por decreto legislativo para vigorar na mesma legislatura em que foi editado. Parecer do Procurador Sílvia La Porta. 173

CONTRATO

- Reajuste da casa própria: limitações constitucionais do BNH. Importância e atualidade do tema. O sentido social da Lei 4380. A teoria da imprevisão e os contratos do BNH. A inconstitucionalidade do critério das ORTNs como fator de correção monetária desfavorável ao mutuário. Artigo de Carlos Ayres Britto e José Sérgio Monte Alegre 33

CONTRATO ADMINISTRATIVO

- Reajuste de preços contratuais. Contrato de prestação de serviços. Índice de reajuste aplicável. Parecer do Procurador Eulália Maria de Carvalho Guimarães 141

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

- Aposentadoria de funcionário municipal efetivo. É obrigação constitucional da Municipalidade. Não tendo sistema próprio de previdência, devem ele e ela, desde 1/1/81, contribuir, em regime especial, para a Previdência Social Urbana. Parecer do Procurador Aldo Leão Ferreira . 163

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Abandono de cargo. Delito instantâneo de efeitos permanentes. Delito permanente. Prescrição. Orientação do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado. Parecer do Procurador Ney Sá 87

DESAPROPRIAÇÃO

- Retrocessão. O imóvel expropriado, uma vez afetado pelo Poder Público a uma finalidade pública, não pode mais ser reavido. Contestação do Procurador Eliana Donatelli de Moura 205
- Sentença do Juiz Dr. Diniz Ferrugem de Oliveira, julgando improcedente a ação 213
- Contra-razões de Apelação do Procurador Verena Nygaard 215

DIREITO CIVIL

- A evolução do Direito Civil Brasileiro. A cultura brasileira. Períodos históricos no direito brasileiro. A fase da codificação. A figura ímpar de Teixeira de Freitas. O Código Civil Brasileiro. Características formais e materiais. Aspectos sociológicos. A revolução industrial brasileira e seus reflexos no sistema do direito civil. Artigo do Dr. Francisco dos Santos Amaral Neto 65

DIREITO URBANÍSTICO

- Projeto de lei do desenvolvimento urbano (Nº 775/83). Considerações relativas à sua constitucionalidade. Parecer do Procurador Verena Nygaard 107

ECOLOGIA E MEIO AMBIENTE

- Legitimidade da tutela jurídico-administrativa municipal para preservar áreas verdes. Legislar sobre florestas é da competência privativa da União, mas isso não exclui que Estados-membros e Municípios legislem administrativamente. Artigo do Procurador Armando Henrique Dias Cabral 61

ESTABILIDADE

- Cômputo de tempo de serviço para fins de estabilidade. (Leis: 7.133/78 e 7.511/81). Regimes estatutário e trabalhista. Parecer do Procurador Jorge Alberto Diehl Pires 95
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Alberto Diehl Pires 100

Função Gratificada

ver

VANTAGENS PECUNIÁRIAS

ICM

- Fato Gerador do ICM na importação. Razões de Apelação elaboradas pelo Procurador Mercedes de Moraes Rodrigues 197

LICITAÇÃO

- Reajuste de preços contratuais. Contrato de prestação de serviços. Índice de reajuste aplicável. Parecer do Procurador Eulália Maria de Carvalho Guimarães 141

MAGISTÉRIO

- Aposentadoria antecipada de professor cedido. Convênio destinado à realização de trabalho integrado SEC-LBA no setor educacional. Exercício de funções de magistério. Parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch 91
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch. 94
- "Congelamento" de função gratificada. Professores inativados antes do Estatuto e Carreira do Magistério Público (Leis 6.672/74 e 6.740/74) 227

e que por ele optaram. Orientação do Estado. Parecer do Procurador Jorge Rafael César Moreira	101
— Dfício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Rafael César Moreira	106
MUNICÍPIO	
— Aposentadoria de funcionário municipal efetivo. É obrigação constitucional da Municipalidade. Não tendo sistema próprio de previdência, devem ele e ela, desde 1/1/81, contribuir, em regime especial, para a Previdência Social Urbana. Parecer do Procurador Aldo Leão Ferreira	163
— Emancipação de Município. A receita e despesa da área emancipada deverão ser contabilizadas em separado pelo município-mãe. O Município desmembrado pode assumir a defesa e o resguardo de seus direitos nos processos em andamento. Parecer do Procurador Nilo Vargas	167
— Falecimento de servidor municipal celetista. Direitos residuais após a morte. Parecer do Procurador Targino Bidart da Silva	187
— Legitimidade da tutela jurídico-administrativa municipal para preservar áreas verdes. Legislar sobre florestas é da competência da União, mas isso não exclui que Estados-membros e Municípios legislem administrativamente. Artigo do Procurador Armando Henrique Dias Cabral	61
PENSÃO MENSAL	
— Acúmulo de pensão com vencimentos ou proventos. A proibição de cumular pensão com proventos ou vencimentos de servidor estadual estabelecida pela Lei 5.256/66 foi levantada pela Lei 7.689/82. Parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich	125
— Dfício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich	131
— Pensão por morte em ato de serviço. (art. B0 da Lei 7.138/7B). Brigada Militar. Parecer do Procurador Marisa Soares Grassi	121
— Dfício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Marisa Soares Grassi	124
PREFEITO MUNICIPAL	
— Convocação de Prefeito pela Câmara Municipal. A Câmara poderá solicitar informações do Prefeito referentes aos negócios públicos do Município e convocar os secretários municipais ou titulares de diretorias equivalentes. Parecer do Procurador Maria Izabel de Araújo Fonyat ...	181
PROCESSO ADMINISTRATIVO-OISCIPLINAR	
— Abandono de cargo. Delito instantâneo de efeitos permanentes. Delito permanente. Prescrição. Orientação do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado. Parecer do Procurador Ney Sá	B7

PROVENTOS

— Acúmulo de pensão com vencimentos ou proventos. A proibição de cumular pensão com vencimentos ou proventos de servidor estadual estabelecida pela Lei 5.256/66 foi levantada pela Lei 7.689/82. Parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich	125
— Dfício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich	131
— "Congelamento" de função gratificada. Professores inativados antes do Estatuto e Carreira do Magistério Público (Leis 6.672/74 e 6.740/74) e que por ele optaram. Orientação do Estado. Parecer do Procurador Jorge Rafael César Moreira	101
— Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Rafael César Moreira	106
— Revisão de proventos, o ato de designação, portaria interna, para cargo de Chefia, não preenche os requisitos necessários à sua formação. Exercício de fato de função gratificada que não gera direitos. Razões de Apelação do Procurador Márcia Porto Castro	193

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

— Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo. Responsabilidade como categoria jurídica. Evento gerador do dano. Lei formal danosa. Lei constitucional "em tese" danosa. Dano da lei e indenização. Regulamento danoso. Artigo do Dr. J. Cretella Jr.	13
---	----

RETROCESSÃO

— Retrocessão. D imóvel expropriado, uma vez afetado pelo Poder Público a uma finalidade pública, não pode mais ser reavido pelo expropriado. Contestação do Procurador Eliana Donatelli de Moura	205
— Sentença do Juiz Diniz Ferrugem de Oliveira, julgando improcedente a ação	213
— Contra-razões de Apelação do Procurador Verena Nygaard	215

SERVIDOR TEMPORÁRIO

— Contratação de pessoal pelo Poder Legislativo sem concurso público. CF art. 106 e 108. Nulidade de contrato de locação de serviço pelo Código Civil. Parecer do Procurador-Geral da Assembléia Legislativa, Dr. Aderbal Torres de Amorim	155
--	-----

SERVIDOR TRABALHISTA

— Falecimento de servidor municipal celetista. Direitos residuais após a morte. Parecer do Procurador Targino Bidart da Silva	187
---	-----

SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO

— Reajuste da casa própria: Limitações constitucionais do BNH. Importância e atualidade do tema. O sentido social da Lei 4380. A teoria da imprevisão e os contratos do BNH. A inconstitucionalidade do critério das ORTNs como fator de correção monetária desfavorável ao mutuário. Artigo de Carlos Ayres Britto e José Sérgio Monte Alegre	33
--	----

VANTAGENS PECUNIÁRIAS

- “Congelamento” de função gratificada. Professores inativados antes do Estatuto e Carreira do Magistério Público (Leis 6.672/74 e 6.740/74) e que por ele optarem. Orientação do Estado. Parecer do Procurador Jorge Rafael César Moreira 101
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Jorge Rafael César Moreira 106

VENCIMENTOS

- Acúmulo de pensão com vencimentos ou proventos. A proibição de cumular pensão estabelecida pela Lei 5.256/66 foi levantada pela Lei 7.689/82. Parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich ... 125
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich 131
- Reorganização das autarquias. Lei 7.791/83. Interpretação do art. 1º, caput e parágrafos, e art. 8º. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry 133
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando o parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry 139

VEREADOR

- Remuneração de Vereador. Inconstitucionalidade de sua fixação pela atual Mesa da Câmara (CF art. 15, § 2º e art. 33, § 2º). Verba de representação de Presidente da Câmara Municipal. Inconstitucionalidade de sua fixação por decreto legislativo emitido para vigorar na mesma legislação em que foi editado. Parecer do Procurador Sílvia La Porta 173



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag