

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 37	p. 1 a 224	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

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
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 Valvírio 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

DOUTRINA

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO	Figuras jurídicas do planejamento ur- bano no Brasil	13
ERDO ROBERTO GRAU	Loteamento	37
HUMBERTO THEDDOR JÚNIOR	Tutela jurisdicional cautelar	51

PARECERES

ALEXANDRE HENRIQUE GRU- ZYNSKI	Dilatórios. Parecer 4526 PGE	79
NEY SA	Intervenção no domínio econômico. Parecer 5163 PGE	83
JORGE ARTHUR MORSCH	Gratificação de representação. Parecer 5267 PGE	89
ALMIRO DO Couto e SILVA	Revogação de benefício fiscal. Parecer 4861 PGE	95
CLARITA GALBINSKI	Policial-militar excedente. Parecer 5223 PGE	99
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Terrenos de marinha e terrenos margi- nais ou reservados. Parecer 4832 PGE	103
VERENA NYGAARD	Taxa Febem. Parecer 5029 PGE	109
JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Licença para tratamento de saúde de pessoa da família. Parecer 5169 PGE ..	113
SÍLVIA LA PORTA	Tribunal de Contas do Estado. Parecer 4964 PGE	119
ADNOR GOULART	Vício redibitório. Parecer 5108 PGE ...	129
ROSA MARIA DE CAMPOS ARA- NOVICH	Remuneração de diretor de sociedade de economia mista. Parecer 4766 PGE ..	139
EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES	Contrato de execução de obra pública. Parecer 5148 PGE	145
JOSÉ JOAQUIM MONTENEGRO	Honorários. Parecer 5144 PGE	151
EUNICE NEQUETE MACHADO	Anistia. Parecer 4845 PGE	157
ELAINE DE ALBUQUERQUE PE- TRY	Diárias de policial-militar. Parecer 5218 PGE	161

ASSUNTOS MUNICIPAIS

CAIO LUSTOSA	Vacância do executivo e legislativo municipais. Parecer 5043	167
RENITA MARIA HÜLLEN	Loteamento e desmembramentos. Parecer 5014 PGE	169
ADERBAL TORRES DE AMORIM	Vacância dos cargos de Prefeito e de Vice-Prefeito. Parecer	173

TRABALHOS FORENSES

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Denúncia espontânea da infração. Razões do apelado	179
VERENA NYGAARD	Responsabilidade do Estado por ato do DETRAN. Contestação. Razões do apelado	183
REJANE BRASIL FILIPPI	Convênios de ICM e o princípio da legalidade. Razões de apelação	193
DEFRANCISCO GALLICCHIO	Estabilidade excepcional	201

DOCTRINA

FIGURAS JURÍDICAS DO PLANEJAMENTO URBANO NO BRASIL

PROF. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Titular da Faculdade de Direito da Universidade
Católica de São Paulo

SUMÁRIO.

- 1 — Zoneamento: natureza
 - 1.1. zoneamento e direito de propriedade
 - 1.2. princípios jurídicos a que se submete
 - 1.3. instrumentos da disciplina zonificadora
 - 1.4. problemas jurídicos suscitados pelo zoneamento
- 2 — A desapropriação com fins urbanísticos
 - 2.1. desapropriação e revenda de bens
 - 2.2. desapropriação por zona
- 3 — A proposta de instituição do "solo criado"

I — INTRODUÇÃO

1. O fenômeno da concentração urbana conjugado à incorporação de um vasto instrumental tecnológico próprio de nossa época — que ampliou formidavelmente a ressonância das atividades individuais e da coletividade — geraram problemas graves e complexos para a vida nas cidades. As condições de habitabilidade e convívio viram-se comprometidas seriamente e passaram a deteriorar-se de modo crescente e acelerado. Daí a necessidade premente de se promover a racional organização e utilização do espaço nestes assentamentos.

Por certo não é nova a preocupação com a disciplina adequada à boa estruturação das cidades. Hoje, contudo, assumiu caráter de imposição inadiável. Com efeito, não está em pauta apenas o ideal de uma organização ótima. Sem prejuízo desta aspiração, trata-se agora de, pelo menos, deter a crescente expansão dos fatores adversos a uma ambiência urbana aceitável, de preservar o que ainda não esteja irremediavelmente deteriorado e de influir no desenvolvimento futuro destes núcleos. Suplementarmente, importa, ainda, reurbanizar os setores por demais inadequados e — tendo em conta que a cidade é um organismo vivo em constantes transformações — ajustar seus distintos segmentos às contínuas mudanças oriundas da natural evolução da vida citadina.

Assim, em todas as partes, desenvolveu-se e vem se desenvolvendo uma legislação urbanística armada ao propósito de atender a estes objetivos.

2. No direito brasileiro, em face do Texto Constitucional, a matéria é precipuamente da alçada dos Municípios, pois são autônomos em tudo que respeitar a seu peculiar interesse (Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, art. 15). Sem embargo, os instrumentos jurídicos por eles utilizados ou suscetíveis de sê-lo para a disciplina urbanística são, em todo o país, basicamente os mesmos. O que irá variar é a extensão ou intensidade de seu uso efetivo.

Cumpra, então, referir os meios ora disponíveis e ressaltar as questões jurídicas principais despertadas por força de sua aplicação. Finalmente, calha mencionar a conveniência de introduzir-se entre nós a figura inovadora denominada de "solo criado".

3. Fundamentalmente, dois são os institutos manejados no Brasil para a organização e reorganização urbana:

- a) zoneamento;
- b) desapropriação com fins urbanísticos.

Consideraremos cada qual de per si, dando ênfase muito maior ao primeiro deles, quer por sua importância — que é mais ampla — quer por sua utilização — bem mais freqüente.

II — ZONEAMENTO: CONCEITO E NATUREZA DE SUAS NORMAS

4. Denomina-se zoneamento a disciplina condicionadora do uso da propriedade imobiliária mediante delimitação de áreas categorizadas em vista das utilizações urbanas nelas admitidas.

De conseguinte, por tal meio, mapeado o espaço municipal, fixam-se as destinações de uso possíveis nas várias zonas em que se reparte a urbe e sua esfera de expansão, com o fito de assegurar condições e qualidades ambientais de vida satisfatórias.

Contudo, a simples divisão do espaço e correlata ubicação das tipologias de uso, para cumprir as finalidades que as determinam, exigem precisões maiores. Realmente, a própria variedade de usos concebíveis (residencial, comercial, institucional, industrial e misto) só ganha configuração funcional, perante os objetivos do zoneamento, em vista de outros fatores que servem para precisar-lhes especificamente a fisionomia. Assim, por exemplo, a taxa de ocupação do lote, a relação entre a área do terreno e área suscetível de ser nela construída, irão normalmente influir sobre a índole do uso residencial ou da específica destinação comercial que poderá ter.

Em suma: a mera **natureza do uso admitido** é um dado ainda insuficiente para a definição exata das funções cabíveis em cada zona ao lume da própria razão de ser do zoneamento.

Por tudo isto, no zoneamento são contemplados entrelaçadamente as naturezas de uso, os coeficientes de edificação, as taxas de ocupação, os recuos exigidos das construções, sejam fronteiros, laterais ou de fundos, as dimensões de lote, o alinhamento, vale dizer: o afastamento da edificação em relação à via pública e outros fatores que concorrem para dar completa e real identidade ou sentido à partição da cidade em zonas.

III — NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS DE ZONEAMENTO

5. O plexo de normas concernentes a estas várias questões, ou seja, o conjunto de preceitos que as regula, suscita uma série de problemas jurídicos. A solução deles há de ser dada, como é natural, frente aos distintos direitos positivos, mas entronca-se em uma questão básica, qual seja: a natureza das restrições assim estabelecidas e sua compatibilização com o direito de propriedade.

Deveras, é por todos os títulos evidente que a disciplina em causa implica forte condicionamento ao uso da propriedade. Demais disso, cumpre ressaltar que se é óbvia sua interferência com a propriedade,¹ não menos certo é que, por via dela, também se fricciona a liberdade. Isto pela circunstância curial de ser a primeira uma possível expressão da segunda, e pela razão menos saliente de que ditas normas restringem a liberdade de eleger, ao próprio alvedrio, onde se quer residir, onde se quer exprimir a liberdade de comércio, de prestar serviços, de fazer indústria etc.

Donde, em rigor, o tema cogitado radica-se na intimidade do panorama amplo das limitações administrativas à esfera de ação individual. Estas, no Estado de Direito, para serem legítimas, têm de assujeitar-se a coordenadas bastante precisas. O assunto em pauta insere-se na temática do chamado Poder de Polícia noção que, a nosso ver, inobstante o repúdio que lhe fazem autores do porte de AGUSTIN GORDILLO⁽¹⁾, uma vez devidamente precisada, nem abarca conteúdo excessivamente fluido, e por isso carente de funcionalidade, nem absorve ressaibos de autoritarismo do Estado Polícia. Trata-se, apenas, de configurá-la em termos ajustados ao Estado de Direito.

6. Entendemos por Poder de Polícia o conjunto de intervenções estatais, caracterizado pela imposição de deveres de abstenção, que delimita o exercício da liberdade e da propriedade a fim de condicioná-las ao bem-estar social. Tomada a expressão em sua amplitude máxima abrange tanto medidas **legislativas** quanto as providências **da Administração** a elas complementares.

(1) — AGUSTIN GORDILLO — "Estudios de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 9 e sgs.

É de notar que o direito norte-americano, conforme acentua CAIO TÁCITO⁽²⁾, vale-se da terminologia "Police Power" prevalentemente para referir as normas legais que têm por objeto o conteúdo indicado. Estamos em que, para referir o conjunto de regras e atos administrativos, ou seja, atos produzidos pela Administração, — uns e outros necessariamente supeditados em lei — é preferível usar a designação "Polícia Administrativa", suprimindo-se a anteposição da palavra "Poder", consoante oportuna recomendação de ADILSON DALLARI⁽³⁾.

7. Cumpre acentuar que no Estado de Direito quaisquer condutas da Administração e assim, também, inclusivamente as expressivas de Polícia Administrativa, assujeitam-se ao princípio da legalidade. Graças a ele devem manter com a lei uma relação tanto de não contrariedade como de conformidade. Por conseguinte devem, sobre não infringir lei alguma, estar subsumidas em lei que as preveja, impondo-as ou autorizando-as, conforme o correto magistério de RENATO ALESSI⁽⁴⁾. De resto, a posição da Administração em face da lei foi magistralmente sintetizada pelo mestre luso AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ nos seguintes lapidares termos: "*a atividade administrativa é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais*"⁽⁵⁾.

8. Finalmente, impende acentuar que, em nosso modo de ver, o característico das limitações à liberdade e à propriedade, que perfazem o "Poder de Polícia", é a imposição de deveres de abstenção, traço sublinhado com muito acerto por SANTI ROMANO⁽⁶⁾.

A essência, pois, da "Polícia", quer expressada em normas legais, quer exprimida nos atos administrativos que as complementam — e assim, portanto, a essência das disposições que compõem o zoneamento — reside na estatuição de um "non facere".

Por meio delas o Estado não exige que se lhe preste alguma coisa. Não reclama que se lhe dê coisa alguma, mas tão-somente inibe atuações positivas dos administrados. Veda-lhes dadas condutas, mas não as impõe. Coarta a livre atuação dos su-

(2) — CAIO TÁCITO — "Direito Administrativo", Ed. Saraiva, São Paulo, pág. 138.

(3) — ADILSON ABREU DALLARI — "Desapropriação para Fins Urbanísticos", Ed. Saraiva, São Paulo, 1981, pág. 63.
No mesmo sentido JOSÉ ROBERTO DROMI, o qual, entretanto, acompanhando a tradição da doutrina argentina, restringe o objeto da Polícia Administrativa, propriamente dita, à segurança, salubridade e moralidade (Derecho Administrativo Económico, Ed. Astréa, Buenos Aires, 1979, tomo 2, pág. 307, § 263).

(4) — RENATO ALESSI — "Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano", Giuffrè Editore, Milano, 3ª ed. revista e ampliada, 1960, pág. 9.

(5) — AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ — "Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder", Coimbra Editora, 1940, pág. 19.

(6) — SANTI ROMANO — "Principi di Diritto Amministrativo", pág. 193.

jeitos sem sacar-lhes algum procedimento em seu favor. E, nesse sentido, as limitações em geral, nelas se incluindo, então, as limitações administrativas à propriedade, correspondem ao exercício de um poder **negativo**, isto é, que nega, que veda, que proíbe.

Segundo entendemos, não é por via deste instituto que o Estado pode reclamar em seu favor prestações positivas dos administrados. A exigência de prestações afeta muito mais profundamente a liberdade e há de ser tratada com cautelas e restrições bem maiores, tais como as encontradas no instituto da **requisição**, meio jurídico que, por excelência, cogita dos deveres administrativos de prestar algo em favor do Estado.

9. Assim, ubicamos o instituto do zoneamento dentro do gênero "limitações administrativas" ou seja, no campo que entendemos coincidente com a noção de "Poder de Polícia". Já as providências administrativas necessárias a tornar efetivo o disposto na lei de zoneamento incluem-se na esfera da "Polícia Administrativa".

Fixados estes pontos, cumpre determo-nos sobre a compatibilização destas normas limitadoras e, pois do zoneamento, com o direito de propriedade. As conclusões que ao respeito vierem a ser firmadas, servirão, de seu turno, como premissas teóricas para o exame de alguns problemas concretos suscitados pelo zoneamento, a serem examinados mais adiante.

10. O direito de propriedade, nos países que o reconhecem, descende diretamente das instituições constitucionais e com frequência nestas está consagrado de modo expresse e específico. A Carta Constitucional do Brasil, por exemplo, ao arrolar direitos e garantias individuais, estatui no artigo 153, § 22, que é garantido o direito de propriedade, salvo desapropriação por necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, mediante indenização justa.

Cumpre frisar que a noção de propriedade só assume contornos jurídicos, isto é, só se categoriza como "direito" de propriedade, com o delineamento dos poderes atinentes ao proprietário e correlatas limitações. É dizer: o direito de propriedade é o resultado do regime constitucional e legal da propriedade.

11. Nisto nada há de peculiar, posto que a noção de "direito" postula a idéia de limitações, de contenções. O direito de propriedade, então, é a expressão jurídica da propriedade, o que equivale a dizer que é a propriedade tal como configurada em um dado sistema normativo. Daí a procedente observação de ALESSI, segundo quem, em rigor lógico, não existem limitações ao "direito de propriedade". Estas simplesmente compõem o perfil, o desenho normativo dele, ou, com as palavras do autor citado; correspondem "*apenas a uma definição do mesmo, uma aposição de seus necessários confins*"⁽⁷⁾.

(7) — Op. cit., pág. 533.

Segue-se que a expedição de tais normas corresponde ao normalíssimo procedimento conatural à função que ao Estado assiste e conatural à própria idéia de Direito.

Uma vez que o zoneamento corresponde a limitações administrativas e sendo elas o próprio delineamento do direito de propriedade resulta que, ao expedí-las ou modificá-las, o Estado não ofende a esfera jurídica de ninguém, mas apenas a configuração, tal como aceita em dado sistema normativo.

12. Desta premissa fundamental decorrem alguns princípios básicos.

O **primeiro princípio** é o de que só compõe o zoneamento, possuindo tipologia de limitações, os dispositivos que tenham **caráter geral** abrangendo uma categoria de bens, ainda que qualificados por sua localização espacial, contanto que tal localização não seja singularizadora. De fato, o perfil de um direito, a esfera juridicamente protegida dos indivíduos, não pode ser definida casuisticamente, mas há de ser disposta para a comunidade de pessoas que se encontram em igual situação. Daí que o zoneamento terá de traduzir-se em disposições tipificadas por este caráter.

Então, não é limitação administrativa, não expressa regra de zoneamento e nem se caracteriza como desenho tipológico de um direito, a providência concreta e específica adotada pelo Estado em relação a alguma propriedade singularmente considerada. Se o Poder Público a atinge especificamente estará interferindo no próprio direito. Haverá invadido a esfera jurídica delineada e vigente, com atribuir a um dado bem tratamento diverso do regime geral de propriedade, aplicável aos imóveis submissos à disciplina comum.

Se isto ocorrer, estar-se-á, no caso, perante outro instituto: o do **sacrifício de direito**. Nesta hipótese ocorrerá agravo a ele e não simples formulação de seu âmbito de expressão legítima. A desapropriação e a servidão bem revelam esta figura.

13. Um **segundo princípio** a ser mencionado é o de que, se a Constituição garante a propriedade ou o direito de propriedade, as disposições inferiores que o regulem, como o zoneamento, **não são ilimitadas**, pois não podem atentar contra o que há de essencial no direito de propriedade.

Deveras, descabe mediante zoneamento, a título de compor a fisionomia normativa do direito de propriedade, desfigurar o que haja de inerente à sua existência. Então, embora às normas infraconstitucionais caiba delinear o direito em apreço, não lhes é dado pretender fazê-lo em termos tais que lhe suprimam atributos indispensáveis.

Com efeito, é forçoso reconhecer que as palavras vasadas na Constituição — como em qualquer disposição normativa — por mais vagas, fluidas ou imprecisas que sejam, têm um conteúdo, uma significação mínima, determinável no tempo e

no espaço. Se não o tivessem seriam meras inconseqüências, faltando-lhes a qualidade de signos e, pois, de palavras. Ao serem pronunciadas corresponderiam simplesmente a ruídos inexpressivos, sons ociosos ou de alcance incognoscível.

14. Segue-se que a proteção constitucional à propriedade implica uma barreira para os órgãos infraconstitucionais. Mesmo sem negar, de modo algum, a historicidade dos conceitos jurídicos, graças ao que seu âmbito de abrangência pode alargar-se ou restringir-se, o certo é que o sentido mínimo atribuível à expressão propriedade está ligado às idéias de uso, gozo e disposição da coisa.

Estes três atributos podem, sem dúvida, sofrer condicionantes e até mesmo muito fortes. Aliás, em nome do interesse social e da função social da propriedade, consagrada implicitamente em algumas constituições ou explicitamente, como na Carta Constitucional do Brasil (art. 160, item III), estas compressões vão se tornando e têm que se tornar cada vez mais intensas e pronunciadas. São frutos das contingências da vida moderna e em particular dos fatores, já aludidos, atinentes ao convívio urbano.

Sem embargo, se a disciplina deles incrementar-se ao ponto de sacrificar o uso, o gozo ou a disposição do bem, reduzindo-o a uma esfera inexpressiva ou nula, ter-se-á de concluir que foi golpeado o próprio direito, a pretexto de regulá-lo. É que sem suas expressões não há o direito em si mesmo.

Em suma, a título de zoneamento não se pode anular ou paralisar as manifestações do direito de propriedade.

15. Aqui é necessário um esclarecimento para atribuir conteúdo mais denso e explícito ao que se vem de dizer. Cumpre precaver-se contra o risco de supor que o conteúdo da propriedade confunde-se com a significação patrimonial ou econômica dela. Ambas as coisas podem estar, como geralmente estão, bastante interligadas. Nem por isso se confundem.

O que às normas de zoneamento é interdito ferir, dado seu caráter de limitações administrativas, é o conteúdo nuclear do direito. Não se disse nem se dirá que lhes seja vedado acarretar conseqüências economicamente gravosas aos proprietários. Nem se disse que tal sucesso obrigue a indenizar prejuízos dessarte provocados. O dever de indenizar só surgirá se, concomitantemente, **for atingida a essência** do direito. E existirá **por causa** de havê-lo atingido.

16. O uso e gozo do bem são noções cuja **substância** está indissolúvelmente ligada à idéia de **funcionalidade**. Logo, o que não se lhes pode retirar é a funcionalidade. Entende-se por funcionalidade a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido. É isto que o Direito quer proteger quando consagra, constitucionalmente, o direito de propriedade.

Logo, as limitações administrativas de zoneamento não lhe podem subtrair este caráter. É-lhes proibido fazê-lo, não porque com isto lhe estejam reduzindo a expressão econômica, mas pela circunstância de amesquinhar ou anularem o que o direito defere a alguém.

Segue-se do exposto que se o Estado vejar edificação em imóvel sediado no interior de um núcleo urbano haverá elidido **seu uso funcional**, ainda que permita, no mesmo imóvel, utilização agrícola. Com efeito, o uso funcional é aquele compassado tanto com suas aptidões naturais, como com suas destinações comuns ou preponderantes. Não vêm ao caso usos não plausíveis ou secundários. Por esta razão não aceitamos que o direito de construir no meio urbano possa ser definido pelo Estado, sem ofensa à proteção constitucional da propriedade, como direito dele distinto.

Assim, também, não seria tolerável que o Poder Público proibisse atividade pastoril em imóvel rural imprecisado para atividade agrícola satisfatória, "sub color" de que não elidiu usos alternativos.

17. Poder-se-ia supor que o agravo ao direito da propriedade nas hipóteses figuradas é censurado por implicar agravo econômico, em cujo aspecto residiria a essência da proteção jurídica. Tal suposição, entretanto, seria inexata.

18. Desde logo, se procedesse a tese profligada não se teria como explicar porque a desapropriação, inobstante processada com justa indenização, isto é, mantendo intacta a expressão patrimonial do sujeito passivo, é considerada um **sacrifício de direito** ao invés de simples delimitação de sua esfera. Isto é suficiente para ressaltar o claro descrimen entre o direito de propriedade em si e a expressão patrimonial dele. Mas serve, ainda, para desvelar duas outras realidades: A primeira é de que só há correlação incindível entre o direito e seu significado econômico quando a ordem jurídica legitima o Estado o amesquinhar ou aniquilar o direito, compensando o lesado mediante indenização; a segunda é a de que só cabe indenização quando o atingido é o direito e não apenas seu alcance patrimonial.

19. Por isso, freqüentemente as limitações administrativas estabelecidas no zoneamento acarretam alterações patrimoniais detrimntosas para os proprietários, mas, por serem verdadeiramente limitações e deixarem incólumes o direito, não ensejam indenização, nem são juridicamente objetáveis.

Basta pensar-se em zoneamento que altere a destinação anterior de uma área, passando-a de residencial para comercial ou "vice-versa". A mudança em causa pode significar desvalorização dos lotes não edificados ou já edificados. Idem, quando se alteram, para menos, os coeficientes de edificação admitidos. Nem por isso o direito de propriedade é atingido. Conservando seu uso, gozo e disposição funcionais

ou plausíveis, não há ofensa a direito, mas, tão só, delineamento de seu âmbito, motivo porque descabe qualquer indenização, embora seja produzido efeito econômico desvalorizador.

20. Estas considerações, do mesmo passo em que demonstram que o protegido constitucionalmente é a **funcionalidade** de uso, gozo e disposição do bem — conteúdo essencial da propriedade — e não sua mera significação econômica, apontam para um **terceiro princípio**, implicado e expressado no que se acaba de anotar. É dizer: as medidas de zoneamento, por serem limitações administrativas, em se mantendo assim, apenas configuram o direito, definindo-lhe o âmbito de expressão válida. Por isso **não são indenizáveis**, já que não o ofendem. Pelo contrário: compõem seus contornos.

Diverso caso ocorre nos sacrifícios de direito. Nestes, permanecendo vigentes as regras conformadoras do direito de propriedade, o Estado investe contra a situação jurídica protegida e comprime ou aniquila o direito; bem por isso é obrigado a indenizar.

21. Assim também, à igual conclusão ter-se-á que chegar quando o impacto de regras legítimas de zoneamento sobre alguma ou algumas situações concretas implicam, em casos particulares, inibições que songuem funcionalidade ao uso, gozo e disposição do bem. Em tal caso, conquanto constitucionais em sua generalidade, e por isso inobjetáveis quanto à validade, haverão gerado **sacrifício de direito**, por implicarem expropriação do uso funcional do bem. Ai, então, emergirá, para o lesado, direito a ser indenizado.

22. **O quarto e fundamentalíssimo princípio** é o de que as limitações administrativas e, portanto, o zoneamento, **só podem derivar de lei**. E lei formal. Esta assertiva é inquestionável, pelo menos nos ordenamentos em que o princípio da legalidade foi acolhido em toda sua extensão, como sucede no caso do Texto Constitucional Brasileiro.

Realmente, quem pode definir direitos dos indivíduos é a lei e não o ato administrativo. Toda a atividade administrativa é infralegal, subordinada, e ademais dependente de lei. Uma vez que o zoneamento traz consigo uma delimitação do direito de propriedade, ou dito com maior rigor, uma vez que o zoneamento delineia o próprio direito, entregar este poder à Administração corresponderia a subverter as razões que inspiram o Estado de Direito e que geraram o princípio da legalidade. A matéria em pauta é eminentemente matéria de lei.

A Administração não poderia intercalar-se entre uma garantia constitucional e o indivíduo para gizar o âmbito de expressão desta garantia.

23. Com esta assertiva não se quer, entretanto, excluir a hipótese de que a lei defira à Administração a possibilidade de incluir, por ato seu, as áreas tais e quais sob o

regime tal ou qual. Mas cumpre que em lei se estabeleçam as distintas possibilidades de utilização da propriedade, as condições regedoras nas diversas situações e os pressupostos objetivos autorizadores das inclusões. Isto é, pode assistir à Administração o reconhecimento "in concreto" da ocorrência **dos pressupostos fáticos objetivamente estabelecidos em abstrato** como exigentes da inclusão de uma dada área sob o regime previsto.

Fixados os princípios básicos em matéria de zoneamento, cumpre mencionar, ainda que de modo breve, os instrumentos de que se vale a regulação zoneadora.

IV — INSTRUMENTOS DAS NORMAS DE ZONEAMENTO

24. Os principais meios de que se vale a disciplina zoneadora são os seguintes:

- a) delimitação das áreas e categorização dos tipos de uso;
- b) fixação de dimensões mínimas dos lotes;
- c) fixação dos coeficientes de edificação admitidos em cada área;
- d) fixação das taxas de ocupação das distintas áreas de uso;
- e) fixação de recuos fronteiros, laterais e de fundos.

25. **Pela delimitação de áreas divide-se** o espaço urbano em zonas, **categorizadas a partir do tipo de uso** nelas admitido. Fundamentalmente, os usos soem classificar-se em uso residencial, uso comercial, uso institucional, uso industrial e uso misto. A partir destas tipologias formulam-se combinações e contemporamentos.

Assim, podem haver zonas exclusivamente residenciais e zonas residenciais em que se admita comércio local de pequeno porte; zonas comerciais, em que se admita uso residencial do comerciante; zonas mistas de comércio e residências; zonas mistas de comércio e indústria; zonas mistas de residência, comércio e indústrias de pequeno porte e assim por diante.

Obviamente a variedade de combinações possíveis relaciona-se com as condições locais.

No Município de São Paulo, por exemplo, há dezoito zonas de uso e seis chamados "corredores". Estes, de regra, nada mais são que faixas estreitas intercaladas entre zonas de uso de características bastante diversas, servindo como gradação na passagem de uma tipologia para outra.

Outrossim, a zona estritamente industrial, suposta na legislação de zoneamento do Município de São Paulo, só tem existência teórica, pois, em termos reais, o que existem são zonas predominantemente industriais. Estas abrangem 5,5% da área urbana. As zonas estritamente residenciais da cidade absorvem 4,38% da área urbana. Já as zonas de uso predominantemente residencial, de densidade demográfica baixa, e que comportam alguns usos comerciais, industriais de pequeno porte e institucionais, correspondem a 65,38% da área urbana.

26. É bem de ver que as tipologias de uso só assumem feição especificada em vista de outros fatores, como o coeficiente de edificação e taxa de ocupação, os quais são responsáveis pela possibilidade de adensamento demográfico ou pela espécie de comércio ou indústria suscetíveis de se implantarem no local.

Por isso se disse, inicialmente, que o zoneamento não pode ser concebido apenas em função da delimitação de áreas, vez que a variedade de usos a partir de uma categorização básica é determinada por um conjunto de fatores. É o que melhor se esclarece ao mencionar os itens subsequentes.

27. O estabelecimento de **dimensões mínimas para os lotes** visa, sobretudo, impedir que uma especulação imobiliária desabusada venha a gerar condições de habitabilidade extremamente desfavoráveis. Mas serve também para incentivar o surgimento de lotes de grande extensão, quando o mínimo é fixado em nível muito alto, tendo em vista preservar, em certas áreas, condições ecológicas satisfatórias.

É fácil perceber-se a importância da definição das dimensões mínimas do lote, pois os coeficientes de edificação e as taxas de ocupação, calculados sobre ele, é que irão determinar as características da cidade.

No Município de São Paulo a menor área de lote, admitida no espaço urbano, ocorre em algumas zonas estritamente residenciais e é de 100 metros quadrados, com o mínimo de 5 metros de frente. Já em outra zona estritamente residencial, localizada na faixa de preservação de recursos hídricos, exige-se área mínima de 5.000 metros quadrados para o lote.

28. **Coeficiente de edificação** ou **coeficiente de aproveitamento** é a relação entre a área edificada total e a área do terreno. O estabelecimento de um coeficiente máximo admitido é fator de fundamental relevo para propiciar ou inibir o adensamento demográfico, com a verticalização ou horizontalização, em dada zona.

Evidentemente, quando o coeficiente de aproveitamento é alto incentiva-se a construção de prédios de apartamento e se favorece, nas zonas de utilização mista, o surgimento de comércio de grande porte. Quando, reversamente, o coeficiente é baixo, inibem-se tais construções, propiciando-se apenas residências unifamiliares horizontais, comércio local e serviços de pequeno porte.

No Município de São Paulo, o menor coeficiente de edificação é de 0,12% em áreas estritamente residenciais nas quais a dimensão mínima de lote é de 5.000 metros quadrados. Foi estabelecida com o intuito de estimular "chácaras urbanas", em glebas não urbanizadas, lindeiras à zona rural e que se encontram sediadas dentro da faixa de proteção aos mananciais, pretendendo-se, com isto, protegê-los e conservar, ao máximo possível, as condições naturais de topografia e vegetação.

O maior coeficiente de aproveitamento é de 4 (quatro) vezes a área do lote, o que é permitido na zona metropolitana central e em certos subcentros, ou centros de bairro. De regra, este coeficiente máximo só é permitido com a redução da taxa de ocupação do lote.

29. **Taxa de ocupação** é a relação entre a área de construção, em sua projeção horizontal, e a área do lote. As baixas taxas de ocupação favorecem a preservação de espaço aberto, concorrem para evitar o adensamento e propiciam que na cidade se mantenham espaços verdes por obra dos próprios proprietários.

A maior taxa de ocupação permitida na área urbana do Município de São Paulo é de 80% da área do lote e vigora nas zonas de uso misto, localizados no centro metropolitano e em centros de bairro. A taxa de ocupação mais exigente é a que inadmita ocupação superior a 12%, isto é, 0,12 da área do lote e está prevista para certas zonas residenciais caracterizadas por lotes de grande extensão.

30. **Os recuos** fronteiros, laterais e de fundos são afastamentos em relação às divisas do lote, vale dizer, em relação ao alinhamento da via pública, que compõe o recuo fronteiro, e em relação aos outros lotes confinantes.

A fixação dos recuos mínimos tem evidentes repercussões no aproveitamento do lote e, por isso, concorre também para influir tanto no adensamento da zona, quanto na reserva de espaços livres.

A menor imposição de recuo mínimo, na legislação paulistana, é de 5 metros de frente e 1,5 metros em um dos lados. A maior imposição é de 10 metros em todas as divisas.

V — PROBLEMAS JURÍDICOS PROPOSTOS PELO ZONEAMENTO

31. Entre as várias questões que a aplicação das normas de zoneamento têm provocado, pode-se salientar cinco tipos de dificuldades correntes.

A saber: (a) Qual o ato ou fato que investe o proprietário no direito de edificar sob o império de uma dada legislação de zoneamento, esquivando-se às alterações subseqüentes? (b) É ou não possível à Administração cassar licença de edificação, fundada em que houve alteração legislativa subseqüente? (c) É ou não possível à Administração cassar licença de funcionamento de atividade comercial ou de pres-

tação de serviços, em razão da alteração de uso estabelecida para a zona onde se situa o imóvel? (d) Coeficientes de aproveitamento muito baixos ou recuos muito grandes estabelecidos no zoneamento obrigam ou não o Poder Público a indenizar os proprietários dos lotes atingidos? (e) Novo alinhamento de via pública, pela implicação que tenha no recuo fronteiro, obriga ou não a indenizar os proprietários dos lotes afetados?

32. A todas estas questões pode-se dar respostas de relativa singeleza, uma vez aceitos os princípios anteriormente apontados. Deveras, as raízes teóricas implantadas oferecem solução a estes vários problemas. A aplicação deles fornece os elementos necessários ao deslinde das dúvidas que suscitam.

Vejamos.

33. Por força das normas de zoneamento, quem deseje edificar deverá previamente demonstrar à Administração que o fará na conformidade das regras estabelecidas. Daí a necessidade de obter a competente licença de edificação, cuja expedição é obrigatória, caso o postulante exiba planta ajustada aos requisitos exigidos para a zona em que se sedia o bem.

(a) momento em que se fixa a legislação aplicável.

34. Trata-se, pois, de saber se a legislação a ser aplicada será a vigente no momento em que é feito o pedido de licença ou no momento em que é deferida, ou no momento em que se inicia a edificação. É óbvio que a própria lei pode oferecer resposta a esta questão, caso em que, evidentemente não se porá nenhum problema. A dificuldade surge, precisamente, ante o silêncio das normas.

Estamos em que, no silêncio delas, a solução derivada das premissas teóricas que foram propostas há de estribar-se no seguinte raciocínio.

A possibilidade jurídica de edificar não se fundamenta na licença, mas nas leis que regulam o direito de construir. A licença não é ato que define o direito vigente, mas, apenas, que remove obstáculo jurídico ao exercício de um poder suscetível de ser exercido se e enquanto conforme a lei. Logo, em princípio descaberia supor que o direito a erigir se assegure a partir da expedição da licença.

Portanto, mesmo que a Administração fixe prazo de validade para a licença que expediu, mesmo que o estabeleça por regulamento ou no próprio ato concreto veiculado pelo alvará, tal circunstância não tem o condão de assegurar ao administrado direito a edificar segundo a regra que presidiu a outorga da licença. Advirta-se, contudo, que a solução será diversa, conforme adiante referiremos (n.º 37), se o prazo de validade da licença para construir **estiver fixado em lei**.

Com efeito, a licença expedida pela Administração faltaria força jurídica para gerar situação sobre a qual não tem disponibilidade, já que sua função resume-se a reconhecer a coincidência da pretensão com a lei ou a descoincidência com os termos na lei estipulados. Esta ausência de titulação jurídica da Administração para compor os termos dentro nos quais seria cabível ou incabível a construção pretendida, descarta a possibilidade de que possa fazer gerar um direito, pois é estranha à configuração dele. Ressalva-se, todavia, a hipótese, adiante examinada, em que a lei fixa prazo para utilização do alvará de licença regularmente expedido.

35. De outro lado, a possibilidade de construir, garantida no direito objetivo, tal como a possibilidade de casar-se ou divorciar-se ou a possibilidade de comerciar ou de freqüentar dados locais, são especificamente poderes jurídicos. Daí, que só assumem a forma de direitos concretizados, nos termos das leis vigentes, quando efetivamente exercitados. Embora alguém possa casar-se hoje, ou divorciar-se hoje, ou exercer dada atividade de comércio, enquanto não os exercita permanece no reino das possibilidades. No momento em que efetivamente o fizer concretizará uma dada situação e terá que fazê-lo nos termos das leis vigentes. Por esta razão, também descaberia supor que o mero pedido de licença tenha a força jurídica de assegurar o império de uma dada legislação, excluindo a aplicação da lei nova. Além do mais, pelos motivos anteriormente expostos, o pedido de licença não poderia ter a virtude que nem mesmo a própria licença se pode reconhecer.

36. Mediante pedido de licença alguém manifesta a intenção de fazer valer um "direito", ou, mais propriamente, um poder jurídico, mas certo é que ainda não o efetivou, até porque dependia da remoção de um obstáculo jurídico para concretizá-lo. Segue-se, pois, que o direito a edificar sob dada legislação, só se concretiza quando efetivado, vale dizer, quando realmente iniciada a obra. É este fato jurídico que investe o proprietário no direito a executá-la segundo aquela lei então em vigor e coloca o imóvel a salvo de sujeição às regras supervenientes.

Contudo, se houver mora da Administração na apreciação do pedido de licença e forem ultrapassados os prazos legais, há de reconhecer-se, ao pretendente, a consolidação de seu direito na conformidade da lei do tempo do pedido, se esta estava em vigor no último dia do prazo dentro no qual a Administração devia se pronunciar. É que a ilegalidade administrativa não pode ser obstáculo à aquisição do direito.

37. É indispensável discernir as hipóteses até agora cogitadas dos casos em que a **lei pertinente** (e não ato administrativo, geral ou concreto) estabeleça um prazo de validade para o alvará de licença. Nesta hipótese, a circunstância em apreço forçará ao entendimento de que a legislação almejou garantir, dentro desse lapso temporal, o direito de edificar na conformidade da lei vigente ao tempo da expedição da licença.

Com efeito, se a própria norma legal fixa o período de vigência da licença resulta daí que, na intimidade deste período, sua utilização está assegurada pela própria

lei. A licença funciona, então, como requisito pré-fixado para aquisição de um direito residente na legislação: direito de construir, segundo os termos da lei vigente quando da outorga da licença. Note-se que em tal caso o ato administrativo não é a fonte geradora do direito e sim o requisito que, uma vez cumprido, deflagra direito cuja matriz é a própria lei.

(b) cassação de licença para edificar.

38. A resposta oferecida à primeira questão antecipa a resposta quanto à possibilidade de cassação de licença para edificar fundada em alteração legislativa. Os mesmos fundamentos teóricos que lhe governaram a solução, compõem neste segundo problema. Ressalvada a hipótese de licença com prazo de duração estipulado em lei (dado que fora daí o direito a edificar sob o império de certas regras só se consolida com o início da construção) deve-se reconhecer à Administração o poder e o dever de cassar a licença para edificar se, antes de iniciada a edificação, sobrevier lei nova contendo disposições distintas das que presidiram o licenciamento feito.

39. Isto, contudo, não exclui indenização pelas despesas efetivamente realizadas com o projeto de construção ou imediatamente ligadas ao desencadeamento de providências para executá-la, pois o proprietário já havia removido, com a obtenção da licença, o obstáculo jurídico ao início da obra.

Entretanto, não lhe caberá indenização pelos efeitos que decorram das novas condições legais a que se sujeitará o imóvel, isto é, pela eventual desvalorização oriunda das novas regras que vigerão na zona onde se sedia o bem.

40. Reversamente, se a obra houver sido iniciada, ou no caso de licença amparada por prazo legal de validade ainda fluente, a Administração não poderá cassar a licença, pois terá havido concretização do direito objetivo e estará consolidada a situação jurídica. Em havendo grave incompatibilidade entre a obra em andamento e as regras novas, a solução residirá na expropriação, não necessariamente do bem, mas apenas do direito a edificar pela destinação antiga ou segundo as anteriores condições de aproveitamento, conforme o caso. É que desassiste à Administração optar simplesmente pela cassação já que isto equivaleria a lançar o administrado em via mais trabalhosa, qual, a de mover ação de indenização. Incumbe a ela assumir o encargo de buscá-lo em juízo para efetuar a desapropriação⁽⁸⁾.

(8) — Cf. LUCIA VALLE FIGUEIREDO — "Disciplina Urbanística da Propriedade", Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pág. 85 e sgs. A ilustre autora desenvolve este ponto com grande exatidão e clareza. Ressalvamos, apenas, nossa discrepância com relação ao momento de aquisição do direito a edificar.

Anote-se, ainda, que o ponto de vista expressado no texto defendido pela autora citada foi sustentado por CAIO TÁCITO, em 1974, em Curso de Especialização em Direito Administrativo, promovido pela PUC de São Paulo.

(c) **cassação de licença de funcionamento.**

41. Na hipótese de alteração da tipologia de uso admitida em certa zona, as atividades comerciais, industriais ou de serviço, devidamente licenciadas, em princípio devem ser havidas como garantidas contra alterações subseqüentes e a salvo de cassação da licença, pelas mesmas razões já aduzidas.

Se é certo que as licenças de funcionamento de comércio, de indústria ou de serviços, não se confundem com as licenças para edificar, não menos certo é que as atividades em questão são desenvolvidas em construções erigidas em função do tipo de uso e por isso a ele ajustadas. Ora, de nada valeria considerar garantido um tipo de edificação, se lhe for negada a utilização correspondente.

42. Ressalvam-se, apenas, os casos em que ao tipo de construção sejam indiferentes as modalidades de uso, por compatibilizar-se perfeitamente com utilizações alternativas.

43. Cremos que estas mesmas soluções, por iguais razões, hão de ser dadas na hipótese de mudar o ocupante do imóvel. Conquanto a licença para exercício de dada atividade comercial, industrial ou de serviços, tenha caráter pessoal, a licença para edificar é de caráter real; vale dizer, adere ao bem, pois diz respeito ao imóvel e não ao proprietário.

Sendo assim, quando o imóvel não se preste a uso alternativo, negar licença de funcionamento para uso correspondente à tipologia da construção regularmente erigida, equivaleria a aniquilar o sentido já consolidado na licença de edificar. Em se prestando o imóvel a uso diverso, aí sim seria cabível recusar licença de funcionamento para uso desconforme ao previsto na legislação vigente.

(d) **inproveitabilidade do bem em decorrência do zoneamento.**

44. Quando a legislação de zoneamento prevê coeficiente máximos de edificação muito baixos, ou recuos muito grandes, pode ocorrer que, pela situação peculiar de certos lotes, estes se tornem totalmente improveitáveis ou praticamente inúteis. Isto sucederá quando as regras incidem sobre lotes muito pequenos ou de configuração desfavorável.

Nestes casos, dado que o uso funcional deles fica aniquilado ou reduzido a condições inexpressivas, tem-se verdadeiro **sacrifício de direito**, ante a supressão de seu uso ou gozo funcional. Sempre que ocorra tal hipótese, já pré-figurada no curso desta exposição, não mais se poderá considerar que o zoneamento apenas compôs o perfil do Direito. Será forçoso reconhecer que implicou, nestas situações concretas, em elisão de atributos essenciais do direito; vale dizer, em autêntica lesão a ele.

Por haver suprimido um bem constitucionalmente protegido, o Estado terá que indenizar o lesado, procedendo à conversão do direito afetado na expressão patrimonial que o compense.

(e) **repercussão do alinhamento na utilização do lote.**

45. Quando sobrevém novo alinhamento da via pública, tal ato traz consigo manifestação de que a Administração pretende incorporar ao domínio público a faixa fronteira dos lotes alcançados pela demarcação.

Sem embargo, esta expressiva manifestação de intenção não tem, nem pode ter, força jurídica para demitir os proprietários de sua titulação sobre os bens afetados. Em vista disso, se os recuos passam a ser contados a partir do novo alinhamento, resulta que os proprietários sofrem perda na utilização de uma faixa que lhes era utilizável, pois ocorre uma indireta suplementação do recuo. Tendo-se em conta que a finalidade do alinhamento atende a interesse público de dada ordem e que o recuo satisfaz interesse público de outra ordem, pois não são prepostos ao atendimento dos mesmos fins, estamos em que o Poder Público fica obrigado a indenizar os proprietários agravados.

46. Com efeito: não se pode atender a uma finalidade, embora pública, mediante competência que é, de direito, preordenada ao alcance de outra finalidade. Em suma: as competências não são intercambiáveis, logo não é dado atribuir à competência para alinhamento efeitos jurídicos que são inerentes à competência para fixação de recuos. Embora, no caso, se trate de uma competência legítima — a de estabelecer alinhamento — é incabível atribuir-lhe os efeitos correspondentes ao da competência para fixar os recuos.

47. Deveras, a finalidade do alinhamento só pode ser a de demarcar o espaço que virá a ser ocupado pelo domínio público. A finalidade dos recuos é estabelecer o afastamento em relação à via pública. Já se vê que tem objetivos diversos. As conseqüências de uma medida em relação a outra são inerências irrefragáveis, porque impostas pela lógica das coisas, mas, ainda assim, ambos os institutos persistem juridicamente distintos.

Ora, se é certo que através da definição dos recuos o Estado pode conformar a expressão da propriedade, certo também é que não pode fazê-lo mediante alinhamento, pois o objetivo deste último não é delinear o campo do direito de propriedade, mas o de sacar futuramente deste campo aquilo que se considera como nele integrado.

Não é admissível, então, que o propósito de uma aquisição futura possa, na atualidade e sem indenização, demitir o proprietário de utilizar o bem segundo as condições que lhe correspondem, isto é, nos termos dos recuos existentes a partir da via pública que existe.

Fundado nestas razões entendemos que a Administração não pode exigir que os recuos sejam contados de uma via pública que inexistente, salvo se indenizar o titular do bem pelo fato de já computar como domínio público uma faixa do imóvel do mesmo proprietário.

VI — DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS URBANÍSTICOS

48. Em sentido amplo toda ou quase toda expropriação imobiliária (pelo menos na área urbana) tem fins urbanísticos, pois seu objeto será a implantação de equipamentos urbanos. Até mesmo a desapropriação agrária tem ou pode ter — como bem observou ADILSON DALLARI⁽⁹⁾ — reflexos na vida urbana. Sobremais, no direito brasileiro não há legislação específica dotada de peculiaridades próprias que forneçam calço para um *discrimen* estribado em tal categorização.

49. Na lei reguladora da desapropriação **por utilidade pública** (decreto-lei n.º 3.365, de 21.06.41) há, isto sim, expressa referência à “execução de planos de urbanização” como hipótese legal ensejadora do exercício de poder expropriatório (artigo 5.º, letra “i”). Contudo, inúmeras outras hipóteses também se revelam manifestamente imbuídas de propósitos urbanizadores ou reurbanizadores.

É o caso, por exemplo, da “criação e ampliação de distritos industriais”, também contemplados no dispositivo referido (5.º, letra “i”), admitido o “loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas bem como a revenda ou locação de lotes a empresas previamente qualificadas”, inclusive “em área rural previamente declarada prioritária para fins de reforma agrária”. O mesmo se pode dizer da hipótese, cogitada ainda no precitado art. 5.º, letra “i”, que autoriza desapropriar para “loteamento de terrenos edificadas ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética”, ou então “para criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência” (artigo 5.º, letra “e”). Idem quanto à desapropriação “para preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza” (art. 5.º, letra “K”).

50. Também se alojará em campo tipicamente urbanístico a chamada “desapropriação por zona” — prevista no artigo 4.º do mesmo decreto-lei n.º 3.365 — que se

(9) — O ilustre jurista faz as seguintes oportunas averbações: “Aliás, a grande dificuldade para se precisar a desapropriação para fins urbanísticos está exatamente na amplitude universal do urbanismo hoje em dia. De certo modo, até mesmo a desapropriação para fins de reforma agrária poderia ser considerada como abrangendo os assentamentos humanos em geral, além do fato de que uma melhoria das condições de vida no campo necessariamente refletiria sobre a cidade.

Esta questão foi objeto de análise por parte de MARTIN GAMERO, para quem dificilmente se encontrará uma desapropriação que não tenha entranhada uma finalidade urbanística, pois todas visam a melhoria das condições da vida comunitária” (op. cit., pág. 53).

propõe a “abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda”.

Todos os casos referidos são contemplados como hipóteses de desapropriação **por utilidade pública** que, no direito brasileiro, são discernidas — embora por insignificantes diferenças de regime — das desapropriações **por interesse social**, regidas pela lei n.º 4.132, de 10.09.62.

51. Algumas das previsões legais de desapropriação por interesse social são particularmente afeições à realização de certos objetivos urbanísticos, como “o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de **habitação**, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico” (art. 2.º, item I, da lei n.º 4.132), ou “a de casas populares” (art. 2.º, item V).

Pelas indicações feitas, resulta claro que hipóteses legais distintas, quer da desapropriação por utilidade pública, quer da efetuada por interesse social, são igualmente prestantes para o cumprimento de propósitos urbanísticos. Donde, cabe dizer, apenas, que dentre os múltiplos casos legalmente arrolados como ensanchadores de expropriação, alguns são mais ajustados à amplitude habitualmente associada à idéia de urbanização, ao passo que outros põem em pauta intervenções pontuais, microscópicas, do Poder Público no espaço urbano.

52. Os problemas jurídicos particularmente relevantes para o tema e que causaram e causam dissensões no direito brasileiro dizem com a questão da negociabilidade dos bens expropriados, isto é, com sua revenda a terceiros em seguimento à desapropriação e com a constitucionalidade da “desapropriação por zona”. Ambos os temas deram margem a acesos debates e ambos são de subido relevo para a implementação cabal dos objetivos urbanísticos que animam ou animem as expropriações, pois eventual impossibilidade de revenda dos bens comprometeria ou limitaria a realização do propósito urbanizador ou reurbanizador.

53. Pondo de parte, por ora, o caso da “desapropriação por zona”, em que o óbice levantado é de ordem constitucional e não legal, evidentemente as dificuldades opostas à desapropriação com revenda de bens não se propõem nas hipóteses em que a legislação expressamente as autoriza. Por isso, descabe a discussão quando fundada nos versículos da lei de desapropriação por **interesse social**, dado que há regra expressa estampada no artigo 4.º da lei n.º 4.132, segundo o qual “os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação prevista”.

Uma vez que o fundamento destes atos de aquisição compulsória é atender objetivos pertinentes à "questão social", parece perfeitamente compreensível que os bens assim adquiridos venham a reincorporar-se em patrimônio privado, porém segundo a destinação social mais conveniente.

54. Ante a distinção constitucional e legal entre desapropriação por necessidade ou utilidade pública e por interesse social, alguns doutrinadores, como anotou ANTONIO DE PADUA FERRAZ NOGUEIRA, abraçaram o entendimento de que as desapropriações para fins urbanísticos se radicam exclusivamente na **necessidade** ou **utilidade** pública, uma vez que as desapropriações por **interesse social**, visariam resolver **problemas sociais** e não problemas **urbanísticos**⁽¹⁰⁾. Não é, entretanto, o ponto de vista do autor citado, nem o de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁽¹¹⁾, nem o de ADILSON DALLARI⁽¹²⁾, doutores da máxima suposição, cujas lições sufragamos na matéria.

Com efeito, o que importa saber é pura e simplesmente se determinados objetivos sociais coincidem ou não com finalidades urbanísticas, ensejando, pois, a simultânea satisfação de um duplo interesse jurídico que, de resto, em inúmeras situações estarão entrosados inscindivelmente. Além disso, compreendidas as finalidades urbanísticas em sentido amplo, inúmeras vezes pelo menos, estarão a abarcar interesse social e vice-versa.

55. Outrossim, não se põe dúvida quanto à possibilidade de revenda na desapropriação por **utilidade pública** quando **efetivada com base no permissivo atinenta à criação de distritos industriais** — hipótese incluída, em 1978, no rol dos casos autorizadores de expropriação e com literal previsão de revenda dos imóveis para tal fim adquiridos.

56. O questionamento quanto à revenda apresentou-se em todos os demais casos de expropriação por utilidade pública, abrangendo, inclusive, a hipótese de expropriação para atender a "planos de urbanização", o que deu margem a duras batalhas judiciais.

Atualmente, contudo, com o advento da lei n.º 6.766, de 19.12.79, se a desapropriação fundar-se no escopo de realizar "planos de urbanização", ou "loteamento de terrenos para lhes dar melhor utilização", não mais caberá opor objeções à revenda, **desde que seja respaldada a preferência dos ex-proprietários para re-aquisição dos bens**. É o que decorre do art. 44 da lei citada, o qual dispõe:

"O Município, o Distrito Federal e o Estado poderão expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana para loteamento, demolição, reconstrução

(10) — Desapropriação e Urbanismo — Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 32.

(11) — Direito Urbanístico — Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 547.

(12) — Op. cit., pág. 94 e sgs.

e incorporação, ressalvada a preferência dos expropriados para a aquisição de novas unidades".

57. Assim, qualquer discussão sobre a viabilidade da revenda ficará adstrita às demais hipóteses legais que poderiam utilmente ensejar desapropriação com fins urbanísticos.

Segundo nosso modo de entender, não há óbice jurídico prestativo à revenda efetivada **para cumprir finalidades urbanizadoras ou reurbanizadoras**, mesmo quando a expropriação se apóia em dispositivos alheios aos que mencionam "planos de urbanização" ou "loteamento de terrenos".

Com efeito, a desapropriação se faz para atender interesses públicos. Em princípio, isto se efetiva com a integração e retenção do bem no patrimônio das pessoas públicas, pois são elas que têm a seu cargo a cura dos interesses desta ordem.

Não há, entretanto, que absolutizar tal regra. Nem o autorizaria o texto constitucional ou a legislação ordinária. Pelo diploma superior requer-se, para a desapropriação, ocorrência de "necessidade pública, utilidade pública ou interesse social". Nada se diz quanto ao sujeito beneficiário da expropriação.

É claro que, muitas vezes, a satisfação do interesse público ou social consistirá justamente na integração do bem em patrimônio privado, porém diverso daquele a que pertencia antes da expropriação.

58. Por sem dúvida é utilidade pública a criação de centros de população e seu abastecimento regular de meios de subsistência (art. 5.º, "a", do Decreto-lei n.º 3.365). Ninguém o negaria, como provavelmente ninguém contestaria constitucionalidade à hipótese. De outro lado, é evidente que, salvo em Estado socialista, os imóveis e habitações destes centros de população, tal como os meios para sua regular subsistência, deverão findar por integrar-se no patrimônio dos particulares, ao invés de constituírem propriedade estatal ou coletivizada em mãos do Poder Público.

Assim também, é interesse público o loteamento de terrenos para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética (art. 5.º, "j", do Decreto-lei n.º 3.365). De igual modo, salvo em Estado socialista, nenhum sentido haveria em ficarem retidos nas mãos do Poder Público. Não lhe calharia, em outro regime político-social, converter-se em industrial ou comerciante incumbido de conferir pessoalmente melhor utilidade econômica àquele imóvel retalhado.

59. É interesse social o aproveitamento de bens improdutivos ou utilizados descompassadamente com as necessidades de consumo dos centros a que devam suprir (art. 2.º, n. I, da Lei n. 4.132). Nem por isso, ao desapropriá-los, o Estado deverá transmutar-se, exceto em regime socialista, no agente econômico explorador das reais possibilidades produtivas daqueles bens.

60. O transcendental é distinguir duas coisas profundamente distintas que, todavia, em análise perfunctória, podem ser confundidas.

Só se desapropria para satisfazer interesse público. Este há de ser o fim, a finalidade da desapropriação. O meio para satisfazer o objeto legítimo pode ser — e é muitas vezes — a colocação do bem em patrimônio privado.

Inversamente nunca se pode desapropriar para satisfazer interesse privado. Este não pode ser jamais o fim, a finalidade da desapropriação, ainda que compareça o meio: integração do bem no domínio estatal.

Cabe, pois, fazer acepção destas duas situações.

A integração do bem no patrimônio público ou privado **só pode ser meio** para realizar finalidade de utilidade pública ou de interesse social.

Em caso algum a mera aquisição do bem, seja em prol do patrimônio privado, seja em favor do patrimônio público poderá ser finalidade legítima da desapropriação. Por isso, um ato expropriatório procedido simplesmente com o fito de absorver o bem para a esfera pública é tão viciado quanto aquele que fosse feito apenas para incorporar o bem em patrimônio particular. O defeito jurídico de um e de outro é o mesmo, a saber: transformar o meio em fim.

61. O exigido pelo texto constitucional e pelas leis é que a absorção do bem expropriado seja feita para satisfazer finalidade pública. Chega-se a ela por via da colocação do bem em destinação desta ordem. O fato de um imóvel terminar em mãos do Estado ou do particular nem garante, nem exclui a realização dos interesses jurídicos tutelados.

Dês que se perceba a distinção entre o que é meio e o que é fim na desapropriação, muitos outros problemas se aclaram e muitas decisões da jurisprudência se explicam cabalmente.

Tendo presente que a integração de bem, obtido por desapropriação, em dado patrimônio é apenas um meio e que a satisfação de um dos interesses previstos na lei é o que é o fim, compreende-se por que, realmente, certos atos são defeituosos e outros não o são.

62. Nem se imagine que a revenda dos bens expropriados aos particulares — que lhes dão a destinação de utilidade pública ou de interesse social previstos — faça surdir vício ou defeito jurídico, ante a possibilidade de lucro nestes trêspasses.

É incontestável descaber ao Poder Público a função de explorador imobiliário. O lucro, a mercancia, não podem jamais ser a razão de uma desapropriação. Nin-

guém, em sã consciência, abonaria tese que inculcasse ao Estado este estranho papel.

Ainda aqui não há confundir duas situações diversas. Uma coisa é o Poder Público, ao buscar satisfação de utilidade pública, fazer reverter bens expropriados a patrimônios particulares e outra arvorar-se em especulador ou empreendedor imobiliário instigado pelo possível lucro do negócio.

63. A possibilidade de desvio de poder, isto é, utilização de uma competência existente para alcançar fins alheios a ela, não é boa razão para aniquilar-se a competência em si mesma. A adoção desta técnica interpretativa — supor inexistente uma competência ante a possibilidade de mau uso dela — conduziria à negação do próprio Estado ou, quando menos, de boa parte de suas atribuições e poderes.

64. Em síntese: apesar das hesitações jurisprudenciais, prepondera o entendimento de que se a desapropriação tem finalidade urbanística que requer o trêspasse do bem a particulares, tal revenda é admissível, mesmo que a desapropriação não se haja calçado expressamente no dispositivo referente a "planos de urbanização". Cabe, apenas, registrar que a conclusão apontada não é firme, podendo, pois, haver reviravolta jurisprudencial na matéria.

65. Quanto à "desapropriação por zona", com fins de revenda, algumas vezes utilizada no passado sem maiores questionamentos, parece hoje votada à disparição. Isto porque prevalece a inteligência de que não se coaduna com o texto constitucional. Tem-se entendido que sua utilização implica ato meramente especulativo do Poder Público e que este não pode, sob a capa do interesse público, transformar-se em negociante imobiliário. Aduz-se que para captar a sobrevalia dos bens extraordinariamente valorizados por obra pública, deve valer-se do instrumento tributário constitucionalmente previsto para tal fim, que é a contribuição de melhoria.

VII — O "SOLO CRIADO"

66. Considerar-se-ia "solo criado" — alheio à propriedade de titular do solo — toda a edificação **legalmente admitida** que excedesse a um coeficiente **único** de aproveitamento do terreno; coeficiente este, previamente estipulado em lei. O coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área construída e a área do terreno em que a edificação se situa.

Geralmente, as sugestões propõem que se adote o coeficiente 1, uniforme para todo o território nacional. Vale dizer, considerar-se-ia como inerente ao direito de propriedade, para fins de edificação, tão somente esta expressão.

Uma vez que o zoneamento urbano comporta coeficientes variados, ora superiores ora inferiores ao coeficiente único estipulado, surgiriam, em face do zoneamento, tanto folgas como insuficiências. Então, **dentro dos limites permitidos**

pelo zoneamento, quem desejasse construir **acima do coeficiente único** teria que adquirir este direito de terceiros; este excesso facultado. Desde logo, seriam ofertantes os proprietários de terreno em áreas cujos coeficientes de **zoneamento** estivessem **abaixo do coeficiente único**, impedindo-os, pois, de utilizarem a totalidade do coeficiente único que lhes corresponderia. Outrossim, o referido excesso poderia ser havido do Poder Público mediante permuta por áreas de terrenos destinadas a espaços verdes, à preservação do patrimônio histórico ou artístico ou áreas de lazer. Poderia, ainda, ser comprado do Poder Público se este controlasse uma "bolsa de solo criado", como organizador de um repasse de títulos de "solo criado", isto é, títulos representativos de coeficientes de edificação não utilizáveis em face do zoneamento.

EROS GRAU, autor do valioso estudo sobre o tema, observa a respeito:

"A adoção do instituto (do solo criado) permitiria corrigir uma série de distorções que afetam, especialmente, a apropriação e uso do solo urbano, a distribuição dos benefícios gerados pela ação da comunidade urbana, especialmente pelo Poder Público e a distribuição dos efeitos positivos ou negativos do zoneamento sobre a valorização dos imóveis"(14).

Com efeito, por via da instituição do solo criado, atender-se-ia ao princípio da igualdade, de sorte a impedir que alguns sejam aleatoriamente, beneficiados economicamente com valorizações oriundas das regras zoneadoras e outros agravados economicamente por elas. Demais disso, o controle sobre a ocupação do solo nos espaços urbanos seria muito mais efetivo, porque estaria menos sujeito à pressão dos grupos econômicos interessados na definição ou alteração dos coeficientes estabelecidos no zoneamento. Com efeito, tais coeficientes urbanísticos perderiam importância na interferência com o valor dos imóveis.

67. A inovação a que se acaba de referir poderia concorrer para resolução de graves problemas urbanísticos que, no Brasil, ainda não se tem podido equacionar satisfatoriamente com os instrumentos jurídicos ora disponíveis.

(13) — Aspectos jurídicos da noção de solo criado, texto mimeografado, publicado pela Fundação Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal — CEPAM, São Paulo, 1978 e Revista dos Tribunais, vol. 504.

LOTEAMENTO — LEI N.º 6.766/79

EROS ROBERTO GRAU
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo
Professor Titular da Faculdade de Direito da Uni-
versidade Mackenzie

CONSULTA

Anuência prévia da entidade metropolitana: conteúdo e objeto. Regularização de loteamentos pela Prefeitura Municipal.

Requeru-se à Assessoria Técnica da Secretaria dos Negócios Metropolitanos do Estado de São Paulo o exame e a anuência prévia definidos no artigo 13 da Lei n.º 6.766/79, com relação a projeto de loteamento para fins residenciais e industriais que se pretende implantar no Município de Itapevi. A gleba a ser loteada está situada, parcialmente, em ZUPI-1, assim definida pela Lei Municipal n.º 380, de 22 de maio de 1980.

Em face do exposto indaga-se:

- deve a Secretaria dos Negócios Metropolitanos, através de sua Assessoria Técnica, nas circunstâncias apontadas, negar anuência prévia ao projeto em referência?
- pode a Prefeitura Municipal, com fundamento no artigo 40 da Lei n.º 6.766/79, diante da negação da Secretaria dos Negócios Metropolitanos na concessão da anuência prévia à aprovação do projeto de loteamento, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano, regularizar o loteamento em questão?

PARECER

I — POSIÇÃO DA QUESTÃO

01. A consulta formulada impõe o tratamento de distintas matérias, bem assim a consideração de esclarecimentos adicionais que me foram prestados pelo consulente e que, a seu devido tempo, referirei.

Há que cuidar, inicialmente, do objeto da Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Em seguida, no desenvolvimento do parecer, cumpre tratarmos, especificamente, das disposições contidas nos seus artigos 13 e 15, analisando-se, a partir da consideração do alcance desta última, normas dispostas pela legislação estadual, na Lei n.º 1.817, de 27 de outubro de 1978. Daí, em seqüência, o exame do papel cum-

prido pela autoridade estadual, nos termos daquele artigo 13. O segundo quesito oferecido na consulta, por outro lado, há de ensejar uma tentativa de explicitação dos precisos limites dentro dos quais tem cabimento a permissão consagrada no artigo 40 da lei federal.

II — A LEI Nº 6.766/79

02. A Lei nº 6.766/79 dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. Tratando dessa matéria sob ótica eminentemente publicista — ainda que disponha normas de conteúdo privatístico, especialmente as referidas aos compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão de imóveis parcelados ou desmembrados — seu objeto primordial é a ordenação do parcelamento do solo para fins urbanos. Vale dizer: a atividade de parcelamento do solo urbano.

Dispõem, respectivamente, os seus artigos 1º e 3º:

O parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta lei”.

“Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas ou de expansão urbana, assim definidas por lei municipal”.

De outra parte, determina o parágrafo único do seu artigo 1º:

“Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta lei às peculiaridades regionais e locais”.

03. Examinando globalmente o texto da Lei nº 6.766/79, podemos afirmar dispor ela sobre matérias de direito civil, direito penal, registros públicos e normas de defesa e proteção da saúde. Nesses limites, o texto guarda compatibilidade plena com as competências normativas definidas no artigo 8º, XVII, letras “b”, “e” e “c” da Constituição vigente.

Não há como sustentar nele se disponha sobre matéria de urbanismo, visto que não detém a União competência para fazê-lo. Esta, na vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, é integrada na competência municipal.

Por certo não seria vão e inócuo o desenvolvimento do exercício de confronto entre as disposições da lei e o elenco de competências alinhado nas acima referidas cláusulas constitucionais. Isso quiçá nos levaria à verificação de que algumas de tais disposições escapam dos casulos daquele artigo 8º — com o que construiríamos a conclusão de que acabou o legislador federal dispondo, muito indevidamente, sobre matéria de urbanismo.

Isso, contudo, não importa ao objeto da consulta que me foi apresentada. Devo tratar pois, aqui, exclusivamente dos problemas que nela se equaciona, fugindo a indagações que, embora de extrema relevância em outro contexto, os levariam à deriva das questões, objetivas, que a consulta postula.

Isso posto, teremos que a Lei nº 6.766/79 é documento normativo atinente a matérias de direito civil, direito penal, registros públicos e normas gerais de defesa e proteção da saúde.

04. O parágrafo único do seu artigo 1º, como vimos, ressalva expressamente a competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para o estabelecimento de normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal, tendo em vista a adequação do nela previsto às peculiaridades regionais e locais.

Refere-se aí, naturalmente, normas complementares às da própria Lei nº 6.766/79. Daí o cabimento da indagação: sobre que matérias legislariam complementarmente Estados, Distrito Federal e Municípios?

Quanto ao Distrito Federal, a resposta a ser dada à questão ora formulada resolve-se na composição daquelas conferidas, à mesma questão, quando se tenha sob consideração os Estados e os Municípios.

No que tange aos Municípios, poderão legislar, naquele mister, sobre defesa e proteção da saúde — aqui dispondo normas específicas e não normas gerais — sobre matéria urbanística local e sobre processo administrativo local⁽¹⁾. Evidentemente não podem dispor complementarmente sobre direito civil, direito penal e sobre matéria de registros públicos.

No que respeita aos Estados, genericamente, poderão legislar, complementarmente, nos termos do que define o parágrafo único do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 1/69 — supletivamente, pois — sobre registros públicos e normas gerais de defesa e proteção da saúde.

Quando aos Estados em cujo território se incluam regiões metropolitanas, poderão legislar — em relação a elas — sobre uso do solo metropolitano. Mais ainda: observando o disposto nos incisos I e II do artigo 13 da Lei nº 6.766/79, caberia, em tese, aos Estados, dispor normas a propósito dos parcelamentos de solo localizados nas áreas indicadas no primeiro deles e em área limítrofe do município ou que pertença a mais de um município ou, ainda, em aglomerações urbanas.

(1) A lei nº 6.766/79, indevidamente, acabou dispondo normas a tal respeito — no que se me afigura, também, inconstitucional.

Retorno, neste passo, a ressalva que anteriormente fiz, concernente à inutilidade de, no presente parecer, discutirmos a constitucionalidade da Lei nº 6.766/79. Configurantes de certeza para uns, dúvida para outros, aqui também se apontaria inconstitucionalidades, sobretudo no inciso II — mas também no inciso III — desse artigo 13. Estas, porém, ainda uma vez, são questões que — embora sempre de extrema relevância — nos poriam à deriva de um dos quesitos contidos na consulta.

Assim, porque desta sorte caminhamos no sentido de construir a solução que no primeiro deles se reclama e porque as verificações ora alinhadas instruirão a análise que se irá fazer do artigo 15 da Lei nº 6.766/79, devemos reter, como firmado, o entendimento de que os Estados poderão legislar, complementarmente, para o fim descrito no parágrafo único do artigo 1º, sobre registros públicos, normas gerais de defesa e proteção da saúde e — aqueles em cujos territórios se incluam regiões metropolitanas — sobre uso do solo metropolitano.

III — OS ARTIGOS 13 E 15 DA LEI Nº 6.766/79

05. O artigo 12 da Lei nº 6.766/79 determina que o projeto de loteamento ou desmembramento seja aprovado pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, quando for o caso.

Tal aprovação, contudo — ato de competência da autoridade local — está condicionado, nas hipóteses definidas no artigo 13, a anterior exame e anuência do Estado.

No Estado de São Paulo, nos termos do que define o artigo 1º do Decreto nº 19.191, de 2 de agosto de 1982, tais exames e anuência prévia competem à Secretaria dos Negócios Metropolitanos, em relação aos loteamentos e desmembramentos de áreas situadas no interior da Região Metropolitana da Grande São Paulo e, nas demais hipóteses previstas nos incisos do artigo 13, quanto a áreas localizadas fora dos limites de tal região.

O parágrafo único daquele mesmo artigo, aliás, já definira que:

“No caso de loteamento ou desmembramento localizado em área de Município integrante de região metropolitana, o exame e a anuência prévia à aprovação do projeto caberão à autoridade metropolitana”⁽²⁾.

Por isso que a Resolução SNM 13, de 29 de janeiro de 1980 — em disposição ratificada no artigo 2º da Resolução SNM 14, de 28 de janeiro de 1981 — no seu artigo 2º determinara caber à Assessoria Técnica da Secretaria dos Negócios Metro-

(2) O termo “autoridade” é ambíguo, significando, no contexto legal — e assim dele faço uso no texto do parecer — órgão ou entidade titular de competência juridicamente definida.

litanos a prática do ato de anuência exigido, no caso de parcelamento localizado no interior da Região Metropolitana da Grande São Paulo, pela lei federal.

06. A anuência a que refere o citado artigo 13 é prévia, isto é, anterior à aprovação do loteamento ou desmembramento pela autoridade local. Trata-se, pois, a anuência prévia do Estado, no caso, de pressuposto da aprovação do projeto, exigida pelo artigo 12 da Lei nº 6.766/79.

Estamos, na hipótese, diante de ato que consubstancia manifestação de consentimento — ou de não consentimento, no caso de não anuência — da autoridade metropolitana, em relação à aprovação municipal pretendida, do projeto de loteamento ou desmembramento. Tal anuência, pois, em realidade, é expressão da aprovação, por aquela autoridade, de loteamento ou desmembramento, localizado na região metropolitana, a ser em seguida aprovado — ou não aprovado — pelo Município. A autoridade metropolitana, estando de acordo em que possa a aprovação municipal ser expedida, a aprova: a anuência da autoridade metropolitana consubstancia a aprovação prévia (no nível estadual) do loteamento ou desmembramento que a seguir se sujeita a aprovação municipal.

O termo **aprovação** aqui, é tomado no sentido que lhe confere CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁽³⁾: “ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta a prática de ato jurídico ou manifesta a sua concordância em ato jurídico já praticado, a fim de lhe dar eficácia”.

Cogitamos de aprovação prévia, que faculta a submissão do projeto à autoridade local, o qual — se então aprovado — será submetido ao registro imobiliário.

07. Três atos administrativos pois, na hipótese, se sucedem: aprovação da autoridade metropolitana, aprovação da autoridade local e registro no registro imobiliário. Os dois primeiros, contudo, têm conteúdo distinto do terceiro.

Com efeito, neste último caso, deparamo-nos com o que MANZANEDO⁽⁴⁾ chama de “constatação regrada”: autorização vinculada à preexistência de direitos subjetivos dos administrativos, em cuja prática o fator **oportunidade** é substituído pelo fator **licitude**. pelo contrário, nos dois primeiros casos — da aprovação da autoridade metropolitana e da aprovação — da autoridade local — cuidamos de “autorizações discricionárias”, cuja expedição consubstancia ato declaratório de um juízo (e não de uma vontade, desejo ou conhecimento); na dicção de MANZANEDO⁽⁵⁾, de um juízo de **oportunidade** e não de **legalidade**.

(3) **Elementos de Direito Administrativo**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, pág. 67.

(4) in **Curso de Derecho Administrativo Economico**, J. A. Manzanedo, J. Hernando e E. Gomez Reino, Instituto de Estudios de Administracion Local, Madrid, 1970, pág. 695.

(5) ob. cit., pág. 701.

O que importa, de toda sorte, deixar esclarecido é a circunstância de que a anuência prévia da autoridade metropolitana consubstancia aprovação do projeto de loteamento ou desmembramento, tal como aquela cuja expedição o artigo 12 da lei federal atribui à autoridade local⁽⁶⁾. E, como tal, ato discricionário.

08. Temos agora firmada a verificação de que a anuência prévia — aprovação — da autoridade metropolitana é expressão de um juízo de oportunidade, portanto de discricionariedade.

É certo, todavia, que não podemos referi-la como **ato discricionário**, visto que, em realidade, não existem atos administrativos discricionários, mas apenas, na prática de determinados atos, margens de discricionariedade — aqui — mais amplas, ali mais restritas — dentro das quais a Administração formula juízos de oportunidade. Vale dizer: não há atos administrativos integralmente definidos no campo da discricionariedade. De modo aparentemente paradoxal, há a discricionariedade da Administração, mas a Administração não pratica, jamais, atos inteiramente discricionários. Aquela supõe uma margem de liberdade para a Administração, nunca contudo ilimitada; cuida-se de liberdade que se exerce dentro de limites sempre determinados, direta ou indiretamente, por uma disposição normativa. Daí a lição de RENATO ALESSI⁽⁷⁾ — mais de uma vez por mim reproduzida — que refere a discricionariedade como a margem de avaliação do interesse público concreto, com o fim de decisão, no mérito, sobre a oportunidade de agir ou sobre o conteúdo da atividade, margem que resta à Administração nos casos em que os limites postos pela lei à potestade de ação a ela — Administração — conferida sejam imprecisos.

No caso de que tratamos, a margem de discricionariedade que resta à autoridade metropolitana é bastante restrita, visto que há uma série de normas que limitam, parametrando, o exercício do exame e da expedição — ou não expedição — por ela, da anuência prévia à aprovação, pela autoridade local, de projetos de loteamento ou desmembramento.

09. De fato, o artigo 15 da Lei nº 6.766/79 define que “os Estados estabelecerão por decreto, as normas a que deverão submeter-se os projetos de loteamento e desmembramento — nas áreas previstas no art. 13, observadas as disposições desta lei”.

Não devo cuidar — retorno ainda uma vez a este ponto — no âmbito deste parecer, da constitucionalidade da disposição transcrita, especificamente pontualizada no exame da circunstância de que se está, aí, diante da lei federal que impõe conduta aos Executivos estaduais, conduta esta que envolveria o estabelecimento, entre outras, de limitações urbanísticas ao exercício da atividade de parcelamento do so-

(6) Dai por que são equívocas as referências da Lei nº 6.766/79, nos seus artigos 17, 40 e 50, II, v.g., a **licença**, expressão de ato vinculado (“constatação regrada”).

(7) **Principii di Diritto Amministrativo**, vol. I, quarta edizione, Giuffrè, Milano, 1978, pág. 245.

lo. E isso porque, além do mais, no Estado de São Paulo — bem assim nos demais Estados da federação, ao que me consta — não sobreveio o decreto prescrito pelo citado artigo 15.

O que importa indagar é se, na inexistência de tal decreto, deve — no caso — a autoridade metropolitana excusar-se à realização do exame e à expedição da anuência prévia dispostos pelo artigo 13 da lei federal. Mais ainda: sendo negativa a resposta a essa primeira indagação, perguntar-se-á, se na realização daquele exame, deve a autoridade metropolitana considerar, como parâmetros dela, disposições normativas em vigência à matéria aplicáveis.

10. Tenho como certo e inquestionável deva ser respondida pela negativa a primeira questão. Fora de qualquer dúvida, cumpre à autoridade metropolitana executar os poderes-deveres a que alude o mencionado artigo 13: exame e anuência prévia à aprovação de projetos de loteamento ou desmembramento pela autoridade local. Essa função, de resto, lhe incumbe — assumida a constitucionalidade dela — desde o advento da Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973, que no seu artigo 5º reputa como de interesse metropolitano o uso do solo metropolitano.

Assim, não se podendo a autoridade metropolitana furtar àquela aprovação — ou não aprovação — resta ver, como considerado na questão imediatamente acima formulada, se, no exame dos projetos, que lhe incumbe, está ela vinculada por disposições normativas contidas em legislação estadual, que tenham aplicação à atividade de parcelamento do solo no interior da região metropolitana.

Note-se que, no Estado de São Paulo, embora inexistente decreto que estabeleça as normas a que deverão submeter-se aqueles projetos, têm vigência as Leis estaduais nºs 898, de 18 de dezembro de 1975; 1.172, de 17 de novembro de 1976; e 1.817, de 27 de outubro de 1978. Trata-se de normas que atinem à defesa e proteção da saúde e ao uso do solo metropolitano. Assim, ainda que não tivessem vigência no advento da Lei nº 6.766/79, é certo que — como verificamos no item 04 acima — poderia o Estado, nos termos do que define o parágrafo único do artigo 1º da lei federal, dar existência normativa a preceitos delas que respeitam ao parcelamento do solo, a pretexto de legislar complementarmente sobre a matéria.

Logo, recolocada a questão sobre a qual meditamos, assim — agora — a podemos equacionar: resta, a eficácia das leis nºs 898/75, 1.172/76 e 1.817/78 — porque de abalo a sua vigência não se poderia cuidar — comprometida, no que se refere à matéria de parcelamento do solo, no interior da região metropolitana, em virtude da inexistência do decreto a que alude o artigo 15 da lei federal?

A resposta a ser conferida a tal questão é, aqui também, negativa. Não resta a menor dúvida quanto ao fato de que aquela inexistência não tem o condão de gerar obstáculo à aplicação das referidas leis estaduais. Tal a cristalinidade dessa conclusão que me permito nela mais não insistir.

11. Tem-se como firmado, portanto, o entendimento de que a autoridade metropolitana, ao proceder ao exame que antecede a anuência prévia — ou não anuência — a que alude o artigo 13 da lei federal, deve tomar como parâmetros para sua realização não apenas o texto da própria Lei n.º 6.766/79, mas também, entre outras, as disposições das leis estaduais n.ºs 898/75, 1.172/76 e 1.817/79.

Vale dizer: na prática do ato de aprovação — ou não aprovação — (anuência prévia) do projeto de loteamento ou desmembramento, reduz-se sensivelmente a margem de discricionariedade da autoridade metropolitana, que resta tangida pelos preceitos contidos na legislação estadual. A autoridade metropolitana está vinculada por tais preceitos.

12. Devo, neste ponto — observado que, como esclarecido na consulta, a gleba que se pretende lotear está situada, parcialmente, em ZUPI-1, assim definida pela Lei municipal n.º 380/80, de Itapevi — considerar o que determina a Lei estadual n.º 1.817/78, que, entre outras matérias, disciplina o zoneamento industrial na Região Metropolitana da Grande São Paulo.

O texto normativo estadual, no seu artigo 6.º, classifica as zonas de uso industrial na Região Metropolitana da Grande São Paulo em três categorias: zona de uso estritamente industrial — ZEI; zona de uso predominantemente industrial ZUPI, dividida nas subcategorias ZUPI-1 e ZUPI-2; zona de uso diversificado — ZUD.

O artigo 7.º, por outro lado, dispõe que cada zona de uso industrial, considerados aspectos vários, é definida como tal — e classificada em uma ou outras categorias, direi — mediante inúmeros critérios, entre os quais o de "categorias de uso conforme e não conforme, nos termos do Quadro I, anexo..."

Nesse Quadro I, anexo a Lei n.º 1.817/78, definiu-se como uso não conforme, nas ZUPI-1, o uso residencial, o uso institucional (escolas, hospitais) e os usos decorrentes da lei municipal.

Vale dizer: nas ZUPI-1 é vedado o uso residencial.

Ora, a gleba que se pretende lotear, como visto, está parcialmente situada em ZUPI-1. Por outro lado, o projeto que se apresenta ao exame da Secretaria dos Negócios Metropolitanos é de loteamento **para fins residenciais e industriais**. Assim, prontamente posso responder ao primeiro quesito formulado: vinculada a autoridade metropolitana, naquele exame e expedição do ato administrativo consequente, pelas disposições da Lei n.º 1.817/78, deve negar aprovação (anuência prévia) a tal projeto.

Não devo me limitar, contudo, às observações até este ponto alinhadas, mas, considerando não apenas que a relevância da indagação processada justificou a solicitação de um parecer, mas também que o desatendimento ao disposto na lei estadual acarretaria específicas consequências, em relação à pessoa da autoridade metropolitana que o consumasse, passo ainda à exposição de outras verificações.

III — A FUNÇÃO DA AUTORIDADE METROPOLITANA

13. A aprovação (anuência prévia) da autoridade metropolitana, antecedida pelo exame do projeto de loteamento ou desmembramento, consubstancia instrumento de controle da atividade de parcelamento do solo na região metropolitana, viabilizando o controle do uso do solo metropolitano. Para que tal controle seja exercitado em sua integralidade impõe-se à autoridade metropolitana tomar como parâmetros da formação do juízo de aprovação ou não aprovação do projeto não apenas a legislação estadual e as diretrizes de planejamento metropolitano que tenham sido como tal definidas, mas também a própria Lei n.º 6.766/79 e a legislação municipal aplicável. Constituem fundamento do seu ato de aprovação ou não aprovação do projeto todos os elementos objetivos de direito com incidência sobre ele, trate-se de normas estaduais ou federais e municipais. Pois é certo que também não há de estar conforme o interesse metropolitano projeto de loteamento ou desmembramento em desacordo com a Lei n.º 6.766/79 ou com disposições de leis municipais.

Na realização do exame do projeto e na declaração do juízo de aprovação ou não aprovação dele, a autoridade metropolitana desempenha uma função administrativa.

14. Funções — na lição de SANTI ROMANO⁽⁸⁾ — são poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo; os poderes do Estado, em regra, são funções, pois os interesses objetivos por ele tutelados e os que nele se personificam são também interesses da coletividade considerada no seu conjunto, prescindindo de cada um dos que a compõem. E os demais poderes do direito público — prossegue SANTI ROMANO — mesmo quando não são funções, no fundo têm caráter público porque direta ou indiretamente nele se encontram e dele são acessórios e subordinados.

As funções configuram, pois, poderes-deveres. Daí a postulação de RENATO ALESSI⁽⁹⁾, para quem o poder estatal, considerado como dirigido à realização de finalidades de interesse social, consubstancia um dever jurídico e, por isso, constitui uma função estatal⁽¹⁰⁾.

Ora, no desempenho de sua função administrativa, ao proceder ao exame e ao proferir o juízo (de aprovação ou não aprovação de projeto de loteamento ou desmembramento) a que respeitam o artigo 13 da Lei n.º 6.766/79, a autoridade metropolitana, porque vinculada a preceitos normativos em vigência, tem o dever de permanecer adstrita a eles, dando-lhes aplicação. No caso, especificamente, a autoridade metropolitana tem o dever de negar aprovação (anuência prévia) ao projeto de

(8) *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1947, pág. 111).

(9) *ob. cit.*, pág. 3.

(10) *cf. tb.* MASSIMO SEVERO GIANNINI, volume primo, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, pág. 440.

loteamento, para fins industriais e residenciais, de gleba situada em ZUPI-1. A tal dever não tem como fugir a autoridade metropolitana, no desempenho de típica função administrativa.

Mas não é só. Além dessa verificação, suficiente já para determinar o enunciação do juízo de não aprovação do projeto, conseqüente à aplicação do disposto na Lei estadual nº 1.817/78, há que considerar as normas contidas nos artigos 50, I e 51 da lei federal.

15. Define o primeiro deles constituir crime contra a Administração Pública "dar início, de qualquer modo, o efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios".

O artigo 51, por outro lado, determina:

"Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta lei incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade".

A lei tipifica como crime contra a Administração Pública, no citado artigo 50, I, duas condutas distintas:

a) dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento sem autorização do órgão competente;

b) dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento em desacordo com as disposições da Lei nº 6.766/79 ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados ou Municípios.

Admita-se, para argumentar, que a autoridade metropolitana, no caso, concede anuência prévia ao projeto de loteamento e que posteriormente venha a ser ele aprovado pela autoridade local. Efetuado o loteamento ou meramente tendo início ele, estaremos diante, ainda que as aprovações da autoridade metropolitana e da autoridade local tenham se verificado, do delito previsto na disposição transcrita. Ter-se-á, então, dado início ou efetuado loteamento em desacordo com a Lei estadual nº 1.817/79, que, como vimos, respeita à matéria de parcelamento do solo na Região Metropolitana da Grande São Paulo.

Além disso, contudo — o que é mais relevante considerar — a autoridade metropolitana, nos termos do também citado artigo 51 da lei federal, há de ser entendida como co-autora do delito. Pois é certo que a aprovação (anuência prévia) do projeto por ela consubstancia ato de execução da conduta definida como delituosa. Fora de dúvida, terá ela, no caso, concorrido eficientemente para prática do crime caracterizado na prática de loteamento em desacordo com a lei estadual.

Razões irrefutáveis, pois, me levam a enfaticamente reiterar o anteriormente afirmado, como resposta ao primeiro quesito contido na consulta: a autoridade metropolitana deve, necessariamente, negar aprovação (anuência prévia) ao projeto de loteamento da gleba situada, no Município de Itapevi, em ZUPI-1.

IV — O ARTIGO 40 DA LEI Nº 6.766/79

16. O segundo quesito contido na consulta cogita de hipótese que me pareceu, inicialmente, extemporânea e despropositada. A questão, contudo, tem razão de ser, visto que — conforme me esclareceu o consulente — em determinado Município do interior do Estado de São Paulo, recentemente, a Prefeitura Municipal regularizou dois loteamentos cujos projetos, submetidos à Assessoria Técnica da Secretaria dos Negócios Metropolitanos do Estado de São Paulo, dela não mereceram aprovação (anuência prévia).

Dispõe o artigo 40 da Lei nº 6.766/79:

"A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes".

No caso daquele Município, no qual se verificaram as regularizações relatadas pelo consulente, o Juiz de Direito Corregedor Permanente da comarca baixou provimento definindo que "não se aplica o disposto no artigo 18 da Lei nº 6.766/79 aos registros de loteamentos ou desmembramentos requeridos pela Prefeitura Municipal de, com base no artigo 40 da mesma lei".

O referido artigo 18 determina que, aprovado o projeto de loteamento ou desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos documentos que enuncia. Vale dizer: fica dispensada, na hipótese do artigo 40, a aprovação do projeto pela Prefeitura Municipal.

No caso, os dois loteamentos foram registrados pelo Registro de Imóveis.

Tenho para mim — admitindo-se, para argumentar, que o loteador dê início a ele, independentemente da aprovação municipal — não possa a Prefeitura Municipal, na hipótese, regularizar o loteamento a que respeita a consulta.

As mesmas razões que me levam a tal convicção fundamentam o entendimento, que sustento, segundo o qual as regularizações empreendidas por aquela Prefeitura, no relato do consulente, são inteiramente indevidas e descabidas.

17. A norma do artigo 40 da lei federal contempla duas hipóteses:

- a) o loteamento ou desmembramento não foi aprovado pela autoridade local;
- b) o loteamento ou desmembramento está sendo executado sem observância das determinações contidas no ato de aprovação.

Mantemo-nos, no exame da questão contida no segundo quesito da consulta e dos casos relatados pelo consulente, na primeira delas. Não podendo haver e não tendo havido aprovação (anuência prévia), quanto aos projetos de loteamento, da autoridade metropolitana, não poderá nem poderia tê-los aprovado a autoridade local. Hipótese distinta, pois, daquela que ocorreria quando o loteamento ou desmembramento tivesse merecido as aprovações da autoridade metropolitana e da Prefeitura Municipal, mas estivesse sendo executado com desatendimento às determinações contidas no ato de aprovação local.

Naquela primeira hipótese, o efeito imediato da ação municipal, na busca de regularização do loteamento ou desmembramento, é o da dispensa da aprovação exigida pelo 12 da lei federal. A seguir, por consequência, a dispensa de aplicação do disposto no seu artigo 18, tal como explicitado no provimento a que acima aludi.

Isso ocorre, obviamente, porque a ação de regularização da Prefeitura Municipal — iniciada após o desatendimento à notificação que tiver expedido ao loteador — supre a ausência de aprovação do seu respectivo projeto.

Temos assim definida, agora, a seguinte verificação: a ação da Prefeitura Municipal, encetada nos termos do artigo 40 da Lei nº 6.766/79, supre a ausência da aprovação, do projeto de loteamento, exigida pelo artigo 12 dela. Resta ver se tal ação tem também o condão de suprir a ausência de manifestação da autoridade metropolitana quanto ao projeto ou a negação, dela, de concessão de anuência prévia a ele.

18. Por certo que a resposta a ser conferida a tal questão há de ser negativa.

Tenho por inquestionável a conclusão de que a ausência de manifestação da Administração estadual — da autoridade metropolitana — quando exigida pela lei, não pode ser suprida por ato da Prefeitura Municipal. E assim é porque o artigo 40 da lei federal não tem o condão de atribuir à Prefeitura Municipal competência do Estado, que estaria sendo francamente invadida quando se viesse a admitir a substituição do juízo estadual pelo ato da autoridade local. De resto, ainda que se tivesse pretendido a ele atribuir tal feito, resultaria a disposição tocada por inconstitucionalidade fulminante, visto que ofensiva, francamente, do princípio da federação.

Mais grave se afiguraria a conduta da Prefeitura Municipal quando, tendo conhecimento de que a autoridade metropolitana negou aprovação (anuência prévia)

ao projeto de loteamento ou desmembramento, viesse a pretender, com fundamento no artigo 40 da lei federal, a regularização de um ou outro. A admitir-se que isso fosse possível estaríamos a condenar à ineficácia plena a disposição contida no artigo 13 da Lei nº 6.766/79. Estaria caracterizada, então, a má-fé da Administração municipal, com todos os efeitos daí decorrentes, seja os consequentes à configuração da hipótese definida no artigo 1º, XIV do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, seja os tipificantes da conduta definida como delituosa pelo artigo 50, I da lei federal.

Fora de qualquer dúvida, pois, que a regularização de loteamento empreendida pela Prefeitura Municipal, nos termos da disposição contida no citado artigo 40, embora dê por suprida, no caso, a ausência de aprovação local do seu projeto, jamais suprirá a inexistência de aprovação (anuência prévia) da autoridade metropolitana, nas hipóteses previstas no artigo 13 da Lei nº 6.766/79.

19. Isso não significa que não possam as Prefeituras Municipais regularizar loteamentos ou desmembramentos, nos termos do sempre referido artigo 40, situados no interior das regiões metropolitanas.

Por certo poderão fazê-lo, desde que obtenham o consenso da autoridade metropolitana a tal respeito. Para tanto impõe-se, anteriormente a qualquer ato seu, naquele sentido, consultar a autoridade metropolitana, dando-lhe pleno conhecimento da regularização de loteamento ou desmembramento que pretende empreender — e comprovando que, com ela, evitar-se-á lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e promover-se-á a defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

20. Retornando ao caso referido na consulta, verifico que o procedimento a que alude o segundo quesito nela contido é descabido. Os padrões de desenvolvimento urbano do Município estão cristalizados na Lei municipal nº 380/80, que definiu a área em que parcialmente se situava a gleba que se pretende lotear como ZUPI-1, na qual o uso residencial é considerado não conforme; não há, ainda, no caso, lotes já negociados, inexistindo pois direitos de adquirentes deles a defender; a autoridade metropolitana terá já se manifestado — no cumprimento de função administrativa: poder-dever, portanto — negando aprovação (anuência prévia) ao projeto.

Quanto aos casos relatados pelo consulente, tenho que os atos de registro imobiliário dos loteamentos, nas condições descritas, são anuláveis, devendo ser apuradas as eventuais responsabilidades do Prefeito Municipal pela prática dos atos de regularização de tais loteamentos, face ao disposto no artigo 1º, XIV do Decreto-lei nº 201/67 e no artigo 50, I da Lei nº 6.766/79.

V — CONCLUSÕES

21. Alcançado este ponto de minha exposição, estou em condições de dar resposta aos quesitos da consulta. Anteriormente a isso, contudo, devo observar que, se

de interesse local a execução do loteamento a que respeita a consulta há um caminho de solução para tanto a trilhar.

Refiro-me ao disposto no § 1º do artigo 8º da Lei nº 1.817/79, que estabelece que "ficarão automaticamente excluídas, no todo ou em parte, da classificação a que se refere este artigo, as zonas de uso industrial que forem, total ou parcialmente, extintas por lei municipal, após a data de publicação desta lei". A classificação referida no artigo 8º é justamente a que elenca as zonas industriais existentes na Região Metropolitana da Grande São Paulo, entre as quais a ZUPI-1 em que está localizada a gleba cujo loteamento se pretende.

Extinta tal zona, por lei municipal, o uso residencial, vedado na gleba parcialmente nela incluído, deixará de ser definido como não conforme, passando a autoridade metropolitana a ter condições objetivas de conceder aprovação (anuência prévia) ao projeto de loteamento em questão.

22. Quanto aos quesitos, dou-lhes as seguintes respostas:

a) a Secretaria dos Negócios Metropolitanos, através de sua Assessoria Técnica, tem o dever de, nas circunstâncias apontadas, negar anuência prévia ao projeto em referência;

b) a Prefeitura Municipal não pode, com fundamento no artigo 40 da Lei nº 6.766/79, sob qualquer pretexto, regularizar o loteamento em questão.

É o que me parece.

São Paulo, 27 de dezembro de 1982.

TUTELA JURISDICCIONAL CAUTELAR

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Professor da Faculdade de Direito da UFMG.

Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Co-fundador da "Revista Brasileira de Direito Processual".

SUMÁRIO: 1. Jurisdição e ação. 2. Processo. 3. Processo de conhecimento e processo de execução. 4. Processo e tempo. 5. Processo principal e processo cautelar. 6. Pressupostos das medidas cautelares. 7. Conceito de medida cautelar. 8. Medidas típicas e medidas atípicas. 9. Poder discricionário na tutela cautelar genérica. 10. Requisitos das medidas cautelares atípicas. 11. O "fumus boni iuris". 12. "O perigo de dano". 13. Formas e conteúdo das medidas atípicas. 14. A discricionariedade do poder geral de cautela e a escolha da medida atípica. 15. Opção entre medida típica e medida atípica. 16. Aplicação prática de medidas atípicas. 17. Limites do poder geral de cautela. 18. O procedimento da ação cautelar. 19. Contra-cautela. 20. Coisa julgada. 21. Competência. 22. Sucumbência e honorários advocatícios. 23. Revogação das medidas cautelares. 24. Conclusões.

1. Jurisdição e Ação.

A ordem jurídica existe para regular o convívio social e manter a paz no relacionamento das pessoas. Mas, a sua só existência não é suficiente para impedir os conflitos ou litígios no inter-relacionamento social. Aliás, justamente por serem ditos conflitos inevitáveis, é que no ordenamento jurídico se encontram regras **substanciais** e regras **formais**.

As primeiras, também ditas regras **primárias**, destinam-se a regular o "fundo" ou a "base" do relacionamento, definindo, em tese, os direitos e obrigações, nas diversas situações previsíveis. As segundas, também ditas regras **secundárias**, cuidam da forma de aplicar as regras primárias quando surge dissídio entre as partes a respeito de uma concreta situação de incidência das normas abstratas do ordenamento jurídico.

Para evitar os inconvenientes óbvios da justiça privada, ou seja, da tutela dos pretensos direitos subjetivos por força e iniciativa dos próprios titulares, assumiu o Estado moderno o monopólio da Justiça, que, assim, tornou-se Justiça Oficial ou Pública, como parcela da soberania estatal.

O Estado de nossos tempos, portanto, legisla, administra e jurisdiciona, tudo soberanamente.

A **jurisdição**, como parcela dos poderes soberanos do Estado, se apresenta, no dizer de LIEBMAN, como a função que toca ao Estado de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica⁽¹⁾.

(1) "Manuale di Diritto Processuale Civile", 2ª. ed., 1968, vol. I, nº 3, pág. 10.

A definição e atuação do direito através da jurisdição, como é de curial sabença, não tem cabimento como simples especulação acadêmica, de sorte que só entra em função o Poder Judiciário quando se lhe oferecem casos concretos de conflitos de interesse juridicamente relevantes, isto é, quando a situação objetiva dos interessados configura uma "lide" ou um "litígio".

Lide ou litígio, por sua vez, é o acontecimento real e efetivo em que uma pessoa disputa com outra um mesmo bem ou valor jurídico. Dá-se a lide, na expressão de CARNELUTTI, quando ocorre o conflito de interesses, representado pela pretensão de uma parte e pela resistência de outra.

O litígio é, destarte, um acontecimento que necessariamente precede ao processo de atuação da jurisdição, sendo, por isso mesmo, condição **sine qua non** do processo⁽²⁾.

Sem a lide não pode existir processo de atuação jurisdicional. Eclodida, porém, a lide, não pode o Estado se furtar ao dever de prestar a tutela jurisdicional, isto é, tendo assumido o monopólio da Justiça, não lhe é permitido omitir-se diante dos litígios.

Do monopólio em questão, além do poder soberano de impor a solução aos litígios, que cabe incontestavelmente ao Estado, surgem duas inevitáveis consequências:

- a) a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica aos cidadãos⁽³⁾; e
- b) um verdadeiro e distinto direito subjetivo para a pessoa envolvida na lide, que vem a ser o "direito de ação", oponível ao Estado-juiz, e que se pode definir como "o direito à jurisdição"⁽⁴⁾.

2. Processo

Para exercer a função jurisdicional e satisfazer o direito subjetivo de ação, o Estado cria órgãos especializados, cuja atuação, todavia, não é discricionária ou livre. Ao contrário, há um "método" ou "sistema" rígido de atuação do Poder Judiciante, que vem a ser o "processo".

Em sua substância, o processo é uma relação jurídica de direito público estabelecida entre as partes e o Estado, para encontrar e impor a solução definitiva da lide, segundo a ordem jurídica vigente. Do ponto de vista exterior ou prático, essa rela-

(2) FREDERICO MARQUES, "Manual de Direito Processual Civil", 1ª ed., vol. I, nº 102, pág. 125.

(3) ARRUDA ALVIM, "Cód. Proc. Civil Comentado", 1ª ed., vol. I, pág. 232.

(4) ROCCO, "apud" ARRUDA ALVIM, ob. cit., pág. 231; LIEBMAN, "Manuale di Diritto Processuale Civile", I, nº 13, pág. 38.

ção jurídica compõe-se de uma sucessão de atos praticados, pelas partes, pelo juiz e seus auxiliares, e, eventualmente, por terceiros convocados a participar da apuração da verdade, todos coordenados a uma única e precípua finalidade, qual seja, a de pacificar a lide.

Não qualquer pacificação, mas apenas aquela que corresponda à vontade da lei, é que é buscada pelo processo.

Por isso, dando ao direito do caso concreto a certeza que é a condição da verdadeira justiça⁽⁵⁾ e realizando a justa composição do litígio⁽⁶⁾, promove a jurisdição o restabelecimento da ordem social, mediante eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social⁽⁷⁾.

3. Processo de conhecimento e processo de execução.

A função do processo é sempre a de compor litígios, segundo a vontade da lei. Há, por isso, sempre na atividade jurisdicional uma declaração de direito subjetivo, ainda que implicitamente, pois mesmo na atividade de atuação material sobre o patrimônio do devedor, para satisfazer direito do credor, tem sempre o juiz que partir de uma verificação da existência do direito que vai realizar.

As lides, porém, nem sempre são da mesma estrutura ou natureza, de sorte que também os processos que as devem solucionar não podem ser todos iguais.

Há conflitos em que, de antemão, o juiz não pode afirmar a quem corresponde a vontade da ordem jurídica. Outros, contudo, estabelecem-se por pura resistência de um dos litigantes, sendo certo o direito subjetivo do outro.

Na primeira hipótese, diz-se que a lide é de pretensão "contestada", e na segunda, que a lide é apenas de pretensão "insatisfeita".

Para solucionar a lide de pretensão contestada, o processo adequado é o de "cognição", ou de "conhecimento". Seu objetivo é uma "sentença", em que se acertará ou definirá a efetiva situação jurídica das partes⁽⁸⁾. Quando, por outro lado, a pretensão do credor está documentada em um título a que a lei reconhece a força de atribuir certeza, liquidez e exigibilidade ao respectivo crédito, o processo não tem mais a preocupação dialética de discutir e definir tal direito subjetivo. Tomando conhecimento liminar do título, toda a atividade jurisdicional assume a forma de coa-

(5) LIEBMAN, ob. cit., I, nº 3, pág. 9.

(6) CARNELUTTI, "Sistema di Diritto Processuale Civile", vol. I, pág. 7.

(7) CARNELUTTI, "Istituzioni del Processo Civile Italiano", vol. I, nº 1, pág. 3; CALAMANDREI, "Estudios sobre el Processo Civil", ed. 1945, pág. 270.

(8) LENT, "Diritto Processuale Civile Tedesco", § 2º, pág. 17.

ção estatal sobre o patrimônio do devedor para, independentemente da vontade deste, realizar a prestação a que tem direito o credor. Trata-se do processo de "execução".

4. Processo e tempo

Sob duas formas distintas, realiza o Estado a jurisdição:

- a) pela "cognição", que define a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e
- b) pela "execução", que torna efetiva (real) essa mesma vontade.

Em tese, conhecer e executar deveriam exaurir toda a missão atribuída ao processo, como instrumento de realização da tutela jurisdicional.

Acontece, todavia, que, qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses (lide), através do processo, só é atingida mediante seqüência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses antagônicos das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo.

De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo), medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.

Não obstante essa necessária "demora" do processo, é intuitivo que o ideal é que a "lide" seja composta no mesmo estado em que se achava ao ser posta em juízo, tanto que se atribui à função declarativa das sentenças o efeito retroativo ao momento da propositura da ação⁽⁹⁾.

É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos.

(9) ALSINA, "Tratado Teórico Prático de Derecho Procesal Civil y Comercial", 1ª. ed., vol. III, pág. 287.

Parece lógico que, ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar o socorro a ele por meio da ação.

Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução "justa" da lide.

Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente "justa", isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Em outros termos, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o designio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria, por exemplo, condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistisse ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta quando chegar a fase instrutória do processo; ou, ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer justamente por carência dos próprios alimentos.

É intuitivo, destarte, que a atividade jurisdicional tem de dispor de instrumentos e mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.

5. Processo principal e processo cautelar

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua e inútil.

Surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um "tertium genus", contendo "a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução", e tendo por elemento específico "a prevenção"⁽¹⁰⁾.

Enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes.

(10) BUZAID, "Exposição de Motivos", de 1972, n° 11.

Ambos os processos giram em torno da "lide", pressuposto indeclinável de toda e qualquer atuação jurisdicional. Mas enquanto a lide e sua composição apresentam-se como o objetivo máximo do processo principal, o mesmo não se dá com o processo cautelar.

A este cabe uma função "auxiliar e subsidiária", de servir à "tutela do processo principal", onde será protegido o direito e eliminado o litígio, na lição de CARNE-LUTTI⁽¹¹⁾.

Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.

Não dando solução à lide, mas criando condições para que essa solução ocorra no plano de maior justiça dentro do processo principal, anota RONALDO CUNHA CAMPOS que "a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do "instrumento" criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo"⁽¹²⁾.

O acerto da tese parece-me evidente, porque, no momento em que o Estado oferece a tutela cautelar à parte, não se tem ainda condições de apurar, com segurança, se seu direito subjetivo material realmente existe e merece a tutela definitiva do processo de mérito. Esse reconhecimento só será possível depois da cognição plena que o processo principal virá ensejar. Assim, ao eliminar um situação de perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribuiu.

Eliminando o perigo antevisto e que não pode ser impedido pelo provimento do processo principal, em razão da sua natural e necessária demora, o destino do processo cautelar é, em suma, "fazer possível a atuação posterior e eventual de uma das formas de tutela definitiva", nas palavras de MICHELI⁽¹³⁾.

6. Pressupostos das medidas cautelares

As medidas cautelares não são prodigamente facultadas às partes. Ao contrário, são providências de caráter excepcional, que apenas em situações de real emergência podem ser atuadas.

(11) "Diritto e Processo", ed. 1958, pág. 353 e seg.

(12) In "Rev. Bras. de Dir. Processual", vol. IV, pág. 184.

(13) "Derecho Procesal Civil", ed. 1970, vol. I, n.º 20, pág. 78.

Como objeto de ação, as medidas da espécie dependem de processo regularmente instaurado visando seu objetivo especial: a prevenção. Sua postulação válida reclama, por isso mesmo, a observância dos pressupostos processuais e das condições de ação, dentro do mesmo conceito com que esses requisitos se impõem ao processo principal.

Mas, além desses requisitos comuns, a obtenção da tutela cautelar reclama outros que se devem considerar específicos, e que, na doutrina recebem a denominação de "fumus boni iuris" e "periculum in mora".

Na ordem prática, portanto, para obter-se uma providência de natureza cautelar, é necessário que:

a) ocorra uma situação de "dano potencial", ou seja, um risco criado para um interesse do litigante, em razão da demora do processo principal. A situação há de ser de tal forma que, concretizado o dano temido, o processo principal perderia sua utilidade para a defesa do possível direito do litigante. Nisso consiste o "periculum in mora";

b) por outro lado, é preciso que o direito em risco seja "plausível", segundo sumária apreciação do interesse revelado pela parte. Não se reclama a prova plena e completa de tal direito, mesmo porque tal só será possível no curso do processo principal. O interessado, porém, terá de demonstrar, pelo menos aparentemente, uma situação reveladora de titular do direito de ação, isto é, deverá invocar uma situação fático-jurídica que em tese torne **plausível** a tutela jurídica do processo de mérito. Nisso consiste o "fumus boni iuris".

7. Conceito de medida cautelar

A relação processual envolve elementos subjetivos e objetivos, todos importantes para a consecução final da meta do processo: a justa composição da lide.

São elementos "subjetivos", além do juiz que soberanamente representa o poder estatal, as partes envolvidas na lide; e são elementos "objetivos", ora as provas (processo de conhecimento), ora os bens (processo de execução).

Todos esses elementos (pessoas, provas e bens) podem, na duração ou demora do processo principal, enfrentar situação de risco de dano, por conduta de um dos litigantes ou por evento ocasional. Para proteção provisória de todos eles, tem cabimento a atuação da função cautelar.

Mas, essa função não consiste em antecipar solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal. O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a preven-

ção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito.

Por isso é que se diz que o processo principal é de natureza "satisfativa", porque redundaria na satisfação efetiva do direito da parte, quando esta sai vitoriosa no pleito forense. Mas, a tutela cautelar é apenas de "prevenção" ou "garantia", porque quem a obtém, mesmo ganhando a ação cautelar, não consegue, só com ela, a satisfação de seu pretense direito, que continua na dependência da solução do processo principal. Com a medida cautelar, a parte beneficiada apenas se precavém contra uma temida mudança na situação fática ou jurídica que poderia inutilizar o resultado do processo principal caso lhe venha a ser favorável.

Daí considerar UGO ROCCO as medidas cautelares como meios pelos quais, diante de uma situação perigosa, o direito processual elimina a possibilidade ou probabilidade de um dano.

Assim visto o problema, podemos definir a medida cautelar como a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal, isto é, durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução⁽¹⁴⁾.

8. Medidas Típicas e Medidas Atípicas

Ao regular o poder cautelar do juiz, a lei, segundo a experiência da vida e a tradição do direito, prevê várias providências preventivas, definindo-as e atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais. A essas medidas, atribui-se a denominação de medidas cautelares "típicas" ou "nominadas". É o caso, por exemplo, do arresto, do sequestro, das antecipações de prova, do atentado, etc. (arts. 813 a 889, do C.P.C.).

Mas, a função cautelar não fica restrita às providências típicas, porque o intuito da lei é assegurar meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí existir, também, a previsão de que caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias, além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão de grave e difícil reparação (C.P.C., art. 798).

(14) UGO ROCCO, "Tratado de Derecho Procesal Civil", vol. V, ed. 1977, págs. 55-56.

Há, destarte, medidas que o próprio legislador define e regula suas condições de aplicação, e há também medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas expressamente pela lei.

Esse poder de criar providências de segurança fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de "poder geral de cautela".

É, porém, de ressaltar que entre as medidas típicas e as que provêm do poder geral de cautela não há diferença de natureza ou substância.

Em todos os casos — adverte ROCCO — os órgãos judicantes desempenham a mesma função de natureza cautelar, ou seja, a atividade destinada a evitar um perigo proveniente de um evento possível ou provável, que possa suprimir ou restringir os interesses tutelados pelo direito⁽¹⁵⁾.

Diante, porém, do poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apoia-se em "poderes indeterminados", porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. Já nos procedimentos específicos, tudo que diga respeito ao exercício da função cautelar, quer quanto ao cabimento da providência, quer quanto ao seu objetivo, pressupostos e limites, tudo isto está adrede previsto e regulado pela lei.

Eis porque, conclui ROCCO, a diferença entre as medidas típicas e as atípicas é apenas a maior ou menor determinação de especificidade⁽¹⁶⁾.

9. Poder Discricionário na Tutela Cautelar Genérica

Deixando ao critério do juiz a determinação das medidas práticas cabíveis no âmbito do poder geral de cautela, a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário de amplíssimas dimensões.

Apreciando o tema, observa GALENO LACERDA que "no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas" para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do "imperium", decretava os "interdicta"⁽¹⁷⁾.

(15) Ob. cit., pág. 409.

(16) Ob. cit., pág. 410.

(17) "Comentários ao Cód. Proc. Civil", série **Forense**, vol. VIII, tomo I, 2ª ed., n.º 25, págs. 135-136.

Mas, impõe-se reconhecer, desde logo, que discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, mas apenas possibilidade de escolha ou opção dentro dos limites traçados pela lei. Na verdade a outorga de um poder discricional resulta de um ato de confiança do legislador no juiz, não porém num "bil" para desvencilhá-lo dos princípios e parâmetros que serviram de fundamento à própria outorga.

Assim, o Código, em seu art. 798, ao instituir o poder geral de cautela, já o destinou apenas aos casos em que alguma medida provisória for necessária para coibir risco de lesão grave e de difícil reparação, que ameace o direito de uma das partes, antes do julgamento de mérito ou solução do processo principal.

Vê-se, pois, que ao mesmo tempo em que o poder discricional foi criado, recebeu também destinação e condicionamentos que o limitam estritamente dentro da função cautelar e de seus pressupostos tradicionais.

10. Requisitos das Medidas Cautelares Atípicas

Pelo texto do art. 798 do C.P.C., fácil é concluir que os requisitos das medidas atípicas são os mesmos das medidas cautelares típicas, isto é, para obter-se a proteção do poder geral de cautela é preciso que concorram:

a) um interesse em jogo num processo principal (direito plausível, ou "fumus boni iuris"); e o

b) fundado receio de dano, que há de ser grave e de difícil reparação, e que se tema possa ocorrer antes da solução definitiva da lide, a ser encontrada no processo principal ("periculum in mora").

11. O "Fumus Boni iuris"

Não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o "direito de ação", ou seja, o direito ao processo de mérito.

É claro que deve ser revelado como um "interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que *prima facie* possam formar no juiz a opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial", como ensina UGO ROCCO⁽¹⁸⁾.

(18) Ob. cit., pág. 433.

Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal. Assim, se da própria narração do requerente da ação cautelar, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que se apóia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição definitiva da lide, caso não é de lhe outorgar a proteção cautelar. Mesmo porque, quando da narração dos fatos não decorre, logicamente, a conclusão pretendida pelo autor, sua petição inicial, no processo de mérito, é inepta e deve liminarmente ser indeferida (C.P.C., art. 295, parágrafo único, n.º II).

Ora, sendo inviável o processo principal, não se concebe possa deferir-se a tutela cautelar, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação do processo de mérito.

12. O Perigo de Dano

Diz a lei que o **perigo**, justificador da atuação do poder geral de cautela, deve ser:

a) "fundado";

b) relacionado a um dano "próximo"; e

c) que seja "grave" e de "difícil reparação".

Receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

Perigo de dano próximo ou iminente é, por sua vez, o que se relaciona com uma lesão que provavelmente deva ocorrer, ainda durante o curso do processo principal, isto é, antes da solução definitiva ou de mérito⁽¹⁹⁾.

Por fim, o dano temido, para justificar a proteção cautelar há de ser a um só tempo grave e de difícil reparação, mesmo porque as duas idéias se interpenetram e se completam, posto que, para ter-se como realmente grave uma lesão jurídica, é preciso que seja irreparável sua conseqüência, ou pelo menos de difícil reparação.

Essa irreparabilidade ou problemática reparabilidade, pode ser aferida tanto do ponto de vista "objetivo", como de "subjetivo". No primeiro caso, é de considerar-se irreparável ou dificilmente reparável, o dano que não permita, por sua natureza, nem a reparação específica, nem a do respectivo equivalente (indenização).

(19) CALVOSA, "II Processo Cautelara", ed. 1970, pág. 769.

Do ponto de vista subjetivo, é de admitir-se como irreparável ou dificilmente reparável o dano, quando o responsável pela restauração não tenha condições econômicas para efetua-la⁽²⁰⁾.

Por outro lado, deve-se ter como "grave" todo dano que, uma vez ocorrido, irá importar supressão total, ou inutilização, senão total, pelo menos de grande monta, do interesse que se espera venha a prevalecer na solução da lide pendente de julgamento ou composição no processo principal⁽²¹⁾.

13. Formas e conteúdo das medidas atípicas

Dispõe o art. 799 do Cód. de Processo Civil que, no exercício do poder geral de cautela, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução".

Essa enumeração tem sido interpretada, pela doutrina, como meramente exemplificativa, sem caráter exaustivo⁽²²⁾, já que qualquer que seja a situação de perigo que venha a antepor-se ao interesse da parte, enquanto não solucionado o processo principal, é de ser provisoriamente coibida através de medidas adequadas, criadas e aperfeiçoadas dentro do poder geral de cautela.

Aliás, não é preciso nem sequer fugir da enumeração da lei para admitir o amplo e irrestrito poder geral de cautela que se atribui ao juiz. É que dentro do permissivo genérico utilizado pelo legislador, em expressões elásticas como "autorizar ou vedar a prática de determinados atos", cabe, sem dúvida, uma quase infindável sequência de medidas.

Qualquer, porém que seja a medida atípica, apresentar-se-á sempre como uma "ordem", um "comando", ou uma "injunção" imposta pelo órgão judicial a uma das partes em conflito.

Essas ordens podem ser de caráter ou conteúdo "positivo" (ordens de fazer), ou "negativo" (ordens de não fazer), e terão como destinatário a pessoa que com sua ação ou omissão ameaça restringir ou suprimir o interesse substancial do promovente, interesse esse que, teoricamente, está protegido pelo direito⁽²³⁾.

É certo que a ordem de não fazer é sempre destinada ao adversário do promovente da medida cautelar. Já a ordem positiva, tanto pode dirigir-se a um como outro dos interessados, posto que, muitas vezes o ato a praticar é do interesse do pró-

(20) CALVOSA, ob. cit., pág. 770.

(21) ROCCO, ob. cit., V, pág. 433.

(22) GALENO LAGERDA, ob. cit., n.º 32, pág. 170.

(23) ROCCO, ob. cit., V, pág. 435.

prio requerente, o qual se vale da ação cautelar inominada apenas para obter a autorização necessária. Nessa hipótese, o comando positivo que franqueia o "facere" ao promovente, corresponde, naturalmente, a um preceito contrário em relação ao promovido, qual seja, o de abster-se de impedir o promovente de realizar o ato que o juiz permitiu, dentro do exercício do poder geral de cautela.

14. A Discrecionariade do Poder Geral de Cautela e a Escolha da Medida Atípica

As ordens ou injunções de fazer, não fazer, ou de prestar, que, no exercício do poder geral de cautela, podem assumir o conteúdo mais variado possível, segundo as situações de fato ou de direito sobre as quais terão de incidir, para preservar ou tutelar o interesse em risco de lesão. Mas, uma vez requeridas por uma das partes, terão de ser valoradas pelo juiz no que diz respeito não só à sua necessidade, como também à sua adequação ou capacidade para eliminar o perigo evidenciado.

É certo que, em regra, o juiz não tem a iniciativa da tutela cautelar, como, aliás, ocorre com a tutela de mérito, já que ambas só devem ser prestadas quando requeridas pela parte, nos casos e forma legais (C.P.C., arts. 2º e 801). Mas, uma vez invocada a prestação de tutela preventiva, dentro do âmbito de todo o processo cautelar, e especialmente, no tocante ao poder geral de cautela, incumbe ao juiz a função de adequar a medida aos limites e objetivos da jurisdição de prevenção.

Nesse passo, o poder discricionário do juiz atua:

a) no que se refere à apreciação da verossimilhança das circunstâncias reveladoras do interesse a proteger;

b) no que concerne ao juízo de possibilidade ou probabilidade de que se verifique o evento danoso e à oportunidade de providenciar a eliminação do perigo; e, também,

c) relativamente à escolha e determinação da providência que, segundo as circunstâncias, se afigura, no juízo discricionário do julgador, mais idônea para conservar o estado de fato e de direito envolvido na lide⁽²⁴⁾.

15. Opção Entre Medida Típica e Medida Atípica

As medidas "típicas", como o seqüestro e o arresto, referem-se apenas a certos interesses ou direitos subjetivos bem determinados pela lei, na própria regulamentação dessas medidas. Já o direito subjetivo que se procura tutelar através do poder geral de cautela é o mais indeterminado possível, isto é, "pode consistir em 'qualquer direito subjetivo' suscetível de tutela por via de ação"⁽²⁵⁾.

(24) ROCCO, ob. cit., V, págs. 410-411.

(25) ROCCO, ob. cit., V, págs. 412.

Isso contudo, não importa excluir da área de incidência das medidas específicas a admissibilidade também das medidas atípicas. Na verdade, não há incompatibilidade entre elas. Um crédito que normalmente se protege com o arresto, ou bem litigioso que se ampara com o seqüestro, em certas circunstâncias pode, perfeitamente, ser também objeto de alguma medida provisória atípica, como por exemplo, a interdição de dispor, o depósito, a caução, etc.

Todos os direitos subjetivos ou interesses, mesmo os compreendidos na tutela das medidas específicas, estão também incluídos na área de incidência da tutela genérica ou não específica, desde que reclamem proteção preventiva não especificada em lei, mas compreensível nos poderes outorgados ao juiz pelo art. 798 do C.P.C.⁽²⁶⁾.

16. Aplicação Prática de Medidas Atípicas

Pela amplitude do poder geral de cautela, é praticamente ilimitada a possibilidade de seu desdobramento em figuras práticas, diante do infinito e imprevisível número de situações de perigo que podem surgir antes do julgamento das diversas causas que o Poder Judiciário tem de dirimir.

Apenas para ilustrar e para lembrar os casos mais freqüentes, em nossa experiência e na do direito europeu, podem-se arrolar os seguintes exemplos de medidas atípicas:

a) a sustação do protesto cambiário, antes da ação anulatória do título ou de desconstituição do negócio subjacente, para evitar o notório prejuízo comercial que a medida acarreta ao devedor;

b) a suspensão provisória de deliberação social, quando a minoria ou algum sócio vencido pretenda mover ação principal para anular a decisão tomada pela assembléia da sociedade civil ou comercial;

c) a proibição de dispor, como medida menor do que o seqüestro e o arresto, pois conserva a posse do dono, e apenas interdita a possibilidade de alienação da coisa;

d) o depósito, quando a parte litigante quer se desonerar do risco de continuar com a guarda do objeto litigioso e há recusa em recebê-lo por parte do adversário;

e) a proibição de fabricar determinado produto, enquanto pende o juízo de tutela ao direito de invenção;

f) a proibição de usar nome ou marca comercial, que se confunda com outro ou outra;

(26) ROCCO, ob. cit., V, págs. 414.

g) admissão de exercício provisório de servidão de passagem sob litígio;

h) autorização para o locador prover por meios próprios a cultura de um fundo rústico abandonado pelo locatário, que não o cultivava convenientemente;

i) suspensão dos efeitos de uma eleição realizada por sociedade corporativa para composição dos órgãos de administração, sob fundamento de irregularidade na convocação da assembléia;

j) autorização ao parceiro-proprietário para fazer a colheita da lavoura e depositar os frutos para posterior partilha, tendo em vista o abandono da plantação pelo parceiro-agricultor;

k) suspensão de mandato social e nomeação de administrador judicial;

l) condicionamento de certos atos de administração de bens litigiosos à prévia autorização judicial;

m) suspensão de atos de disposição do interditando, durante o processo de interdição.

Diante desse variado mostruário, é fácil ter uma idéia de quão amplo e, até mesmo ilimitado, é o campo de aplicação das medidas cautelares atípicas, que, na realidade, se multiplicam infinitamente, diante das necessidades universais dos casos concretos.

17. Limites do Poder Geral de Cautela

Se o poder cautelar genérico é amplo e não restrito a casos predeterminados, nem por isso é ilimitado e arbitrário.

A primeira e mais evidente limitação do arbítrio do juiz, em matéria do poder geral de cautela, localiza-se no requisito da "necessidade", pois somente a medida realmente "necessária", dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida.

A propósito, adverte CALVOSA que a situação substancial, para justificar a medida atípica, deve ser, por sua natureza, suscetível de modificações no tempo e que tais modificações prováveis possam acarretar prejuízo, por ato de outrem.

Fora daí a medida preventiva fica sem ambiente adequado sobre que possa influir. A decisão de mérito, por si só, será capaz de compor a lide, sem necessidade de proteção do auxílio da tutela cautelar genérica⁽²⁷⁾.

(27) CALVOSA, ob. cit., pág. 768.

Por outro lado, como bem ressalta LOPES DA COSTA, "a medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória"⁽²⁸⁾.

As injunções, positivas ou negativas, que se emitem no exercício do poder geral de cautela, têm como finalidade natural e necessária, apenas a "conservação do estado de fato e de direito" a que se vinculam os interesses que se vão defender no processo principal⁽²⁹⁾. Não podem essas medidas, portanto, assumir feição "satisfativa", pois seu escopo não é mais do que "garantir" a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional de mérito, esta sim de natureza satisfativa, no que diz respeito ao direito substancial da parte.

Precisamente porque têm caráter apenas "conservativo", as medidas atípicas não deverão ter conteúdo igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo que se discute na lide. Com elas, lembram ROCCO e CALVOSA, não se obtém uma antecipação da decisão de mérito, nem se procede a uma execução provisória do direito substancial do promovente⁽³⁰⁾.

Nem mesmo a imposição de cláusula ou condição de posterior reposição ao "statu quo ante", caso haja sucumbência no processo principal, deve permitir ao juiz o deferimento de medidas satisfativas, que corresponderiam a uma execução provisória de uma sentença ainda não proferida, porque tal ultrapassaria, evidentemente, a área da prevenção ou segurança, de que não podem fugir as providências cautelares.

Por força dessa limitação das medidas cautelares, isto é, por importar antecipação de solução do verdadeiro mérito do processo principal:

a) em ação cautelar, não são possíveis alterações de inscrição e transcrição do Registro Imobiliário, porque afetariam e modificariam diretamente o direito material da parte promovida;

b) pela mesma razão, não se permite que se possa cancelar inscrição de hipoteca ou outro ônus real⁽³¹⁾;

c) nem se toleraria que, num litígio sobre compra e venda ou locação, o detentor da coisa fosse, cautelarmente, compelido a entregá-la ou restituí-la à outra parte⁽³²⁾.

"A verdade é que — na advertência de ROCCO — nenhuma providência cautelar, seja específica e determinada, seja genérica e indeterminada (atípica), constitui, em hipótese alguma, um antecipação provisional da resolução do conflito de interesses"⁽³³⁾.

(28) "Medidas Preventivas", 2ª. ed., n° 16, pág. 21.

(29) ROCCO, ob. cit., pág. 435, nota 50.

(30) ROCCO, ob. cit., loc. cit.; CALVOSA, ob. cit., págs. 782-783.

(31) LOPES DA COSTA, ob. cit., n° 16, pág. 22; CALVOSA, ob. cit., pág. 788.

(32) LOPES DA COSTA, ob. cit., loc. cit..

(33) Ob. cit., pág. 417.

O juízo de plena cognição que há de permitir a composição da lide em torno da questão substancial de mérito, nada tem que ver com o juízo mediante cognição inteiramente sumária e superficial da provável existência do direito substancial e do perigo que o ameaça, a fim de justificar e abrir ao interessado a via da tutela cautelar⁽³⁴⁾.

Tendo, como é sabido, as providências cautelares e as de mérito, conteúdos e funções totalmente diferentes, não pode a medida preventiva ser considerada, em nenhum caso, uma antecipação da providência de mérito, já que a primeira não resolve, de nenhum modo, nem mesmo provisionalmente, o conflito que persiste e deverá ser solucionado no processo principal⁽³⁵⁾.

Aliás, é texto de lei que as medidas cautelares não devem influir na solução da ação principal (C.P.C., art. 810), de maneira que esta tanto pode vir a ser, no final, favorável ou não ao promovente da ação cautelar. Daí porque, conclui ROCCO, que não se pode pretender ver na medida cautelar antecipação provisional de efeitos da decisão de mérito.⁽³⁶⁾

Sob o aspecto do alcance da medida cautelar, é forçoso reconhecer que deve haver proporção entre a providência atípica e a prestação que se espera obter no processo de mérito.

Anota LOPES DA COSTA, a propósito do tema, que "a medida deve restringir-se aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar. Providências a que o requerente, mesmo que vencesse na causa principal, não teria direito, não lhe podem ser concedidas. Se, por exemplo, tem ele um direito de uso comum, este não pode ser garantido como medida que conceda uso exclusivo. Não se concede, finalmente, medida preventiva que se não possa aplicar em execução de sentença em ação satisfativa. Por exemplo, o restabelecimento da vida conjugal; a prestação de serviços; a prisão, para obrigar a exibição de bens para arresto"⁽³⁷⁾.

Por último, doutrina e jurisprudência estão acordes em que não se admite que, a pretexto de medida provisória atípica, seja decretada a suspensão de eficácia ou executividade de sentença ou outro provimento judicial de mérito. Aliás, é de texto legal expresso a regra de que nem mesmo a interposição de ação rescisória suspende a execução do decisório trânsito em julgado (C.P.C., art. 498)⁽³⁸⁾.

(34) ROCCO, ob. cit., pág. 418.

(35) ROCCO, ob. cit., loc. cit..

(36) Ob. cit., pág. 419.

(37) Ob. cit., n° 16, pág. 22.

(38) CALVOSA, ob. cit., pág. 457; CARLO FURNO, "La Sospensione del Processo Esecutivo", ed. 1956, n° 14, pág. 60; T.A.M.G., ac. no M. Seg. 462, in "D. Jud. M.G.", de 26.11.77; T.J.R.J., ac. na Resc. 180, in "R.T.", 535/167.

Partindo da exigência do "fumus boni iuris", como pressuposto de qualquer medida cautelar, CALVOSA faz, ainda, as seguintes restrições ao poder geral de cautela:

a) só o direito que, pelo menos aparentemente, se pode fazer valer em juízo é que merece a tutela das medidas atípicas;

b) não cabe essa tutela quando a situação substancial for constituída de um direito natural, insuscetível de exigência ou realização coativa no processo principal;

c) não cabe, também, a proteção de simples expectativa de direito; o que se garante é o exercício de um direito já adquirido (o que, todavia, não exclui o direito exigível a termo);

d) não protege um direito que depende do acolhimento de uma ação constitutiva (aqui, porém, ROCCO discorda, a meu ver com razão, já que não há motivo para negar a tutela de segurança aquele que revela o "fumus boni iuris" do direito potestativo de desconstituir uma situação jurídica);

e) por último, não impede a configuração do "fumus boni iuris" e, conseqüentemente, a tutela do poder geral de cautela, a circunstância de ser incerta ou controvertida a relação jurídica existente entre as partes. Basta que, em tese, o direito invocado pela parte seja tutelável nas vias ordinárias.

18. O Procedimento da Ação Cautelar

Reportando-se à lição de SATTA, ensina CALVOSA que todo provimento cautelar é expressão do exercício de uma "ação cautelar" autônoma, entendida esta como o poder instrumental (direito subjetivo) de provocar um provimento jurisdicional, apto a criar uma situação de garantia, para assegurar uma hipotética situação jurídica contra o perigo de dano eminente.

Daí porque, sem embargo de estar coordenada à ação de mérito, a ação cautelar, inominada ou não, é sempre uma ação distinta e autônoma⁽³⁹⁾. Vale dizer que, não obstante sua natureza eminentemente instrumental, a ação de prevenção "tem — como afirma ROCCO — individualidade própria frente à causa de mérito"⁽⁴⁰⁾. É que o método e os objetivos da ação cautelar são próprios e distintos daqueles dividos na ação principal.

Por isso mesmo, não se requer medida cautelar atípica em simples petição avulsa no bojo de processo principal, nem tampouco como simples tópico de petição inicial da ação de mérito.

(39) CALVOSA, ob. cit., pág. 759.

(40) Ob. cit., pág. 426.

O rito especial e sumário da ação cautelar é inacumulável com o da ação principal. Aquela aspira à celeridade, contentando-se com notícia sumária e superficial dos fatos autorizadores da medida preventiva; esta anseia pela ampla busca da verdade real, em procedimento de pleno contraditório e ampla e irrestrita defesa.

O procedimento da ação cautelar, embora não possa fugir do sistema contraditório, é restrito apenas à apuração da necessidade ou não da medida de garantia, em caráter provisional.

Na verdade, porém, todas as fases lógicas do procedimento judicial terão de ser observadas. Isto é, o processo há de iniciar por petição inicial do promovente (C.P.C., art. 801), seguida de citação do promovido (idem, art. 802), com oportunidade de contestação, instrução probatória, e encerramento necessário por sentença (idem, art. 803).

Há, como se vê, tal como ocorre no processo de mérito, as fases de postulação, de saneamento, de instrução e de decisão.

As medidas cautelares (salvo os casos excepcionais a que alude o art. 797 do C.P.C.) não surgem avulsamente no curso do processo principal, ou antes de sua propositura. Todo procedimento cautelar, como ensina ROCCO, tem um início, um desenvolvimento e um fim⁽⁴¹⁾. Configura, de tal arte, um processo gerado, em concreto, pelo exercício do direito de ação por parte de quem tem o poder de provocar o órgão judicial a fazer atuar a jurisdição⁽⁴²⁾.

A relação jurídica processual cautelar há de ser instalada entre as mesmas partes que têm legitimidade para o processo principal. E, por ser resultado de procedimento necessariamente contencioso, não se concebe o deferimento de medida cautelar, típica ou atípica, sem determinação do sujeito passivo. O sujeito passivo da injunção cautelar tem de ser, naturalmente, certo e determinado⁽⁴³⁾.

Ad instar das medidas cautelares específicas, é possível o exercício do poder geral de cautela tanto em procedimento preparatório como em procedimento incidental; isto é, tanto em ação cautelar exercitada antes da ação principal, como durante o curso desta (C.P.C., art. 796).

Inclui-se, outrossim, entre os poderes atribuídos ao juiz do processo cautelar, seja nos procedimentos específicos, seja no exercício do poder geral de cautela, a faculdade de conceder a medida de segurança previamente, ou seja, antes da cita-

(41) Ob. cit., 100. cit..

(42) CALVOSA, ob. cit., pág. 773.

(43) CALVOSA, ob. cit., pág. 789.

ção do promovido (C.P.C., art. 604). A medida "inaudita altera parte", todavia, não exclui a contenciosidade do procedimento, não afetando, por isso mesmo, o direito de defesa do requerido. Uma vez realizada a providência da urgência, o promovido será citado e terá oportunidade de contestar a ação, competindo ao juiz, a final, decidir a pretensão cautelar, segundo o que restar provado nos autos. A medida tomada liminarmente, assim, será mantida ou cassada, conforme o que se apurar na instrução de causa.

19. Contra-Cautela

A proteção cautelar dirige-se predominantemente ao interesse público de preservar a força e utilidade do processo principal para o desempenho da missão de promover a justa composição da lide.

Por isso, não é ela apanágio do promovente da ação cautelar. Muitas vezes, o juiz ao conceder a garantia pleiteada pelo requerente, sente que também o requerido pode correr algum risco de dano, também merecedor de precaução processual.

Para contornar tais situações, existe a figura da **contra-cautela**, segundo a qual o juiz, ao conceder determinada providência cautelar a uma parte, condiciona a consecução da medida à prestação de caução, a cargo do requerente (C.P.C., arts. 799 e 804).

Essa contra-cautela é de imposição **ex-officio** pelo juiz, mas nada impede que seja provocada por requerimento do promovido, se houver inércia do magistrado.

O cabimento da caução é viável tanto perante as medidas específicas como diante das inespecíficas.

Com a contra-cautela, o juiz estabelece um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção, de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco (44).

Note-se que a contra-cautela não é uma imposição permanente da lei ao juiz, que tenha de ser observada em todo e qualquer deferimento de medida cautelar. É apenas uma faculdade a ele oferecida, cujo exercício dependerá da verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para ambos os litigantes na situação litigiosa a acautelar.

(44) Para PESTANA DE AGUIAR, a contra-cautela se apresenta "como providência contraposta não só às medidas específicas, como às inespecíficas emanadas do poder cautelar do juiz, num bem equilibrado sistema legal de pesos e contra-pesos" ("Síntese Informativa do Processo Cautelar", in "Seleções Jurídicas" (ADV), vol. 19, n.º 16, pág. 30).

Trata-se, na verdade, de um grande remédio colocado nas mãos do juiz para agilizar a pronta prestação da tutela preventiva. Assim, nos casos de dúvida ou insuficiência das provas liminares, o juiz ao invés de indeferir a medida de urgência, deverá, na sistemática da contra-cautela, impor ao requerente a prestação da competente caução (45).

É importante observar, contudo, que essa prestação liminar de caução favorece o deferimento **initio litis** da medida cautelar, mas não dispensa o requerente do ônus de provar os fatos constitutivos dos requisitos legais da tutela cautelar, na fase instrutória do processo, se seu pedido vier a ser contestado.

20. Coisa julgada

A coisa julgada **material**, na sistemática de nosso Código de Processo Civil, é o fenômeno pelo qual a sentença de **mérito** torna-se imutável e indiscutível, seja no processo em que foi prolatada, seja em qualquer outro que venha futuramente a ser instaurado entre as mesmas partes ou seus sucessores (C.P.C., arts. 467 e 468).

Uma vez que o processo cautelar não cuida de solucionar a lide, nele não há decisão de mérito, de maneira que não se pode cogitar de coisa julgada **material** diante do deferimento ou indeferimento das medidas cautelares. Aqui, portanto, a coisa julgada **formal** é a única que se manifesta, como decorrência do encerramento da relação processual, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação recursal.

Além da ausência de julgamento de mérito, a **provisoriedade** é da essência da tutela cautelar, de sorte que, a qualquer tempo, mesmo depois da sentença que formalmente encerra o processo de prevenção, sempre é possível ao juiz, em nova relação processual, rever a medida já deferida, quer para modificá-la, quer para revogá-la (C.P.C., art. 807).

Num único caso a sentença do processo cautelar adquire a autoridade da coisa julgada **material**: é quando, excepcionalmente, o juiz, entrando no mérito da controvérsia existente entre os litigantes, acolhe, desde logo no julgamento da pretensão preventiva, a exceção material de prescrição ou decadência, nos termos do art. 810 do C.P.C.

(45) "...a caução funciona, pois, em qualidade de cautela da cautela, ou, como se diz autorizadamente, de **contracautela**: enquanto a providência cautelar serve para prevenir os danos que poderiam nascer do retardamento da providência principal, e sacrifica tal objeto, em vista da urgência, as exigências da justiça às da celeridade, a caução que acompanha a providência cautelar serve para assegurar o ressarcimento dos danos que poderiam causar-se à parte contrária pela excessiva celeridade da providência cautelar, e deste modo restabelece o equilíbrio entre as duas exigências discordantes" (CALAMANDREI, "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", pág. 64, **apud** MOURA ROCHA, "Exegese do Cód. Proc. Civil", 1.ª ed. pág. 104).

21. Competência

Segundo o art. 880 do C.P.C., a competência para o procedimento cautelar é do juiz que preside a causa principal já em andamento, ou, se, ainda não foi esta proposta, é do juiz competente para conhecer dela, futuramente.

A regra decorre do princípio geral da acessoriedade (C.P.C., art. 108)⁽⁴⁶⁾, posto que toda ação cautelar está, necessariamente, vinculada a uma ação do mérito, mesmo que esta ainda não tenha sido proposta, ao tempo do requerimento da medida preventiva (C.P.C., art. 796)⁽⁴⁷⁾.

Entre as duas ações ocorre, portanto, o fenômeno da prevenção, via de regra, de sorte que a quem primeiramente for ajuizada fixará a competência para a que lhe seguir, pouco importando que a primeira seja a principal ou a cautelar.

A norma do art. 800 não prevê, textualmente, exceções, e, em se cuidando de preceito pertinente a competência funcional, deveria redundar em competência **absoluta e imutável**. Mas, diante da missão mesma que é destinada à função cautelar, de eliminar, prontamente, o risco de dano, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em sua grande maioria, que tal preceito não é absoluto e inflexível.

Assim, PONTES DE MIRANDA, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, LOPES DA COSTA e PESTANA DE AGUIAR, entre outros, ensinam que, em caso de urgência, em que se mostre inviável o requerimento perante o juiz da causa principal, a medida cautelar pode ser requerida ao juiz do local dos bens em risco de lesão. Esse juiz é, natural e logicamente, o único capaz de evitar o dano e eliminar, no momento necessário, o risco concreto e atual⁽⁴⁸⁾. Deferida a medida e afastada a situação perigosa, os autos serão remetidos ao juiz da causa principal, para julgamento final e apensamento aos autos do procedimento de mérito (C.P.C., art. 809).

22. Sucumbência e Honorários Advocatícios

Séria tem sido a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da imposição de honorários advocatícios ao sucumbente na ação cautelar.

Os que defendem a aplicação completa das regras da sucumbência ao processo cautelar, partem do princípio de que, no caso, existe uma **ação**, diversa e autônoma, que não se confunde com a ação principal, tanto que uma mesma parte pode sair vencedora na ação cautelar e vencida na ação principal, ou vice-versa.

(46) "A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal" (C.P.C., art. 108).

(47) "O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente" (C.P.C., art. 796).

(48) Cfr. PESTANA DE AGUIAR, ob. cit., n.º 6, págs. 13-14.

A corrente que nega a possibilidade de imposição da verba advocatícia nos procedimentos cautelares baseia-se, a seu turno, no fato de que tais procedimentos seriam meros incidentes do processo principal, onde não se julga o mérito, mas apenas prepara-se o terreno para tal julgamento. Assim, na solução do mérito, isto é, na ação principal, é que se dará aplicação às regras pertinentes à sucumbência.

As duas correntes são extremadas.

O certo é que as ações cautelares não são simples incidentes do processo principal, seja porque seu fundamento e seu objetivo nada têm que ver com iguais elementos do processo principal; seja porque o processo cautelar pode existir e ser julgado antes do principal, não ficando descartada a possibilidade de que este, na realidade, jamais venha a ser proposto; seja porque a solução de um deles, em regra, não influi no julgamento do outro.

Havendo, portanto, inegável autonomia lógica e jurídica entre os dois procedimentos (pois o vínculo existente entre eles é apenas instrumental), parece-me claro que o sucumbente em cada um deles terá de arcar com as consequências completas de sua derrota processual, assumindo a responsabilidade integral pelas custas do processo e honorários advocatícios da parte contrária.

Na própria lei encontra-se dispositivo expresso em que se revela a intenção do legislador de incluir a verba advocatícia entre as responsabilidades do vencido no procedimento cautelar. Trata-se do art. 819 do C.P.C., onde se prevê que a suspensão da execução do arresto, quer por meio do pagamento da dívida, quer por meio de caução, deve compreender recolhimento ou depósito do principal, custas e honorários advocatícios, que o juiz arbitrar.

Mas, o que não se pode deixar de observar é que a **disputa judicial** em torno de uma providência cautelar é sempre objeto de **ação**, como sinônimo de pretensão contenciosa geradora de **processo cautelar**. As medidas cautelares, porém, nem sempre são alcançadas por via contenciosa, já que muitas vezes são requeridas e concretizadas sem qualquer disputa entre os interessados. Pode até acontecer que ambas as partes tenham igual interesse na providência preventiva que apenas uma delas tomou a iniciativa de requerer.

Na vida prática do foro é muito fácil encontrar inúmeros casos de vitorias, seqüestros, depósitos, suspensão de atos ou efeitos jurídicos de certos atos etc., que, após o requerimento formulado por uma parte não provocam relação contenciosa com o adversário.

É que inexistindo um litígio a dirimir no bojo do procedimento preventivo, e mesmo porque inexistente um direito substancial de cautela, que tenha de estar em controvérsia para autorizar a tutela cautelar, muitas vezes o pedido de providência preventiva assume feição unilateral, provocando procedimento de natureza mais administrativa que jurisdicional.

Cumpra, pois, distinguir entre a medida cautelar e o processo cautelar. Medida cautelar ocorre sempre que se defere qualquer providência de prevenção em face do objeto e demais elementos do processo principal.

Mas, processo cautelar, como procedimento verdadeiramente contencioso, só ocorre quando o pedido de medida cautelar é contestado pelo promovido.

Aí sim, estabelecido um conflito efetivo de interesses no campo da tutela preventiva, em razão da resistência do adversário, teremos uma relação processual capaz de provocar a configuração de parte vencedora e parte vencida, ao final do procedimento. E, em consequência, teremos os consectários da sucumbência processual, previstos no art. 20 do C.P.C., ou seja, a imposição ao sucumbente da condenação nas custas do processo e honorários advocatícios da parte vencedora.

Em síntese:

a) se a tutela cautelar limita-se ao plano de uma simples medida cautelar, de cunho administrativo, não há sucumbência; o requerente paga as custas e não há condenação pertinente a honorários;

b) mas, se o pedido cautelar é objeto de contestação e o procedimento (seja preparatório, seja incidental) torna-se contencioso, então o vencido terá de responder por custas e honorários de advogado, perante o vencedor, sem ter de aguardar o resultado do processo principal, em face da autonomia jurídica existente entre ambos.

23. Revogação das Medidas Cautelares

Tal como acontece com qualquer medida cautelar típica, também as atípicas são sempre revogáveis ou modificáveis, até mesmo pelo próprio juiz que as houver deferido (C.P.C., art. 807).

Admitido que condição imprescindível da medida cautelar é o perigo iminente de um dano irreparável, que ameaça o direito que se pretende fazer valer no juízo principal, é necessário admitir também que vindo a desaparecer o perigo, ou ficando provada a inexistência originária desse perigo, a medida já deferida e realizada terá de ser revogada, porque, em tal situação, não apenas desaparece a razão de ser do provimento cautelar, mas este, de fato, torna-se ilegítimo e injusto⁽⁴⁹⁾.

Como, todavia, o deferimento da medida se deu em procedimento bilateral, com participação ou possibilidade de participação contraditória do adversário, impõe-se que, também, na revogação, se observe o mesmo método. Assim, não será lícito ao juiz decidir pedido unilateral de uma das partes, nem agir "ex-officio",

(49) CALVOSA, ob. cit., págs. 810-811.

cumprindo-lhe, antes de revogar ou modificar a medida cautelar, ensejar oportunidade de defesa ao adversário do requerente. O procedimento da revogação ou modificação, em outras palavras, deve ser o mesmo do deferimento ou concessão da medida.

24. Conclusões

Nosso Código de Processo Civil avançou diante de toda a legislação de seu tempo, ao sistematizar e regular, exaustivamente, o processo cautelar, destinando-lhe um Livro próprio, consagrando princípios, fundamentos e objetivos específicos da tutela de prevenção e dando corpo efetivo à autonomia que a doutrina, desde muito, reclamava para a tutela jurisdicional de prevenção.

Dentro dessa regulamentação, nada foi mais importante do que a disciplina do poder geral de cautela do juiz civil.

Embora não fosse esse poder de todo ausente do Código anterior, o certo é que doutrina e jurisprudência o acolhiam com tantas restrições, que praticamente o anulavam na aplicação aos casos concretos.

Com as previsões dos arts. 798 e 799, o novo Código de Processo Civil realçou e assertou, em bases sólidas, o poder genérico de realizar a tutela cautelar em favor de qualquer direito ou interesse litigioso em risco de dano antes da solução do processo principal.

Com isso nosso direito positivo se atualizou e se aproximou das grandes e modernas legislações européias, como a inglesa, a alemã, a austríaca e a italiana.

Confiou-se, assim, às mãos do Judiciário um grande poder discricionário, para completar a lei e realizar a tutela de prevenção sem restrições prévias quanto ao tipo de providência a tomar na defesa dos direitos em risco.

"Não é sem motivo — anota GALENO LACERDA — que se considere tal atribuição como a mais importante e delicada de quantas confiadas à magistratura. Ela exige do juiz, chamado a resolver as mais graves e imprevistas dificuldades, uma compreensão viva, um conhecimento profundo do direito e da jurisprudência, ao mesmo tempo que um espírito sagaz e pronto a apreender, de imediato, a solução motivada que se lhe solicite", como observa CURET⁽⁵⁰⁾.

Mas, por mais difícil e delicada que se mostre a tarefa de realizar a tutela cautelar geral, nenhuma outra conquista na área do processo civil moderno se mostra, no momento, tão irreversível e tão indispensável quanto ela à inteireza da função jurisdicional de realizar a mais completa e mais justa composição dos litígios.

(50) GALENO LACERDA, ob. cit., pág. 136; CURET, "De la Jurisdiction des Référés", vol. I, pág. 1.

PARECERES

QUINQUÊNIO

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.
Professor na Pontifícia Universidade Católica

PARECER N.º 4.526

POLÍCIA CIVIL. QUINQUÊNIO.

O servidor que, cumulativamente com a condição de aposentado, titula cargo em comissão na Polícia Civil, só está sujeito ao Estatuto dos Servidores da Polícia Civil quanto ao regime disciplinar: não faz jus à gratificação adicional por quinquênios.

JUTAHY ANTONIO CIDADE, aposentado por ato publicado no Diário Oficial de 27 de dezembro de 1966 como Assessor Administrativo com incorporação de função gratificada de Chefe de Serviço, padrão FG-6, estando a exercer, cumulativamente com a condição de aposentado, o mesmo cargo em comissão de Chefe de Serviço, padrão CC-6, requer a concessão dos quinquênios a que julga ter direito, com amparo no artigo 43 da Lei n.º 7.366, de 29 de março de 1980.

O cargo em comissão em apreço é exercido chefiando o serviço de Protocolo Geral e Arquivo da Secretaria da Segurança Pública.

Cumpra examinar, desde logo, se o requerente se encontra, ou não, sujeito às normas de invocada Lei n.º 7.366, que é o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil.

Prescreve o artigo 2.º da Lei n.º 7.366:

"São servidores da Polícia Civil:

I — os ocupantes dos cargos de que trata o artigo 1.º da Lei n.º 5.950, de 31 de dezembro de 1969;

II — os ocupantes dos cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, de lotação privativa na Polícia Civil.

Parágrafo único — Os funcionários públicos, lotados ou colocados à disposição da Polícia Civil, ficam submetidos ao regime deste Estatuto, para fins disciplinares e de estágio probatório."

Ora, o cargo em comissão de Chefe de Serviço não é nem integrante das carreiras policiais (Lei n.º 5.950) nem de lotação privativa na Polícia Civil. Assim, se lotado na Polícia Civil, seu ocupante se encontra submetido ao regime do Estatuto dos Ser-

vidores da Polícia Civil apenas para fins disciplinares, de acordo com o parágrafo único do artigo 2º transcrito, porquanto o estágio probatório só é aplicável a cargos de provimento efetivo.

É verdade que dispõe o artigo 131 da mesma Lei que

"(...) até que sejam submetidos a novo regime, fica assegurada aos que atualmente são servidores da Polícia Civil, assim considerados pelo artigo 2º, inciso II, da Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971, com a redação dada pelo artigo 18, da Lei nº 6.835, de 16 de dezembro de 1974, enquanto permanecerem em exercício na Secretaria da Segurança Pública, a percepção das vantagens a que têm direito, especialmente aquelas referidas pelo artigo 96 da Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971, alterado pelo parágrafo único do artigo 3º, da Lei 6.665, de 16 de abril de 1974, Lei nº 7.009, de 6 de outubro de 1976; artigo 77 da Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971, com a redação dada pelo artigo 46 desta Lei".

Como o requerente, segundo a legislação anterior, fosse, no cargo em comissão, servidor da Polícia Civil, conservou as vantagens a que, até a publicação da Lei nº 7.366, vinha fazendo jus ("... percepção das vantagens a que **têm** direito...", diz o texto), como o auxílio-moradia e a gratificação por risco de vida. Não adquiriu direito, porém, as vantagens novas, reservadas àqueles que, pelo novo Estatuto, são servidores policiais.

Tampouco lhe aproveitaria, de outra parte, a eventual circunstância de acaso ser considerado policial, segundo a legislação então vigente, no momento em que se aposentou.

Com efeito, a investidura do aposentado em cargo em comissão não constitui reversão; é uma das formas de acumulação permitida, em caráter excepcional, pela Constituição da República. As qualificações do aposentado não se comunicam, pois, à posição funcional acumulada: é como se fossem duas pessoas distintas, quanto às exigências e às vantagens, como reiteradamente se manifestou o Conselho do Serviço Público (Pareceres nº 4.441, nº 6.182, nº 6.727, nº 7.465) e também esta Procuradoria-Geral (Parecer nº 40-GAJ).

EM CONCLUSÃO, pois, o requerente, não sendo policial, não faz jus à percepção da gratificação adicional por quinquênios de serviço, por não estar compreendido na definição legal dessa categoria, embora sujeito às mesmas normas disciplinares.

É o Parecer.

PORTO ALEGRE, 17 de outubro de 1980.

Acolho o Parecer nº 4526, de lavra do Conselheiro ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZINSKI, aprovado por unanimidade pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, em sessão realizada no dia 1º de outubro do ano em curso.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Administração.

Em 17-10-80.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR – GERAL DO ESTADO

INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

NEY SÁ

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

PARECER n.º 5.163

INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, como formas por excelência de intervenção do Estado no domínio da economia.

Sociedades cooperativas. Características. Sua inadequação como forma de intervenção do Estado no domínio econômico.

A imutabilidade do objeto das companhias de economia mista, salvo provimento legislativo (Lei n.º 6.404/76, artigo 237).

A COMPANHIA RIOGRANDENSE DE LATICÍNIOS E CORRELATOS — CORLAC, sociedade de economia mista, cuja constituição foi autorizada pela Lei n.º 5.964, de 13 de fevereiro de 1970, formula consulta, desdobrada em vários itens, cujo ponto nodal, consiste em saber se o Estado pode optar por uma solução *“cooperativista (que) seria benéfica para atingir os objetivos maiores da produção leiteira do Estado”*.

Segundo a exposição feita, ressen-te-se a consulente com a maneira de agir de outras empresas dedicadas ao mesmo ramo, muitas delas revestindo a forma de cooperativas e, assim, contando com benefícios legais de que a CORLAC não desfruta.

A intenção da consulente, segundo explica, *“... seria formar diversas cooperativas singulares de produtores de leite com administração própria em cada local onde existe um posto de resfriamento ou Usina de Pasteurização da CORLAC. Ato contínuo, após a sua constituição, cada Cooperativa Singular realizaria uma Assembleia Geral, precipuamente convocada para a fundação de uma Central de Cooperativas”*.

"Com o assentimento das Assembléias Gerais das Cooperativas Singulares — prossegue a exposição — haveria a convocação para a criação da Central. O patrimônio da CORLAC, atual, de todas suas unidades, seria arrendado ou constituído direito real de uso à Central que seria constituída."

Esclarece, ainda, a consulta que, segundo idealizado, a Cooperativa Central, cederia esses bens, em comodato, às Cooperativas Singulares.

As perguntas formuladas pela CORLAC são conseqüências desse plano assim estruturado.

Dentre outras questões sugeridas por esse procedimento, indaga a consulente *"se o Estado pode ser cotista de Cooperativa e de Central de Cooperativas; em caso positivo, em que condições e até que percentual do capital"*.

É o relatório.

De observar, desde logo, que nas linhas traçadas pelo legislador constituinte pátrio, para se proceder a intervenção do Estado no domínio econômico, não se inclui a forma cooperativa, como alvitrado na consulta.

De fato, afóra a criação de monopólio — que compete unicamente à União (artigos 163 e 169 da vigente Carta Constitucional) —, às empresas privadas a nossa Lei Maior assegura a **preferência** para a organização e exploração das atividades econômicas (artigo 170) e para o que elas deverão contar com o estímulo e o apoio do Estado.

"Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada — explicita o § 1º do dispositivo em referência — o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica."

Tém-se chamado a atenção, na atualidade para o fato de que o Estado contemporâneo é, por excelência, o Estado-empresário, que presta serviços administrativos e econômicos, através dos quais se exprimem os direitos do homem às garantias sociais inscritas nas modernas cartas políticas, ou se realiza o processo de socialização dos meios de produção ou comércio.

E quando assim age, no desempenho dessa atividade econômica, tem o Estado preferido valer-se da **forma jurídica privada**, a substituir as pessoas jurídicas de direito público — entes econômicos autônomos ou autarquias — aos quais, em certas circunstâncias, também se tem atribuído essas atividades.

Tais entes jurídicos de direito privado são as empresas públicas e as sociedades de economia mista, cujo regime legal é o do direito comum, isto é, do direito societário.

Esse princípio doutrinário, que domina a matéria, mais imperativo se torna, entre nós, diante do texto expresso do § 3º, do artigo 170, da Constituição, ora em exame, segundo o qual *"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"*.

Entretanto, dentre as formas societárias de direito mercantil, a que melhor se adapta aos objetivos do Estado, quando opta pela reunião de capitais públicos e privados, é a forma anônima, de resto imposta, com caráter obrigatório, pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, artigo 5º, IV.

Nesse tipo societário, em verdade, melhores condições são encontradas para se atingir ao duplo objetivo visado, isto é, a consecução das finalidades públicas a que devem estar voltadas as empresas do Estado e a segurança e rentabilidade do capital, a fim de atrair o investidor privado, dando, assim, condições à manutenção do capital misto que caracteriza essas entidades.

Essa forma de ação do Estado, através de pessoas jurídicas de direito privado, constitui-se em meio de liberação dos processos burocráticos da administração pública comum, com repúdio aos sistemas tradicionais da administração direta, de forma a propiciar flexibilidade operacional e elisão dos processos formais da contabilidade pública.

Ainda assim, é sempre preciso ter-se em conta que a adoção de tais métodos de ação não desvinculam os entes por esta forma criados do fim público a que se submetem todos os atos da administração.

Como enfatiza CAIO TÁCITO, *"nas empresas estatais a "affectio societatis", peculiar às sociedades privadas — comunhão de vontades individuais dirigidas a um fim lucrativo — cede passo a um objetivo de utilidade pública, embora de teor econômico, que impõem endereços especiais à sociedade comercial, sem prejuízo dos princípios de equilíbrio financeiro e da economicidade da gestão. A sociedade privada, não obstante a função social da empresa, é voltada para o acionista; a empresa pública e, especialmente, a sociedade de economia mista, devendo, também, atender aos interesses dos acionistas, são voltadas para o usuário, ou seja, para a comunidade"*. (**Direito Administrativo**. Saraiva, São Paulo, 1975, p. 172).

De notar, entretanto, que a ação estatal no campo da economia decorre, geralmente, do desinteresse do investidor privado ou do despreparo do empresário para enfrentar os obstáculos ou dificuldades verificados em determinados campos da atividade econômica, necessários à satisfação do bem comum. Na síntese expressiva de HANSON, *"a public enterprise is, in the majority of cases, actually brought into existence to the things which the ordinary businessman is unprepared or unwilling*

to do. The enterprise, in fact is not just an ordinary business in which the state happens to hold the capital; it is an agency of economic development". (A, H, HANSON, **Public Enterprise and Economic Development**, Londres, 1960, p. 441 *apud* CAIO TÁCITO, *op et loc. cit.*).

Essa ação, porém, como determina a nossa Carta Política, deve se fazer por forma supletiva da atividade privada e, pelo menos idealmente, dentro dos sistemas não-socialistas, é de se esperar que cesse tão logo o investidor particular esteja capacitado a preencher a lacuna que inspirou a ação estatal.

Ora, as chamadas sociedades cooperativas se constituem em verdadeiras **associações "intuiti personae"** que, vistas sob o aspecto sócio-econômico, se constituem em sistema que tende a unir, uma soma de esforços, a atividade de **várias pessoas com interesses comuns**, cuja realização seria difícil senão, mesmo, impossível, se essa atividade fosse exercida isoladamente. Mais: a característica singular, que distingue esse sistema de qualquer outra forma associativa, consiste na perfeita identidade de interesses e de condição social em que se encontram todos os associados.

*"A identidade de interesse dos participantes da cooperativa — anota o ilustre Professor HERNANI ESTRELLA — não diz respeito, apenas, a iguais exigências de natureza econômica, mais se estende à posição social ou classe, a que devem pertencer os associados. Neste sentido, é uma organização eminentemente classista e de fundo rigidamente **personalista**, o que condiz, de resto, com a finalidade precipuamente social, que é chamada a preencher, beneficiando às **pessoas** de seus sócios, e **somente estas**." (Curso de Direito Comercial. Konfino, Rio, 1973, p. 471).*

Bem por isto se compreende a razão porque a lei limitou às pessoas físicas a possibilidade de participarem dessas associações, excepcionando, raras vezes, essa regra, mas sempre por forma expressa e determinada.

São as cooperativas, em suma, sociedades "*intuitu personae*", de caráter, até, rigidamente **personalista**, **classista**, criadas com a intenção **única** de beneficiar aos seus próprios associados.

Tem-se aí as razões suficientes para excluir a possibilidade do Estado participar de associações dessa natureza.

Ademais, não se afigura possível transferir a cooperativas a serem constituídas — sem a participação do Estado — os bens integrantes do patrimônio da consulente, seja a que título for, porquanto isso implicaria em alteração do objeto da CORLAC, constituída, segundo a lei que lhe deu origem, para "...em caráter suple-

mentar da iniciativa privada, organizar e explorar as atividades de produção, industrialização e comercialização do leite e derivados, rações, fertilizantes e corretivos; criação, importação e exportação de gado; estabelecer e executar planos nos setores de preparação e capacitação de pessoal, assistência técnica e fomento; realizar outras atividades e serviços vinculados aos seus objetivos, deles decorrentes, ou cuja execução interesse ao desenvolvimento econômico". (Lei nº 5.954/70, artigo 2º).

Esses objetivos, estabelecidos na lei, só poderão ser alterados ou modificados mediante novo texto legal, a teor do que impõe, expressamente, o artigo 237, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), preciso no determinar que "*a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição*", explicitando o § 1º desse mesmo dispositivo que "*a companhia de economia mista somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei ou no exercício da opção legal para aplicar imposto de renda em investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial*".

Diante dessas considerações entendemos que:

1º As empresas públicas e as companhias de economia mista são as formas mais adequadas para propiciar a intervenção do Estado no domínio econômico.

2º As sociedades cooperativas, dadas as suas características peculiares, não são entes capazes de se constituir em instrumento da intervenção do Estado na economia privada.

3º O objeto das companhias de economia mista deve ser definido em lei e só por outra lei alterado.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 11 de janeiro de 1983.

ACOLHO o Parecer nº 5163, da lavra do Conselheiro Procurador do Estado NEY SÁ, o qual foi aprovado em sessão do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, no dia 27 de outubro de 1982.

Entendo, porém, que organizada uma ou mais cooperativas de produtores de leite, de conformidade com a legislação pertinente, nada impede que a CORLAC, sem trair os parâmetros legais que definem seu objetivo, estabeleça com es-

sa ou essas cooperativas vínculos de forma a transformá-la ou transformá-las em agentes **indiretos** de sua atividade, aliás suplementar da iniciativa privada. Nessa linha, estabelecidos vínculos nodais adequados que regulem o relacionamento da CORLAC com esses agentes indiretos e resguardem a destinação específica dos bens, não vislumbro óbice até a que se adote a fórmula da concessão de uso de bens da CORLAC a favor desses mesmos agentes.

Restitua-se o expediente à CORLAC.

Em 11-01-83.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR — GERAL DO ESTADO

GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO

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

PARECER Nº 5.267

GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. INCORPORAÇÃO. NECESSIDADE DE LEI.

De regra, a gratificação de representação não se incorpora aos vencimentos. Para que tal ocorra, há necessidade de expressa disposição nesse sentido.

O Senhor PORCÍNIO BORGES PINTO requereu em 15 de junho de 1972 a sua aposentação como Diretor da Caixa Econômica Estadual, por contar mais de 35 anos de serviço público, a ser concedida com proventos integrais, inclusive a gratificação adicional de 25%, prevista no artigo 110 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, e a gratificação de representação a que alude o artigo 1º do Decreto nº 21.282, de 11 de setembro de 1971.

2. O requerente somava, em sua longa folha, serviços prestados à Prefeitura Municipal de Bom Jesus, à Prefeitura Municipal de Vacaria, ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul, ao Poder Judiciário, ao Poder Legislativo (como Deputado em mais de três legislaturas) e finalmente à Caixa Econômica Estadual, onde por mais de cinco anos integrou o Conselho Administrativo, como Diretor e como Presidente.

3. A postulação veio à então Consultoria-Geral do Estado para exame e parecer, inclusive sobre a competência para concessão da aposentadoria e a responsabilidade pelo pagamento dos respectivos proventos. Em apurado estudo, o Professor Orlando Giraldo Vanin, então titular do Órgão, após detido exame das diversas questões jurídicas suscitadas, concluiu por caracterizar como cargo de provimento em comissão o de Diretor da autarquia Caixa Econômica Estadual, ensejador da aposentadoria nos termos do artigo 182 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, a ser concedida por ato do Chefe do Poder Executivo e suportada pelos cofres da autarquia, enquanto não reconhecida pela Previdência Social. De outra parte, não reconheceu direito à gratificação adicional de 25% requerida, por não implementados os pressupostos legais de 25 anos de efetivo serviço na Caixa Econômica, de acordo com o disposto no artigo 139, combinado com o artigo 171 do Regimento Interno, nem à incorporação da gratificação de representação, forte no magistério de HELY LOPES MEIRELLES.

4. Este pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado foi aprovado pelo Senhor Governador do Estado, mas com ele não se conformou o requerente, que inicialmente reiterou o pedido de concessão da gratificação adicional, com incorporação à aposentadoria, o que veio a obter efetivamente, após pronunciamento favorável do Doutor Chefe da Consultoria Jurídica da autarquia, e agora reitera o pedido de incorporação aos seus proventos de inatividade da gratificação de representação que percebia na atividade.

É o relatório.

5. À época, os membros do Conselho Administrativo da Caixa Econômica Estadual percebiam remuneração fixada pelo Decreto nº 21.282, de 1º de setembro de 1971, cujo artigo 1º estabelecia uma remuneração mensal de Cr\$ 4.000,00, complementada nos termos do seu parágrafo primeiro, segundo o qual "**além da remuneração, o Diretor-Presidente e demais Diretores da Caixa Econômica Estadual perceberão, a título de representação, as importâncias mensais de Cr\$ 1.000,00 e Cr\$ 500,00, respectivamente**".

6. Ao fundamentar o seu parecer contrário à incorporação aos proventos da inatividade da representação percebida pelo requerente na condição de Diretor da autarquia Caixa Econômica Estadual, sustentou o Parecer nº 2.131:

*"13. Os proventos a que fará jus o interessado são os fixados para o cargo de Diretor, excluídas as gratificações de representação e outras que eventualmente receba **propter laborem**, já que, nesse particular, a regra é a da não-incorporação, a teor do magistério de HELY LOPES MEIRELLES, verbis:*

*'... essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o funcionário está prestando o serviço que as ensejam, porque são retribuições pecuniárias **pro labore faciendo e propter laborem**. Cessado o trabalho que lhes dá causa, ou desaparecidos os motivos excepcionais ou transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador'. (Dir. Adm. Bras., 2ªed., pág. 412, **Apud** Revista da Consultoria-Geral do Estado, vol. 2, págs. 108-115)."*

7. Essa orientação expressa entendimento que é pacífico na administração estadual, onde se sustenta, desde longa data, que a incorporação aos proventos de inatividade de tais parcelas demanda regra legal expressa nesse sentido.

8. Versando situação idêntica, em que se postulava a incorporação aos proventos de aposentadoria da gratificação de representação percebida pelos julgadores de

processos fiscais, e onde se argumentava com o precedente da representação dos magistrados, que se incorpora aos seus proventos, disse o Procurador do Estado ALMIRO DO COUTO E SILVA no Parecer nº 3.490:

"As gratificações de representação, segundo longa tradição, não são, em princípio, incorporáveis aos proventos da aposentadoria, a menos que a lei assim o determine, de forma indubitosa. Aduz o interessado, quanto a esse ponto, que a 'representação mensal' integra o vencimento dos magistrados (Lei nº 6.929, de 1975, artigo 62), incorporando-se, pois, aos proventos da aposentadoria, e que essa vantagem foi estendida aos Conselheiros do Tribunal de Contas e Auditores, bem como aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por força do disposto no artigo 72 da Lei nº 6.850, de 1974, que tem este enunciado:

'Aplicam-se aos Conselheiros do Tribunal de Contas, aos Auditores, bem como, no que diz respeito às pensões a seus familiares, e aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, as disposições do Estatuto da Magistratura' (Lei nº 6.929).

O exemplo confirma a regra. Há, nessa situação, texto expresso de lei, dizendo que a representação é parte dos vencimentos da magistratura, que são irredutíveis, e determinando, igualmente, que a representação é parte dos vencimentos dos Conselheiros e Auditores do Tribunal de Contas e dos Membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, incorporando-se, portanto, aos proventos da aposentadoria. Não há, em contraposição, nenhum texto legal que declare ser a gratificação de representação, por algumas leis referida à função de julgador de processos fiscais, parte dos vencimentos ou incorporável aos proventos da aposentadoria."

9. Importante ter-se presente ainda que a representação que foi percebida pelo requerente é inconfundível com a gratificação de representação atribuída aos magistrados, membros do Ministério Público e Procuradores do Estado. Por definição legal, a tais funcionários, membros de um Poder do Estado uns e detentores de um **status** especial de hierarquia constitucional outros, se concede uma verba de representação, que integra os seus vencimentos para todos os efeitos legais (Lei nº 6.929, de 2 de dezembro de 1975, artigo 62; Lei nº 7.670, de 17 de junho de 1982, artigo 62 e parágrafo único; Lei nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, artigo 3º). Trata-se de parcela da remuneração de detentores de cargos públicos de provimento efetivo. É vantagem de natureza permanente. Embora com a mesma denominação, a representação que foi percebida pelo requerente delas se distingue, na medida em que corresponde a uma gratificação de função, correspondente ao exercício de cargo público de provimento em comissão. É vantagem temporária, por definição.

10. Em sua natureza, a representação que foi percebida pelo requerente se assemelha à gratificação de direção prevista no artigo 71 da Lei nº 6.929, de 2 de dezembro de 1975, que visa custear os gastos decorrentes do exercício das funções de Presidente do Tribunal de Justiça, Presidente do Tribunal de Alçada e Corregedor-Geral da Justiça. Essa gratificação, em tudo idêntica à que foi percebida pelo requerente, não se incorpora aos vencimentos da atividade, nem aos proventos de inatividade, como já sustentou esta Casa, no Parecer nº 4.719, do Procurador do Estado JOSÉ QUADROS PIRES, não obstante percebida por detentores da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

A esse propósito, vale recordar que não é somente administrativa a jurisprudência que sustenta a regra da não-incorporação de tais gratificações, pois os tribunais do País também participam de tal entendimento, haja vista o recentíssimo acórdão proferido em 11 de fevereiro de 1983, pela 2ª Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 94.370-6, RN, relator o Ministro CORDEIRO GUERRA, em cuja ementa se lê que *"as gratificações, quando concedidas em razão de exercício de cargo em função temporária, não se integram aos vencimentos do magistrado"*. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 94.370-6-RN. DJU 25 de março de 1983).

11. Finalmente, vale referir que os precedentes invocados pelo requerente em seu prol não o favorecem. Faz ele alusão à gratificação por risco de vida dos policiais, à gratificação especial de atividade policial e à gratificação dos funcionários da Fazenda.

12. Ocorre que em todas estas hipóteses a lei tratou de afirmar, de forma sempre clara e inequívoca, a sua incorporação aos proventos da inatividade. Assim, quanto à gratificação por risco de vida dos servidores policiais e policiais-militares, sua incorporação foi determinada pelo § 2º do artigo 1º da Lei nº 7.009, de 6 de outubro de 1976; no concernente à gratificação especial de atividade policial, em lei denominada parcela autônoma, sua incorporação decorreu da letra do artigo 3º da Lei nº 7.137, de 16 de janeiro de 1978; por último, a incorporação aos proventos de inatividade da gratificação de função dos Inspetores da Fazenda se fez por obediência ao parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 6.331, de 9 de dezembro de 1971.

13. Destarte, o parecer é pelo não acolhimento do pedido.

PORTO ALEGRE, 27 de maio de 1983.

Of. Gab. 692/83

Porto Alegre, 27 de maio de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Trata o expediente do pedido formulado pelo Senhor PORCÍNIO BORGES PINTO, Diretor, aposentado, da Caixa Econômica Estadual, de incorporação, aos seus proventos de inatividade, da gratificação de representação que, na atividade, percebia com fundamento no artigo 1º do Decreto nº 21.282, de 11 de setembro de 1971.

A matéria já fora objeto de pronunciamento desta Procuradoria-Geral, através do Parecer nº 2.121, da lavra do eminente então Procurador-Geral ORLANDO GERALDI VANIN, que, à época do pedido de aposentadoria do ora requerente, concluiu, entre outras matérias objeto do referido parecer, não haver direito à incorporação da gratificação de representação, forte no magistério de HELY LOPES MEIRELLES.

Cumprе salientar, desde logo, que é pacífico na administração estadual o entendimento de que a incorporação aos proventos de inatividade da gratificação de representação exige expressa determinação legal.

Por outro lado, a representação percebida pelo requerente é inconfundível com a gratificação de representação atribuída aos magistrados, membros do Ministério Público e Procuradores do Estado, a qual integra os seus vencimentos para todos efeitos legais e se caracteriza, portanto, como vantagem de natureza permanente.

A gratificação percebida pelo requerente, embora com a mesma denominação, corresponde a uma gratificação de função, decorrente do exercício de cargo público de provimento em comissão, e, portanto, de natureza temporária.

Assemelha-se, entretanto, à gratificação de direção, prevista no artigo 71 da Lei nº 6.929, de 2 de dezembro de 1975, que visa a custear os gastos decorrentes das funções de Presidente do Tribunal de Justiça, Presidente do Tribunal de Alçada, Corregedor da Justiça e Procurador-Geral do Estado, este último na forma do artigo 20 da Lei nº 7.358, de 7 de março de 1980, e artigo 4º da Lei nº 7.361, de 12 de março de 1980.

Essa gratificação, em tudo idêntica à que foi percebida pelo postulante, não se incorpora aos vencimentos da atividade, nem aos proventos da inatividade, conforme já fora demonstrado no Parecer nº 4.719, desta Procuradoria-Geral, de lavra do Procurador JOSÉ QUADROS PIRES.

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

Submeto, assim, a Vossa Excelência, o Parecer nº 5.267, de lavra do Procurador JORGE ARTHUR MORSCH, aprovado sem voto discrepante pelo Conselho Superior desta Procuradoria em reunião de 27 de abril de 1983, cuja linha de análise e conclusão procurei resumir no presente Ofício.

Ao fazê-lo, renovo a Vossa Excelência a manifestação de meu apreço.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Romano na Faculdade de
Direito da UFRGS

PARECER Nº 4.861

REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO.

Reescalamento de prazos fixados pelo Convênio nº 20/81, do Conselho de Política Fazendária.

Necessidade de manifestação unânime dos Estados.

O Senhor SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL consulta sobre as conseqüências jurídicas e a possibilidade de alteração do ato de revogação da isenção do ICM relativa às saídas de aves e dos produtos comestíveis resultantes da sua matança, praticado mediante Convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal em reunião do Conselho de Política Fazendária. O Convênio, que tomou o nº 20/81, foi publicado no Diário Oficial da União de 6 de novembro de 1981 e sua ratificação nacional foi publicada na mesma folha, na edição de 21 de novembro de 1981. Indaga-se, agora, sobre os requisitos exigidos à modificação de tal convênio, para beneficiar os contribuintes com a prorrogação de prazos nele estabelecidos.

2. A Constituição da República declara, no § 6º do artigo 23, que *"as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênio, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar"*.

A Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, disciplinou minuciosamente o processo de concessão e revogação dessas isenções. Particularmente importantes para que se possa responder à pergunta formulada são os parágrafos 2º e 3º do artigo 2º e o artigo 4º e seus parágrafos, que assim dispõem:

"Art. 2º —

§ 2º — A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes;

§ 3º — Dentro de dez (10) dias contados da data final da reunião a que se refere este artigo a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União."

"Art. 4º — Dentro do prazo de quinze (15) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.

§ 1º — O disposto neste artigo aplica-se também às Unidades da Federação cujos representantes não tenham comparecido à reunião em que hajam sido celebrados os convênios.

§ 2º — Considerar-se-á rejeitado o convênio que não for expressamente ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação ou nos casos de revogação a que se refere o artigo 2º, § 2º, desta lei, pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação."

3. As regras transcritas mostram que para tornar-se perfeito e completo o ato jurídico de concessão ou de revogação de benefício não basta só o acordo de vontades dos integrantes do Conselho de Política Fazendária. É ainda indispensável nova manifestação de vontade, a ser enunciada de modo expresso ou tácito, nos prazos que a lei estabelece. Transcorridos esses prazos sem que se positivasse a intenção de não ratificar o convênio por parte de qualquer Estado ou do Distrito Federal, de maneira a impedir ou a unanimidade ou os quatro quintos exigidos, respectivamente, para a concessão ou a revogação de benefício, o convênio passa a existir em toda sua plenitude, vencido definitivamente o período instável que vai da aprovação à ratificação. A revogação, total ou parcial dos convênios, uma vez ultrapassadas todas as fases da sua formação, deverá obedecer, necessariamente, às imposições fixadas na Lei Complementar nº 24, de 1975, para a concessão ou revogação de benefício. Se convênio instituir benefício e ato posterior modifica, eliminando ou diminuindo a vantagem, haverá revogação de benefício. Se convênio revogara benefício, e ato posterior o altera, instituindo vantagem para o contribuinte, haverá indubitavelmente criação de benefício.

4. Esses princípios, que têm a simplicidade e a limpidez das lições de coisas, ao serem aplicados ao caso concreto deixam perfeitamente claro que qualquer modificação do Convênio nº 20/81 que, de alguma maneira, favoreça o contribuinte, implicará criação de benefício. E isso, nos termos do § 2º do artigo 2º da Lei Complementar nº 24, "dependerá de decisão Unânime dos Estados representados".

5. Talvez se diga que o Convênio nº 20/81 só se tornará perfeito quando iniciar a produção de seus efeitos, o que só sucederá a 1º de janeiro de 1982. Mas aí se estará incorrendo no erro grosseiro de confundir os planos da **existência** e da **eficácia** dos atos jurídicos, distinção que PONTES DE MIRANDA conseguiu fixar com nitidez insuperável e que constitui, precisamente, uma das suas maiores contribuições à Teoria Geral do Direito (Tratado de Direito Privado, *passim*, mas especialmente vols. I a VI). O exemplo escolar, pelo qual se cuida de mostrar a diferença que há entre a **existência** do ato jurídico e a sua **eficácia**, é dado pelos atos subordinados a condição ou a termo. Nos atos jurídicos sujeitos a termo inicial há a suspensão do **exercício**, mas não da **aquisição do direito**. É o que declara o Código Civil, no artigo 123: "O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito". Dito de outro modo, do ato jurídico deriva desde logo o direito subjetivo, mas a **pretensão**, a possibilidade de exigir, ou o exercício do direito, ficam diferidos até que ocorra o acontecimento certo. Já nos atos jurídicos subordinados à condição que ocorra o acontecimento certo. Já nos atos jurídicos subordinados à condição suspensiva, muito embora o ato jurídico exista desde o instante em que houve a manifestação de vontade que lhe constitui o núcleo, o direito que se espera só irá formar-se quando se verificar a condição (CC., artigo 118). Antes disso, no entanto, há mais do que simples expectativa de direito. Há o que o nosso Código Civil designa como **direito eventual** (artigo 121) e a doutrina alemã chama de **direito expectativo** (LEHMANN-HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1966, p. 283; HEINRICH LANGE, *BGB, Allgemeiner Teil*, München u. Berlin, 1963, p. 286; PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, Vol. V, p. 173 e segs.) e que pode ser alienado. De qualquer modo, tanto nos atos jurídicos condicionados suspensivamente como naqueles em que houve a aposição de termo inicial, não há a coincidência absoluta, na dimensão temporal, entre o **ato jurídico** e os **efeitos** que a ele se ligam. Estes, em maior ou menor medida, só irão surgir no futuro. Nos casos de termo, os efeitos certamente surgirão. Nas hipóteses de condição, poderão surgir ou não, conforme o acontecimento previsto ocorra ou deixe de ocorrer.

6. Com pequenas variantes, os mesmos princípios que, no Direito Privado, regem a condição e o termo têm também aplicação na área do Direito Público (ROBERTO LUCIFREDI, *L'Atto Amministrativo Nei Suoi Elementi Accidentali*, Milano, 1963, p. 122; ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif*, Allemand, trad. de MICHEL DE FROMONT, Bruxelles, 1969, p. 337; KARL KORMANN, *System der Rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, ree. 1962, p. 135 e seguintes). Examinado o Convênio nº 20/81 do Conselho de Política Fazendária à luz que tais princípios projetam, desde logo verifica-se que se trata de ato jurídico subordinado a termo inicial. O convênio revogou a isenção do ICM relativa às saídas de aves e de produtos comestíveis resultantes de sua matança, determinando, todavia, que a abolição da isenção far-se-ia gradualmente: metade a partir de 1º de janeiro de 1982 e a outra metade a partir de 1º de janeiro de 1983. Já vimos que, nos atos subordinados a termo inicial, há a aquisição desde logo do direito subjetivo, ficando, porém, protelado o exercício do direito. Ao ser ratificado o Convênio nº 20/81, por consequência, de imediato gerou-se para os Estados o direito ao imposto, muito

embora a **pretensão** a exigi-lo só vá nascer, com referência à primeira metade, a 1º de janeiro de 1982 e, quanto à outra, a 1º de janeiro de 1983. Antes de 1º de janeiro de 1982, na relação jurídica que se estabelece entre o Estado e o contribuinte já há **direito subjetivo** (no lado ativo) e **dever jurídico** (no lado passivo), não há ainda, porém, pretensão (no lado ativo) nem **obrigação** (no lado passivo), para usar, mais uma vez, a precisão conceitual de PONTES DE MIRANDA. A ablação, total ou parcial, desse direito, que já se incorporou à esfera patrimonial dos Estados, e, correspondentemente, do dever jurídico dos contribuintes, só poderá efetivar-se mediante novo ato jurídico de isenção.

7. Analogamente, o diferimento do exercício do direito ou da pretensão a exigir o pagamento do imposto, para além dos prazos consignados no Convênio nº 20/81, tem nitidamente o caráter de benefício, de sorte que qualquer modificação que se pretenda, a esta altura e com tais objetivos, introduzir no Convênio nº 20/81 dependerá sempre da decisão unânime dos Estados, por imposição da regra do artigo 2º, § 2º, da Lei nº 24 de 1975.

Na verdade, a ampliação do prazo a partir do qual o tributo será exigível, por determinação do ato jurídico perfeito, implica evidente vantagem para o contribuinte, subsumindo-se, portanto, no conceito amplíssimo de benefício desenhado pelo artigo 1º e seu parágrafo único da Lei Complementar nº 24, de 1975. E, enquanto benefício, exige a manifestação de vontade indiscrepante de todos os Estados.

8. EM CONCLUSÃO:

Todo o ato jurídico que se queira praticar, pouco importa o **nomen juris** que se lhe dê, e que tenha como resultado o reescalonamento dos prazos estipulados no Convênio nº 20/81, será sempre, independentemente da roupagem com que se apresente, ato de concessão de benefícios, sujeito inelutavelmente às prescrições do § 2º do artigo 2º da Lei Complementar nº 24, de 1975, que tornam indispensável a decisão unânime dos Estados representados no Conselho de Política Fazendária.

PORTO ALEGRE, 14 de dezembro de 1981.

POLICIAL-MILITAR EXCEDENTE

CLARITA GALBINSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.223

Lei nº 7.138, de 30 de janeiro de 1978.
Situação do policial-militar excedente.
Agregação. Reversão.

Consulta o Senhor CORONEL PM COMANDANTE-GERAL DA BRIGADA MILITAR DO ESTADO, em regime de urgência, acerca da situação de policial-militar excedente, nas hipóteses referidas no artigo 93, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 7.138, de 30 de janeiro de 1978, para adoção de medidas capazes de dar solução à problemática descrita.

Dispõe o artigo 93, da Lei citada, o qual teria dado origem às dúvidas expostas no processo:

"Excedente é a situação transitória a que automaticamente passa o policial-militar que:

§ 1º — O policial-militar cuja situação é a de excedente, salvo o indevidamente promovido, ocupa a mesma posição relativa em antigüidade que lhe cabe, na escala hierárquica, com a abreviatura "Excd" e receberá o número que lhe competir em consequência da primeira vaga que se verificar.

§ 2º — O policial-militar cuja situação é a de excedente, é considerado como em efetivo serviço para todos os efeitos e concorre, respeitados os requisitos legais, em igualdade de condições e sem nenhuma restrição a qualquer cargo policial-militar, bem como à promoção".

Descreve a Lei, também, no seu artigo 88, a posição do policial-militar agregado, da qual se segue a posição de excedente até a final reversão ao Quadro próprio. Diz-se, então, por evidente, que a situação de agregado segue-se, cessados os motivos legais, a reversão ao Quadro respectivo, no qual o policial-militar voltará a ocupar o lugar que lhe competir na escala numérica tão logo ocorra vaga: assim, entre a reversão e a ocupação do cargo próprio, respeitadas as exceções legais, o policial-militar encontrar-se-á transitoriamente na situação de excedente.

Interessa ponderar que a competência para legislar sobre polícias militares é da União (artigo 8º, XVII, da Constituição da República), de onde decorre:

"a) que os quadros são organizados segundo a Lei Federal; b) que o número de oficiais e soldados das forças policiais dos Estados-membros é fixado pela lei federal; c) que a instrução que se lhes dá é a que o Poder Legislativo central ordena; d) que os oficiais são escolhidos conforme estabelece a lei federal; e) que o tempo de serviço é o que a lei federal determinar e de acordo com ela é que se fazem as nomeações, promoções, reservas e compulsórias; f) que a lei sobre justiça, quanto às polícias estaduais é federal, e federais conceituação e as penalidades dos delitos e infrações disciplinares; g) que todas as garantias dos soldados e oficiais são as que a lei federal enumera; h) que são "inconstitucionais" e insuscetíveis de serem tratadas como "forças ilegais" todas as organizações policiais, mesmo estaduais, que não se fundem em lei federal, devendo ser aplicadas a tais forças, quando se furtem às ordens do poder central, as penas que seriam aplicáveis a forças federais revoltadas ou desobedientes" (PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969, Editora Revista dos Tribunais, 1973, Tomo II, p. 164. n.º 62), cabendo aos Estados legislar, complementar e supletivamente sobre a matéria (artigo 13, § 4.º, da Carta Constitucional).

Em decorrência desses princípios fixou o Decreto-lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969, em seu artigo 1.º, que as Polícias Militares, consideradas forças auxiliares, reserva do Exército, seriam organizadas conforme o nele disposto e se subordinariam ao órgão estadual responsável pela ordem pública e pela segurança interna. Já o seu Regulamento-Decreto federal n.º 66.862, de 8 de julho de 1970, de observância obrigatória para os Estados, estabelece que os policiais-militares não poderão ter vantagens superiores às concedidas às Forças Armadas.

Conseqüentemente, quando se toma, na análise da situação concreta, como paradigma uma norma federal, flui o entendimento de que o militar agregado ocupará sempre a **primeira vaga aberta** (Lei Federal n.º 6.880, de 9 de dezembro de 1980 — Estatuto dos Militares, seguindo a esteira do Estatuto anterior).

A legislação estadual, como não poderia deixar de fazê-lo, obrou de modo igual ao tratar da situação do militar excedente na Lei n.º 7.138, de 1978:

"Art. 91 — Reversão é o ato pelo qual o policial-militar agregado retorna ao respectivo quadro tão logo cesse o motivo que determinou a sua agregação, voltando a ocupar o lugar que lhe competir na respectiva escala numérica na primeira vaga que ocorrer."

Nota-se, num procedimento comparativo, que a lei federal utilizou a expressão, "primeira vaga aberta", enquanto a legislação estadual, seguindo-lhe as diretrizes, usou a expressão "primeira vaga que ocorrer".

Dessarte, o estado de excedente — legalmente transitório — cessa para o policial-militar tão logo se lhe apresentem as condições objetivas de existência de vaga, nas hipóteses legais, no posto ou graduação correspondente a sua hierarquia, também aferida segundo critérios legais objetivos.

O Direito, acrescente-se por oportuno, constitui-se em um sistema e o Direito Administrativo repousa em princípios, dentre eles o da hierarquia, e dentre as noções de hierarquia aquela que vem desde os tempos bíblicos. Ora, é justamente na organização militar que o princípio da hierarquia sobressai com maior destaque, posto que *"a hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das forças armadas e das forças auxiliares por postos e graduações"* (Decreto n.º 29.996, de 31 de dezembro de 1980).

Logo, ao aludir a "primeira vaga que ocorrer" a Lei n.º 7.138, de 1978, não poderia descurar do princípio da hierarquia em favor de um fato aleatório à hierarquia: o retorno do PM para posterior aproveitamento. Portanto, o policial-militar excedente ocupará o lugar ou a vaga que hierarquicamente lhe compete, independentemente da "data do ato de reversão", pois a reversão tecnicamente consiste no retorno do policial-militar à sua respectiva vaga na escala hierárquica.

Respondo à consulta:

1 — O excedente não poderá deslocar do cargo em razão de maior antigüidade outro policial-militar nele legalmente provido, pois a reversão tecnicamente só se dará na "primeira vaga que ocorrer", salvo se a vaga tiver sido irregularmente ocupada, como, exemplificativamente, nos casos de promoção indevida, impondo-se considerar que, para todos, em igualdade de condições, é assegurado o desempenho de funções policiais-militares (artigo 53, item IV).

2 — A ordem de aproveitamento dos excedentes sempre obedecerá à antigüidade hierárquica — e não à "data do ato de reversão" — visto que, reversão, apenas é a consequência da existência da vaga que competir, hierarquicamente, ao policial-militar.

PORTO ALEGRE, 12 de abril de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer n.º 5.223, da lavra do Procurador do Estado CLARITA GALBINSKI.

Restitua-se o expediente ao Senhor Comandante-Geral da Brigada Militar.

Em 12.04.83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TERRENOS DE MARINHA E TERRENOS MARGINAIS OU RESERVADOS

ELIANA DONATELLI DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora da Fundação Rio-Grandense
Universitária de Gastroenterologia
Professora de Direito Constitucional na
UNISINOS

PARECER Nº 4.832

TERRENOS DE MARINHA E TERRENOS MARGINAIS OU RESERVADOS.

Diferenciação jurídico-legal entre ambos.
Legislação aplicável.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE submete à apreciação desta Procuradoria-Geral o expediente relativo à reconstrução de uma cerca de arame em propriedade particular denominada CAMPO DO RINCÃO na Praia do Lami, sobre a qual deveria aquela Secretaria exarar parecer.

A consulta feita pela firma AGROPECUÁRIA BERNARDES LTDA., que originou o presente Processo, baseou-se na prerrogativa prevista no item 4.2.1., letra "f", da PORTOMARINST nº 318001, de 20 de outubro de 1980, da Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha, anexada ao expediente, que torna supérfluo o parecer da Secretaria Especial do Meio Ambiente do Ministério do Interior, a respeito da execução de obras em terrenos de marinha e seus acrescidos, ou terrenos marginais, quando fornecido pelo *"órgão estadual competente quanto à proteção ambiental, manutenção do equilíbrio ecológico e controle da poluição"*, sempre que *"a obra possa contribuir para alterar a fisionomia do panorama ecológico"*.

2. Opinando favoravelmente sobre a reconstrução da cerca na *"parte terrestre"*, já que não ocasionaria qualquer dano à cobertura vegetal e não se tornaria uma *"barreira ecológica artificial"* (Cf. fl. 28 do Processo), o Departamento do Meio Ambiente da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente apenas recomenda o exame do aspecto legal da obra na *"área de praia"*.

3. Na Informação nº 103/81, de fl. 28, verso, o Diretor do Departamento do Meio Ambiente suscita dúvida quanto à configuração do imóvel, que é objeto da consulta, como sendo terreno de marinha ou terreno reservado.

4. Após a anexação dos Decretos-leis nºs 1.561, de 13 de julho de 1977, e 7.937, de 05 de setembro de 1945, que tratam de terrenos da União, sugere a Assessoria Jurídica daquela Pasta o envio do expediente a esta Procuradoria-Geral para examinar da legalidade da reconstrução da cerca na área de praia.

É o relatório.

5. Da forma como foi encaminhada a consulta entendemos que a dificuldade encontrada pelo Departamento do Meio Ambiente da Secretaria da Saúde está na diferenciação jurídico-legal entre terrenos de marinha e terrenos reservados, abstraindo-se o exame das condições hidrográficas locais que não caberiam a este órgão consultivo.

Ademais disso, busca o consultante o exame por parte deste Órgão a respeito da possibilidade de reconstrução da cerca na forma pleiteada.

Situado o problema, passemos ao exame da matéria.

6. O Decreto Federal nº 5.798, de 11 de junho de 1940, invocado pelo requerente para embasar seu pedido, com a alteração introduzida pelo Decreto Federal nº 50.114, de 26 de janeiro de 1961, dispõe sobre o Regulamento para o Tráfego Marítimo e sujeita à prévia ouvida da Capitania dos Portos *"a execução de obra pública ou particular, sobre água, em terrenos de marinha e marginais dos portos, rios, lagoas e canais"*, nos termos do seu artigo 102, mediante determinadas condições.

Para a melhor compreensão da matéria é interessante que se esclareça, antes, a conceituação de terrenos de marinha e a sua diferenciação dos terrenos marginais ou reservados, bem como a abrangência da palavra obra.

7. O Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), no artigo 13, *"considera terrenos de marinha os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até 33 metros para a parte da terra, contados desde o ponto a que chega a preamar média"*.

No aviso Imperial de 12 de julho de 1833, utilizado por HELY LOPES MEIRELES ao tratar da matéria (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1976, p. 503), o conceito apenas se diferencia do artigo 13 do Código de Águas, quando situa os rios navegáveis *"em sua foz"*.

Portanto, a identificação dos terrenos de marinha baseiam-se em dois pontos: o (a) de situar-se na orla litorânea; e, no tocante aos rios, o (b) de receber influência das marés.

EPITÁCIO PESSOA coloca como traço característico dos terrenos de marinha, que sejam banhados pelas águas do mar ou estejam encravados em ponto onde

chegue a preamar média, excluindo, destarte, as margens dos rios além do alcance das marés (apud ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES, in *Código de Águas*, 2ª ed., v. 1, São Paulo, RT, 1980, p. 55).

Sobre a movimentação das marés, J. CRETELLA JR. a refere como o *"percurso das águas do mar em direção às praias e ao litoral, incluindo-se as terras banhadas pela massa de água salgada na foz dos rios"* (in *Bens Públicos*, 2ª ed. São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1975, p. 297).

Para dirimir dúvidas quanto à *"influência das marés"* nos rios e lagoas, determinante na delimitação dos terrenos de marinha e dos terrenos marginais ou reservados, o artigo 2º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 9.760/46, caracteriza-a pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros, pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

A distinção entre os terrenos de marinha e os terrenos reservados, para os devidos efeitos legais, é estabelecida no artigo 15 do Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), quando dispõe que:

"Art. 15 — O limite que separa o domínio marítimo do domínio fluvial, para o efeito de medirem-se ou demarcarem-se 33 (trinta e três), ou 15 (quinze) metros, conforme os terrenos estiverem dentro ou fora do alcance das marés, será indicado pela seção transversal do rio, cujo nível não oscile com a maré ou, praticamente, por qualquer fato geológico ou biológico que ateste a ação poderosa do mar".

8. A propósito da matéria relativa aos terrenos de marinha, HELY LOPES MEIRELES refere que a dominialidade da União sobre tais terrenos, por constarem das reservas do artigo 64 da Constituição de 1891, sujeita a sua utilização à autorização federal, sem prejuízo da *"competência estadual e municipal no ordenamento territorial e urbanístico dos terrenos de marinha, quando utilizados por particulares para fins civis"* (ob. cit., p. 504).

A ressalva quanto à competência municipal no ordenamento territorial e urbanístico é importante no sentido de que a Lei Complementar Municipal nº 43, de 21 de julho de 1979, que dispõe sobre o desenvolvimento urbano no Município de Porto Alegre e institui o Primeiro Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, inclui como áreas de preservação permanente *"a faixa marginal, na largura mínima de 100m (cem metros), ao longo do estuário do Guaíba, contada da linha do nível médio das águas, com exceção da faixa contida na Área Urbana de Ocupação Intensiva"* (artigo 65, II).

Ainda no âmbito municipal ocorre na espécie a incidência da Lei nº 3.039, de 11 de julho de 1967, que proíbe qualquer construção, com exceção das autorizadas anteriormente a sua vigência e das já existentes, na orla fluvial de todo o Município de

Porto Alegre, englobando expressamente os terrenos de marinha (Cf. artigo 1º e parágrafo único). O eventual levantamento de tal proibição dependerá, pois, de prévia autorização do Executivo Municipal, através da Secretaria Municipal de Obras e Viação — Divisão de Urbanismo — e do Conselho do Plano Diretor.

Atualmente, com base na Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, as florestas e demais formas de vegetação natural, situadas na faixa marginal dos rios na largura legalmente especificada, nos termos do artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), foram transformadas em reservas ou estações ecológicas, sob a responsabilidade da SEMA — Secretaria Especial do Meio Ambiente, do Ministério do Interior.

A competência estadual no que se refere à aprovação de construções em terrenos de marinha cinge-se ao exame da adequação da obra ao meio ambiente, do ponto de vista ecológico, editando normas gerais sobre urbanismo, já que o ordenamento territorial e urbanístico é traçado pelo Município, inclusive quanto ao interesse paisagístico do local a ser preservado.

9. Já a palavra obra, entendida como a construção em geral, tal como vem sendo referida, segundo informa HELY LOPES MEIRELLES, dentre outros Acórdãos nos do Tribunal de Justiça de São Paulo transcritos na Revista dos Tribunais nºs 251/256 e 265/275, engloba a edificação ou a reforma, a demolição, o **muramento**, a escavação, o aterro, a pintura e demais trabalhos destinados a beneficiar, tapar, desobstruir, conservar ou embelezar o prédio.

Ademais, a PORTOMARINST N° 318.001, no item 4.2.10, letra "e", enquadra os "*muros delimitadores do imóvel*" dentre as obras sujeitas ao parecer da Capitania dos Portos, no que diz respeito aos interesses navais, segurança da navegação e segurança nacional (Cf. item 4.2.11).

10. Em se tratando de terrenos reservados, quer na ocorrência do domínio público estadual, quer na ocorrência de servidão administrativa em favor do Estado-membro, fica vedada qualquer construção, inclusive a cerca objetivada na consulta, que possa obstruir a ação administrativa na faixa marginal de 15 (quinze) metros contados a partir do ponto médio das enchentes ordinárias em direção à terra, assegurando o livre acesso da Administração para o exercício do poder de polícia administrativa.

Conforme foi assinalado por M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, tal porção de terra "*deve estar sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietário do terreno*" (apud ANTONIO DE PÁDUA NUNES, ob. cit., p. 39).

A respeito dos terrenos marginais ou reservados já nos manifestamos anteriormente através dos Pareceres nºs PGE/4368 (RPGE nº 28) e PGE/4640, aos quais remetemos o consulente para eventuais esclarecimentos.

EM CONCLUSÃO:

a) A execução de obra em terrenos de marinha, seus acréscidos, e marginais ou reservados, dependerá sempre da aprovação do órgão competente do Ministério da Marinha, ao teor do artigo 102 do Decreto nº 5.798/40, alterado pelo Decreto nº 50.114/61, a fim de permitir a efetiva fiscalização do cumprimento da legislação e normas referentes à execução de obras públicas ou particulares, de acordo com os interesses navais, segurança da navegação e segurança nacional (item 4.1.1., da PORTOMARINST nº 318.001). Ressalte-se que, embora o domínio fluvial da União refira-se às vias d'água que tenham caráter interestadual ou internacional (Cf. artigo 18 do Decreto nº 5.798/40 e 4º, II, da Constituição Federal), a jurisdição das Capitânicas, com vistas a atender aos interesses da navegação, estende-se ao domínio fluvial de todo o Brasil (Cf. artigo 16, "a", do Decreto nº 5.798/40).

b) Desde a edição da Lei Municipal nº 3.039/67 está proibida qualquer construção na orla fluvial.

c) Em terrenos marginais ou reservados a construção ou reconstrução da cerca em questão não poderá ser efetivada no espaço de 15 m (quinze metros), contados do ponto médio das enchentes ordinárias, a fim de não obstruir o livre acesso da Administração Pública estadual.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 16 de novembro de 1981.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 4.832, da lavra do Procurador do Estado, Doutora ELIANA DONATELLI DE MOURA.

Restitua-se o expediente à SECRETARIA DA SAÚDE E MEIO AMBIENTE.

Em 16.11.81.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TAXA FEBEM

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

PARECER Nº 5.029

TAXA FEBEM — DISPENSA DE LICITAÇÃO

Recolhimento da Taxa Febem na hipótese de dispensa de licitação.

Por iniciativa do Secretário dos Transportes é solicitado parecer desta Procuradoria-Geral em processo oriundo do DAER, contendo consulta formulada pela Contadoria Seccional da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado junto ao Poder Judiciário versando sobre a aplicação da TAXA FEBEM aos contratos de locação de imóveis firmados ou a serem firmados pelo Estado na qualidade de locatário.

Nos termos da consulta, trata-se de saber se — e, em caso afirmativo — como deve ser efetuado o recolhimento da mencionada taxa nos casos de locações autorizadas no final de 1981; renovação de contratos com o mesmo locador, alterando-se seu valor e vigência e prorrogação de contratos com reajuste automático pelo valor das ORTNs.

Tais questões foram respondidas afirmativamente pela Assessoria Jurídica da Contadoria-Geral da Arrecadação em parecer que instrui o expediente.

É o relatório.

1. A "Taxa Febem" ou "Taxa do Menor" como é conhecido o tributo instituído pela Lei nº 7.037/76 com o nome de "Taxa de Inscrição, Controle, Fiscalização e Utilização de Serviços Públicos" e cujo beneficiário é a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, já foi objeto de estudo nesta Casa, inclusive, precisamente, no que diz respeito à sua incidência em caso de dispensa de licitação com base no art. 126, § 2º, letra g) do Decreto-lei 200/67. O parecer que versou a matéria (Parecer nº 4.939, da lavra do Procurador Doutor ADERBAL TORRES DE AMORIM) porta a seguinte ementa:

"TAXA DO MENOR". Locação de bem imóvel ao Estado. Dispensa de licitação. Exigibilidade do tributo. Ainda que inexistente procedimento licitatório, é devida a "Taxa do Menor" em virtude de contrato de locação de imóvel ao Estado. Artigo 2º da Lei Estadual 7.037, de 14 de dezembro de 1976, combinado com o artigo 116 do Código Tributário Nacional".

Embora se nos afigure inquestionável que a taxa em questão seja devida nos casos de contratos de locação de imóveis ao Estado em que, por força da lei, está dispensada a realização de procedimento licitatório, alguns pontos merecem ser retomados para responder as questões suscitadas neste expediente.

2. Nesse passo, é de toda conveniência determinar, com precisão e clareza, o fato gerador do tributo, sobretudo porque a lei que o institui apresenta algumas omissões na hipótese de dispensa de licitação.

Senão, vejamos.

Lê-se no art. 1º da Lei nº 7.037 que a taxa é devida pela utilização dos serviços de inscrição, controle, fiscalização e demais serviços públicos e que será cobrada de acordo com tabela anexa.

O artigo 2º delimita o universo dos serviços abrangidos, preceituando que a taxa **"incidirá sobre as licitações** efetuadas nos termos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, **incluindo-se os casos de dispensa** contemplados no artigo 126, §§ 1º e 2º do mesmo Diploma Legal".

O artigo 3º autoriza o Poder Executivo a corrigir os valores, anualmente, com base no reajustamento realizado entre os meses de janeiro a dezembro do exercício anterior, para as ORTNs.

O artigo 4º fixa o momento do recolhimento da taxa, qual seja "antes da utilização do serviço ou da ocorrência do respectivo fato gerador" e determina a forma deste recolhimento, assim como o destinatário do produto da arrecadação, que é a FEBEM.

O parágrafo único deste artigo prevê como sanção para o descumprimento da obrigação de pagar, a automática exclusão do licitante.

O artigo 5º impõe à Administração Direta e Indireta do Estado, inclusive fundações, o dever de mencionar a obrigatoriedade do recolhimento da taxa nas publicações prévias às licitações.

3. A referência ao conteúdo de cada artigo da Lei nº 7.037 teve por escopo evidenciar que a sistemática adotada não oferece maior dificuldade nas hipóteses em que se realiza a licitação, mas que o mesmo não ocorre nos casos de dispensa, resultando claro que o legislador teve em mira muito antes aquelas, do que estas últimas, como se pode facilmente depreender dos arts. 4º, parágrafo único e 5º.

Assim, a taxa é devida pelas pessoas físicas ou jurídicas que pretendem participar de licitações promovidas pela Administração Direta ou Indireta do Estado, ha-

vendo de ser recolhida previamente, ou seja, trata-se de um requisito de habilitação que deverá constar dos Editais ou Cartas-Convite e cujo não-cumprimento acarretará automática exclusão do licitante.

Quer-nos parecer que a ausência, na Lei, de maiores detalhes quanto ao recolhimento da taxa nos casos de dispensa de licitação há de ser suprida mediante analogia com os preceitos que dispõem sobre as hipóteses em que o certame é realizado.

4. Restringindo nosso estudo apenas aos contratos de locação de imóveis destinados ao serviço público — Decreto-lei nº 200, art. 126, § 2º, letra g) um primeiro ponto nos parece importante enfatizar para evitar qualquer risco de eventuais excessos na imposição do tributo.

Com efeito, o Decreto-lei nº 200/67 previu casos de dispensa de licitação porque, em princípio todos os contratos a serem celebrados pelo Poder Público estão sujeitos a esse procedimento. Decorre daí que a dispensa abrange tudo, mas tão apenas aquilo que, não fora a previsão expressa da exceção, estaria compreendido na regra ou princípio geral. Assim sendo, a prorrogação do mesmo contrato de locação que, feita nos termos do edital, não estaria sujeita a nova licitação e, portanto, ao recolhimento da taxa, tampouco carece de outra dispensa, sendo, por isso, inexistível o pagamento da taxa nesta circunstância.

A cláusula de reajuste automático em função das variações das ORTNs é irrelevante aqui, como o seria no caso de realização de licitação. Neste particular, um segundo ponto merece especial atenção: à semelhança do que ocorre na hipótese de licitação, em que a lei manda seja o tributo recolhido previamente, a título de requisito de habilitação, no caso de dispensa, a taxa há de ser exigida no momento da dispensa ou logo após, mas sempre **antes** da celebração do contrato e **uma só vez**. Outrossim, a base de cálculo da taxa há de ser o **valor do contrato dispensado** de licitação, isto é, o valor tal como se apresenta no momento da dispensa da mesma forma como a base de cálculo em caso de licitação é o valor desta, o qual, por sua vez, corresponde ao valor do contrato licitado.

É preciso não perder de vista que o fato gerador da taxa é a **licitação** e a **dispensa** dela e seu objeto, a remuneração dos serviços de inscrição, controle e fiscalização **pertinentes a uma e outra** e não quaisquer outros eventuais serviços da mesma natureza ocorrentes durante o desenvolvimento do vínculo contratual. Não fora assim, e a Lei não teria prescrito, no seu art. 2º, que a taxa **incidirá** sobre as licitações e sobre os casos de dispensa de licitação, bastando o disposto no art. 1º.

5. Por fim, parece-nos oportuno lembrar que ao celebrar contrato de locação, o Poder Público se submete aos princípios e preceitos de direito privado, dentre as quais o primeiro e mais importante é o da igualdade das partes contratantes. Vale dizer, ultrapassada a fase preparatória do contrato, realizada a licitação ou a dispensa

dela, no caso de contratos regidos pelo direito privado, nenhuma prerrogativa mais assiste à Administração Pública e nenhum ônus pode ser legitimamente imposto ao particular em razão desse contrato.

6. Por todo o exposto, pensamos que uma certa cautela se impõe no que diz respeito à cobrança da "Taxa Febem" em hipóteses como a desta consulta.

Já referimos que, a nosso ver, descabe em caso de mera prorrogação do contrato, mesmo que haja reajustamento do valor da locação de acordo com as variações das ORTNs, uma vez que, na espécie, incorre o fato gerador do tributo, qual seja, a dispensa de licitação.

Diversamente, tratando-se de renovação de contrato, nova dispensa de licitação sendo necessária, legítima é a cobrança do tributo.

Finalmente, no tocante à questão de saber se se deve exigir o recolhimento da taxa nos casos de locações autorizadas no final de 1981, quer-nos parecer que, à falta de maiores esclarecimentos sobre o sentido da indagação, a taxa deve ser cobrada, sendo que de acordo com a tabela em vigor no momento da dispensa de licitação.

A base de cálculo da taxa há de ser sempre o valor do contrato dispensado de licitação, assim com a base de cálculo em caso de licitação é o valor do contrato licitado, independentemente de variações posteriores, uma vez que, por definição, o débito já foi satisfeito ("... antes da utilização do serviço ou da ocorrência do respectivo fato gerador...").

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 11 de agosto de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.029, da lavra do Procurador do Estado Doutora VERENA NYGAARD.

Restitua-se o expediente à Secretaria dos Transportes.

Em 11-08-1982.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DE PESSOA DA FAMÍLIA

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor no Curso de Pós-graduação em Sociologia e Ciências Políticas da UFRGS
Professor de Sociologia no Curso de Pós-graduação em Sociologia da PUC
Doutor em Sociologia, Sorbonne, França

PARECER Nº 5.169

LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DE PESSOA DA FAMÍLIA.

Interpretação do artigo 82 da Lei nº 6.672/74. Condições e hipóteses do benefício. Limites de duração.

O Senhor SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO solicita pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado acerca da interpretação do artigo 82, e seus parágrafos, da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, que estabeleceu o Plano de Carreira do Magistério, bem como seu novo Estatuto.

Prende-se à consulta a chamada licença para tratamento de saúde de pessoa da família e leva em conta, especialmente, processo de professora que, num período de três anos, gozou 735 dias de afastamento nessa modalidade.

Esse benefício foi intercalado com licença para tratamento de saúde da própria interessada, e licença-prêmio, o que deixa claro a impossibilidade do exercício regular de suas funções nesse intervalo de tempo, com evidentes e sérios prejuízos para a administração e para os educandos.

Fica, doutra parte, perfeitamente configurado a implementação da condição básica para outorga da licença, ou seja, enfermidade grave e prolongada de filha menor, comprovada pelo Departamento de Perícia Médica, que reconheceu, igualmente, a necessidade de assistência constante.

É o relatório.

O deslinde da questão implica, de imediato, na análise e interpretação da disposição legal pertinente.

Vejamos, pois, o teor do artigo 82 referido:

"Art. 82 — O membro do Magistério terá direito à concessão de licença por motivo de doença de ascendente, descendente, cônjuge, irmão ou pessoas que vivam às suas expensas, desde que prove ser indispensável sua assistência pessoal e permanente.

§ 1.º — Provar-se-á a doença mediante inspeção médica realizada pelo órgão competente, após preenchimento de formulário apropriado, que propicia o julgamento da indispensabilidade referida no artigo.

§ 2.º — A licença de que trata o artigo será concedida com vencimentos até o prazo de três meses, prorrogável até um ano a critério do Secretário de Educação.

§ 3.º — Em casos excepcionais poderá o Secretário de Educação prorrogar por mais um ano o prazo fixado no parágrafo anterior."

Trata-se, como se observa, de regra específica e extraordinária, configurando um princípio de política social, e que parte da composição predominantemente feminina do professorado.

Leva em consideração a dupla condição da mulher como prestadora de serviço público e responsável pela assistência doméstica, em caso de enfermidade no grupo familiar.

Particularmente concreta, e dolorosa, é a ilustração do caso em exame, quando se verifica a presença de sério problema de saúde em filha menor.

Quis, por outro lado, o legislador estabelecer limites ao benefício conferido, no resguardo do interesse público.

Fixou, assim, duas hipóteses previstas no parágrafo segundo e terceiro do artigo 82 precitado.

Trata-se, a nosso ver, de situações e alternativas distintas, para cuja correta interpretação impõe-se separá-las.

No primeiro caso, o do parágrafo segundo, estipula-se o prazo-limite de três meses para gozo da referida licença, com percepção dos vencimentos do cargo.

A utilização dessa vantagem depende, tão somente, do preenchimento das condições fixadas no parágrafo primeiro (doença comprovada mediante inspeção médica e indispensabilidade da assistência pessoal e permanente).

Previu-se, ainda, um acréscimo até o limite de um ano, a critério do Secretário de Educação.

A par da discricionariedade desta decisão, que a torna dependente do julgamento do titular da Pasta da Educação, que poderá concedê-la ou não, entendemos que abrange sempre o afastamento com os vencimentos do cargo.

Na segunda hipótese, a do parágrafo terceiro, levanta-se a viabilidade de uma nova prorrogação, em caráter excepcional, o que pressupõe o exame caso a caso, medida ainda discricionária mas, desta feita, sem a obrigatoriedade do afastamento com vencimentos.

A norma do parágrafo terceiro, redigida com uma imprecisão que levantou a dúvida do consulente, refere-se, quando cita o parágrafo anterior, meramente, à dilação do prazo.

Houvesse o parágrafo terceiro dito que poderia o Secretário, em casos excepcionais, prorrogar por mais um ano a licença, **nas condições do parágrafo anterior**, e não teríamos dúvida que o dispositivo estaria incluindo tanto a extensão do prazo como o pagamento dos vencimentos.

Limitou-se, porém, a regra jurídica em análise, a referir-se ao parágrafo anterior apenas no que diz respeito ao prolongamento do prazo.

Uma primeira constatação, portanto, é a de que não surgiu, para o administrador, obrigação legal de estender a licença com permanência da remuneração, o que estava claro no parágrafo segundo, mas não houve proibição de fazê-lo.

Nestas circunstâncias, entendemos que a discricionariedade contida no parágrafo terceiro tornou-se a mais ampla possível.

Não está o Secretário de Educação obrigado a conceder a licença do segundo ano **com vencimento**, mas poderia fazê-lo à luz dos elementos concretos que informam cada expediente.

Tomaria em consideração, nesse momento, tanto os interesses da Administração e dos usuários dos serviços educacionais, quanto às peculiaridades das circunstâncias trazidas ao seu julgamento, visando equacionar os dois elementos em presença.

Conviria, de qualquer forma, que a Administração desfizesse a dubiedade, contida no texto, encaminhando projeto de lei que definisse, cabalmente, a abrangência do parágrafo terceiro, optando por uma das três alternativas seguintes:

- 1) o segundo ano de licença dar-se-ia sem vencimentos;
- 2) tal prorrogação seria concedida com vencimentos;

3) ficaria a cargo do Secretário decidir, nos casos excepcionais, tanto a prorrogação do prazo quanto a concessão dos vencimentos, podendo atribuí-los isolada ou cumulativamente.

Relativamente à questão derradeira, como ficariam os casos de doença incurável, cabe destacar que o limite máximo de duração, nessa modalidade de afastamento, seja qual for a natureza da enfermidade, foi estatuído na lei e não pode ser ultrapassado.

Não se trata, todavia, de dois anos contínuos, uma vez que as interrupções para gozo de férias, licença-prêmio, etc., previstas no Estatuto, não integram o período da licença constante do artigo 82, pois, tratando-se de vantagens diferentes, permitidas legalmente, não podem ser somadas à figura da licença em exame.

Sublinhe-se, doutra parte, que a aplicação desse limite vincula-se à pessoa do familiar enfermo e à doença determinada que o acometeu.

Isto porque a determinação do "caput" do artigo 82 leva-nos, igualmente, a concluir que a possibilidade de nova licença reabre-se, sempre que forem implementadas as condições exigidas, tanto em relação a outro familiar como a nova enfermidade no mesmo.

O benefício é de natureza pessoal, particularizada no relacionamento entre o assistente e o assistido, a cada enfermidade que acometa o último.

Assim, poderia haver repetição do gozo da vantagem, obedecida a implementação das condições previstas na lei.

Cada uma dessas concessões, porém, não poderia ultrapassar a barreira dos dois anos, enquanto aplicação do artigo 82.

Ficariam excluídos dessa contagem, como se viu acima, os intervalos ou intercalações usufruídos sob o manto de outras figuras estatutárias.

De qualquer forma, sempre que a licença estender-se além dos três meses, entra em ação a discricionariedade do administrador, e o direito subjetivo só se completa com a publicação do ato do Secretário.

Fora disso, não há como falar em licença concedida, mas tão-só em recomendação do órgão médico, cujo laudo não cria direito automático, devendo ser executado à luz das normas estatutárias e dos assentamentos funcionais que se encontram na Secretaria de Educação.

ANTE O EXPOSTO, concluímos:

1) A licença, na previsão do parágrafo segundo do artigo 82, dar-se-á com vencimentos, mesmo quando se refere à prorrogação, após três meses e até um ano.

2) A extensão até dois anos, consoante as disposições do parágrafo terceiro, dar-se-á, facultativamente com vencimentos, a juízo do Secretário de Educação.

3) A duração máxima de cada licença é de dois anos, independente da causa mórbida.

4) É possível interrupção, a outro título (férias, licença-prêmio, etc.), sem incluírem-se tais períodos no prazo fatal da conclusão nº 3.

5) A concessão da licença poderá repetir-se sempre que se apresentem, em caráter novo, as condições previstas no Estatuto.

Este é, S. M. J., o parecer.

PORTO ALEGRE, 17 de janeiro de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.169, da lavra do Procurador do Estado Doutor JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Educação.

Em 17-1-83.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

SÍLVIA LA PORTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Constitucional na
UNISINOS

PARECER Nº 4.964

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Limites à fiscalização e ao controle exercido em entidade bancária (Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.) dado que: (a) a instituição é regida pela Lei nº 4.595 de 1964; (b) a Lei nº 6.223 de 1975 determina respeito às peculiaridades de funcionamento das entidades paraestatais (artigo 7º).

Inteligência do artigo 42 da Lei Estadual nº 6.850 de 1974, face aos termos do artigo 7º da Lei Federal superveniente, nº 6.223 de 1975.

Inexigibilidade pelos Inspectores da Corte de Contas do Estado de documentos e de informações que impliquem em quebra do sigilo bancário (artigo 38 da Lei nº 4.595 de 1964).

1. O PRESIDENTE DO BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S.A. dirige-se ao Procurador-Geral do Estado para formular consulta relativa a determinação das exigências dos Inspectores do Tribunal de Contas do Estado junto àquela entidade bancária.

2. A questão suscitada prende-se à circunstância de que os Inspectores daquela Corte do Estado, com arrimo em dispositivos da Constituição Federal (artigos 70 e seguintes), da Constituição Estadual (artigos 53 e 54), da legislação estadual (Lei nº 6.850 de 1974) e da Resolução nº 216/75, da mesma Corte, pretendem a exibição de determinados documentos e informações. Esclarece, a respeito, o consulente que a requisição envolve "*informes específicos sobre operações individuais, abrangendo inclusive o exame de fichas cadastrais de clientes determinados*" (fls. 4). Insurge-se contra esta prática, posto que implica em interferência no próprio mérito dessas operações, ao invés de se cingirem a simples veracidade dos registros contábeis do Banco.

Alerta para a legislação de regência das instituições bancárias, Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que submete as mesmas à fiscalização direta do Banco

Central e, ainda, para o preceituado na Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, que dispõe sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União.

3. Considerando o eventual conflito de competência entre leis federal e estadual e entre poderes e órgãos disciplinadores da entidade bancária, pergunta:

a) diante do texto do artigo 10 da Lei Federal nº 6.223, de 14 de julho de 1975, prevalece o disposto no artigo 42 da Lei Estadual nº 6.850 de 20 de dezembro de 1974?

b) em caso de resposta negativa, as informações a serem prestadas estão limitadas aos documentos aludidos no artigo 10 da precitada Lei Federal nº 6.223 de 1975?

c) podem ser negados aos Senhores Inspectores a serviço do controle Externo do Tribunal de Contas do Estado os documentos por eles requisitados?

Considerando a relevância das dúvidas suscitadas, pede o consultante uma orientação uniforme à administração do Banco, como órgão que é integrante do sistema financeiro estadual.

É o relatório.

4. O problema em exame tangencia questão competencial das entidades federativas, dado que compatibiliza texto de Lei Federal, Lei nº 6.223 de 1975 e texto de lei estadual, Lei nº 6.840 de 1974, reguladoras da fiscalização financeira e orçamentária da União e das atribuições do Tribunal de Contas do Estado, respectivamente.

A Lei nº 6.223 de 1975, editada pelo legislador federal, tem um dos seus suportes no texto constitucional (Emenda Constitucional nº 1 de 1969, artigo 8º, inciso XVII, alínea c) que prevê a normatização, pela União, de "*normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública*". Efetivamente, o legislador federal, em 10 artigos, fixou um regramento de caráter geral, delineando em grandes linhas, como se procederá à fiscalização financeira e orçamentária da União, dentro, portanto, do âmbito de sua legítima competência. Atendeu, neste sentido, a lição consagrada pela melhor doutrina constitucionalista brasileira, posta em relevo por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, quando assim se pronunciou a respeito:

*"A iniciativa federal é, assim, mais restrita, **ratione materiae**, porque as normas devem atribuir apenas as diretivas gerais, cuja profundidade varia naturalmente de acordo com o seu destino. Esgotar-se-á no terreno federal, será mais moderada, menos profunda, se ainda tiver de passar pelo crivo da legislação estadual, para se aplicar aos Estados".* (em **A Constituição Federal Comentada**, vol. I, 1948, p. 99).

Exemplo desta restrição às normas gerais é o artigo 10 da precitada lei federal, de teor:

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

Fixou-se, pois, o legislador federal em admitir ao Tribunal de Contas que tivessem acesso, com fins ao desempenho de suas atividades, a **relatórios, balanços anuais, certificados e pareceres**. Estes, pois, os documentos suficientes ao seu alcance.

5. Acresce que a Lei nº 6.223 tem ainda por fonte constitucional o artigo 70 da Carta Magna que reza:

*"Art. 70 — A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, **instituídos por lei**."*

A regra é da categoria das normas constitucionais de **eficácia limitada**, no insuperável esforço classificatório de JOSÉ AFONSO DA SILVA, em **Aplicabilidade das Normas Constitucionais** (2ª ed., p. 107 e seguintes). Aprofundando ali sua análise, considera esta categoria de normas como de **princípio institutivo**, "*porquanto contém **esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades**, pelo que também poderiam chamar-se **normas de princípio orgânico ou organizativo***" (op. cit. p. 112, grifado no original).

É precisamente a hipótese ora vertente. O artigo 70 e parágrafos do Estatuto Político Fundamental contém o embrião da instituição e dos princípios que servirão de pano de fundo inafastável para o legislador perfilar a fiscalização financeira e orçamentária dos órgãos públicos. E é de tal porte este instituto no todo do sistema constitucional brasileiro que os Estados, na sua organização de entes federativos, hão de respeitar, dentre outros princípios, este concernente ao controle do orçamento e das finanças estatais, a teor do artigo 13, inciso IV da denominada Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Quer dizer, o sistema de fiscalização externa das contas da União, há de ser instituído em lei, por comando constitucional. E, por comando de igual hierarquia, os Estados hão de respeitar o perfil, entre outros, deste **princípio** que é precisamente o controle do orçamento e das finanças públicas, o que, **in casu**, significa atentar ao regramento constante na Lei nº 6.223 de 1975.

6. A Lei Estadual de nº 6.850 de 1974, anterior à Lei Federal nº 6.223 de 1975, legitimamente editada com fulcro na competência residual (Emenda Constitucional nº

1 de 1969, artigo 8º, inciso XVII, letra c, parágrafo único), haveria, de qualquer modo, de ficar adstrita à determinação constitucional que exige respeito à lei federal. Quer dizer, no caso, a Lei nº 4.320 de 1964 que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e **controle dos orçamentos públicos**, o Decreto-lei nº 200 de 1967 quando disciplina **normas de administração financeira e de contabilidade** (Título X).

Para bem cotejar os diplomas ora examinados, vale transcrever o artigo 42 da precitada Lei Estadual nº 6.850, "verbis":

"Art. 42 — Para o exercício da auditoria financeira e orçamentária o Tribunal de Contas:

.....
II — Receberá uma via dos documentos a seguir enumerados:

a) atos relativos à programação financeira de desembolso;

b) balancetes de receita e despesa;

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

d) rol dos responsáveis.

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

.....
§ 2º — Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal de Contas em suas inspeções."

7. A edição deste diploma legal, a par de trazer o disciplinamento do Tribunal de Contas do Estado, contém uma série de regras pertinentes à fiscalização financeira e orçamentária do Estado, posto que, à evidência, aquele é o órgão com competência para exercer tal controle, a teor do artigo 52 da Constituição do Estado.

A moldura onde se insere esta **legislação estadual supletiva** tem recebido da doutrina o seguinte tratamento, na expressão clara de CARLOS MAXIMILIANO (em **Comentários à Constituição Brasileira**, vol. 1, 4ª ed., 1948, p. 204):

*"Não se trata apenas da admissibilidade de lei estadual **supletiva**, isto é, de suprir as **deficiências** do preceito federal; mas também de*

complementar, isto é, que adicione pormenores à regra primitiva nacional. Não é lícito, entretanto, INOVAR: cada Estado ficará adstrito à orientação traçada pelas normas positivas promulgadas pela União. A interferência da legislação local visará apenas as NECESSIDADES E PECULIARIDADES REGIONAIS, providências de ordem pública, que indistintamente se coadunem com o sistema, as exigências e as outorgas de origem federal". (destaques do original).

8. Ocorre que, na hipótese ora vertente, a legislação federal superveniente, texto de 1975 que seguiu-se ao texto estadual de 1974, estabeleceu de modo inequívoco que:

Artigo 7º — Com a nova redação trazida pela **Lei nº 6.525, de 11 de abril de 1978:**

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

§ 1º — A fiscalização prevista neste artigo respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia.

§ 2º — É vedada a imposição de normas não previstas na legislação geral ou específica. (Grifou-se).

*§ 3º — A União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou entidade da respectiva Administração Indireta que participe do capital de empresa privada detendo apenas a metade ou a minoria das ações ordinárias exercerá o direito de fiscalização assegurado ao acionista minoritário pela Lei das Sociedades por Ações, não constituindo aquela participação motivo da fiscalização prevista no **caput** deste artigo".*

9. Ressaltam duas questões de relevante porte para o trato da matéria, a seguir expostas:

a) a primeira diz respeito à previsão constante no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 6.223 que veda imposições outras, cuja origem não seja legal. A previsão, rigorosamente, é supérflua, posto que é mandamento constitucional, erigido à condição de direito individual (Emenda Constitucional nº 1 de 1969, artigo 153, § 2º, Capítulo IV, "Dos Direitos e Garantias Individuais") que:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Quer dizer, o **princípio da legalidade** anuncia que só há obrigação **ex lege**. Ou dito de outro modo: *"Só a lei limita a atividade humana"*, conforme PONTES DE MIRANDA, em **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo V, p. 5.

Tem-se aqui um *"sinal vermelho"* para o administrador público de tal modo que os decretos regulamentares, as instruções, portarias, resoluções ou avisos não possam desbordar das fronteiras do comando legal, sob pena de irremediável inconstitucionalidade.

É precisamente dentro deste balizamento que se há de lidar com a Resolução nº 216 do Tribunal de Contas do Estado, que aprovou a Instrução nº 1 de 1975. Ali lê-se que as inspeções ordinárias terão a finalidade de verificar a situação do numerário em Caixa e Bancos, bem como títulos e valores (inciso III, alínea d). Lê-se também que as equipes credenciadas poderão requisitar **documentos** ou **informações necessárias**, devendo comunicar à Divisão os casos de sonegação, para os fins do artigo 42, § 3º, da Lei nº 6.850/1974. Sublinhe-se que, em nome do princípio de legalidade, estes **documentos** e **informações** necessários não de ser apenas e tão-somente aqueles que a lei determinou sejam exibidos.

Disse-o PONTES DE MIRANDA de modo inecredível:

"Se ao Estado importa que se faça ou não se faça alguma coisa, que o diga em lei (...). O decreto somente pode vincular ao ato ou à omissão se cabe na competência do Presidente da República, ou do Governador, ou do Prefeito a regra jurídica que se decreta. Dá-se o mesmo a propósito dos regulamentos: com eles se regula, não se legisla. Não se falou de instruções, nem de avisos, nem de portarias. Com as instruções só se pode instruir. Com os avisos só se pode avisar. A portaria lembra a ordem ou mando ao porteiro, ou aos porteiros". (op. cit., p. 3).

Fica, pois, afastada, em absoluto, a exigência de qualquer obrigação que não **ex lege**.

10. b) A segunda ordem de indagação pretende pôr em foco o tormentoso problema atinente ao direito federal superveniente a direito local, em matéria de competência concorrente. É precisamente este o fulcro da questão posta, dado que temos um texto estadual que, a par de ser minudente, prevê ainda, com vistas à auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas estaduais que:

"Art. 42 — ..."

§ 2º — Nenhum processo, documento, ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal de Contas em sua inspeção".

Dá-se que a lei federal superveniente, Lei nº 6.223 de 1975 com a nova redação trazida pela Lei nº 6.525 de 1979, nos dispositivos supramencionados indica que a fiscalização nas *"entidades com personalidade jurídica de direito privado"*, há de limitar-se *"à exatidão das contas e legitimidade dos atos"*, impondo que se **respeite "as peculiaridades de funcionamento da entidade"** (artigo 7º, § 1º). Ademais, conforme já referido supra, cinge-se, no julgamento das contas ao exame de **relatórios, balanços, certificados e pareceres** dos auditores (artigo 10 da Lei nº 6.223).

Estamos frente à hipótese bem apanhada pelo brocardo alemão de que direito federal corta direito local (*Reichsrecht bricht Landsrecht*). O tema é tratado por PONTES DE MIRANDA de modo incomparável, no direito brasileiro, nos seguintes termos:

"(...) se sobrevém direito federal com o qual seja incompatível a regra jurídica local, revogada está ou derogada está na parte em que o for". (**Comentários à Constituição de 1967**, Tomo II, p. 170).

Prossegue sua análise demonstrando que, fixados os pressupostos pela lei federal, dizendo-os necessários e suficientes, *"a lei estadual não se choca com a lei federal somente quando dispense ou diminua as exigências"* (op. cit., p. 171). Cuida ainda que se tenha em mira a natureza do texto federal, pois em se tratando de atribuição do direito ou situação jurídica, *"tem-se o texto federal como exaustivo"* (...) **"sem margem para outras exigências"** (sublinhado no original).

E arremata categoricamente que *havemos de entender que onde a lei federal exaustivamente estatuiu, nada tem que estatuir a lei local"* (op. cit., p. 172).

É neste preciso sentido que se há de concluir que o direito federal superveniente cortou o direito local, nesta hipótese de competência concorrente, como solução para afastar a inadmissível cumulatividade legislativa.

11. Outra questão relevante que circunda o tema proposto, atine com a lei de regência das entidades bancárias, Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, determinando que é da competência privativa do Banco Central do Brasil a fiscalização das instituições financeiras (artigo 10, inciso VIII), nos moldes ali perfilados.

Este mesmo diploma legal exige, em regra de caráter cogente que:

"Art. 38 — As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados".

Prevê ainda que ao prestar informações ao Poder Legislativo, com fins de instruir Comissão Parlamentar de Inquérito, podem as instituições solicitar "*sejam mantidos em reserva ou sigilo*" (artigo 38 § 2º). Ainda dentro deste mesmo espírito, ficam os agentes fiscais da União e dos Estados limitados ao exame de documentos, livros, registros de contas ou depósitos, "*quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis*" (§ 5º do artigo 38). O mesmo sigilo acompanha os esclarecimentos e informações prestadas pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, sendo as mesmas de uso reservado (§ 6º do artigo 38). A quebra do sigilo é tipificada no Código Penal, artigo 154).

Tais referências objetivam trazer à lume algumas disposições da lei que regula as entidades bancárias e que:

- a) as submetem ao controle do Banco Central do Brasil;
- b) exigem tratamento sigiloso para as operações e os serviços prestados.

12. Do até então exposto temos que:

a) a entidade bancária é regida pela Lei nº 4.595 de 1964, ficando submetida à fiscalização do Banco Central do Brasil, como órgão que detém o controle da política financeira creditícia nacional, sob todas as formas;

b) a Lei Federal nº 6.223 de 1975 que traz as normas gerais para a fiscalização financeira e orçamentária da União, manda que no caso das entidades paraestatais, de personalidade jurídica de direito privado serão respeitadas as peculiaridades do funcionamento da entidade. Este respeito, tratando-se de instituições financeiras atine, necessariamente, com a regra do sigilo que envolve suas operações e serviços (artigo 38 da Lei nº 4.595);

c) a Lei Estadual nº 6.850 de 1974 nas exigências contidas em seu artigo 42 não prevalece no que concerne às entidades bancárias, face à Lei Federal superveniente nº 6.223 de 1975, no seu artigo 7º e muito especialmente face à lei da regência das instituições financeiras, Lei nº 4.595 de 1964 (artigo 38 e 44 § 8º);

d) as solicitações de documentos e ou informações constantes em Resolução do Tribunal de Contas só obrigam se e enquanto tiverem fundamento legal, em nome do princípio da legalidade, erigido à porte constitucional (Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 153, § 2º).

13. Passamos a responder, objetivamente, às três questões formuladas pelo consulente, na ordem:

1º) face ao texto do artigo 10 da Lei Federal nº 6.223 de 1975 não prevalece o disposto no artigo 42 da Lei Estadual nº 6.850 de 1974, pelo menos no que concerne às instituições bancárias;

2º) os documentos e informações a serem fornecidos aos Inspectores do Tribunal de Contas estão limitados aos aludidos no artigo 10 da pre dita Lei Federal nº 6.223, sendo inadmissível, por vício de inconstitucionalidade, que Resolução daquela Corte crie exigências novas, não previstas em lei;

3º) com assento no entendimento acima exposto e fundados no dever legal do sigilo bancário (artigo 38 da Lei nº 4.595), podem ser negadas aquelas informações e aqueles documentos que importem (a) exigências sem amparo na Lei Federal nº 6.223; (b) em quebra de sigilo, capitulado que é como ilícito penal.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 17 de maio de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 4.964, da lavra do Procurador do Estado Doutora SÍLVIA LA PORTA.

Restitua-se o expediente à Presidência do Banco do Estado.

Em 17-05-1982.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

VÍCIO REDIBITÓRIO

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

PARECER N.º 5.108

VÍCIO REDIBITÓRIO.

Sua caracterização, com pertinência a semovente adquirido em hasta pública, e que veio a perecer, após a tradição.

Inexistência da pretensão, por parte do arrematante, a receber outro animal, conforme requerido, visto ter operado a caducidade de seu direito.

Inteligência dos artigos 1.101 e 1.106, do Código Civil.

Versa o presente expediente sobre o pedido formulado por NILTON COSTA, de que lhe seja entregue um touro reprodutor, em substituição ao que adquiriu em hasta pública, realizada pela Estação Experimental Zootécnica de Tupanciretã, visto ter ocorrido o perecimento do primeiro, no dia 20 de dezembro de 1981, isto é, 26 (vinte e seis) dias após a data de sua aquisição e recebimento pelo postulante, fatos que se verificaram em 24 de novembro do mesmo ano.

O semovente era da raça charolesa, tatuagem n.º 776 H.B.B. 18.159 e atendia pelo nome de "*Dipan Riacho*", constando as demais características a ele pertinentes do Certificado de Inscrição, cuja cópia se encontra às fls. 04 do processo.

O exame técnico realizado pela Cooperativa Rural Serrana Ltda. (fls. 3), apontou como **causa mortis**, infecção causada por anaplasmosse, ou "*tristeza parasitária*".

Prefalada moléstia, na informação dada pelo Coordenador da Defesa Sanitária da Secretaria da Agricultura (fls. 10), apresenta ciclos evolutivos que se dividem em períodos de sete a dezesseis dias para a "*babésia*", e de vinte e cinco a quarenta e cinco dias para a "*anaplasma*".

Ponha-se em relevo que o interessado dirigiu sua postulação ao Diretor da Estação Experimental, no sentido de obter a entrega de outro animal, somente 48 dias após a data da tradição do que foi arrematado, ou ainda, 22 dias após a morte daquele (fls. 3).

Consoante se pode depreender dos elementos constantes do processo, duas posições antagônicas se formaram, entendendo uns que é do **jus** do arrematante receber outro animal em lugar do que pereceu, e outro, em sentido negativo.

Adotaram o primeiro entendimento o Coordenador da Defesa Sanitária do IPZ-FO (fls. 10) e a Assessoria Jurídica da Secretaria da Agricultura (fls. 15 e 16), embora apresentando diferentes fundamentos.

Refere o primeiro, ter-se louvado nos laudos veterinários, ressaltando, ainda, que, posição contrária comprometeria a tradição de bons serviços e o prestígio da Estação Experimental Zootécnica de Tupanciretã.

Embora o mesmo Coordenador alegue não ter ficado claro se o animal morreu por infestação adquirida na Estação Zootécnica de Tupanciretã, ou por aquela que apresentava no dia de sua morte, sugere que o laudo de fls. 03 que, conforme já se frisou, deu como causa da morte a anaplasnose, esteja correto.

Já a Assessoria Jurídica da Secretaria argumenta que, embora tenha se configurado vício redibitório, o pedido formulado pelo requerente o foi a destempo, visto incidir sobre a espécie o parágrafo 2º, do artigo 178, da Lei Civil Brasileira, que estabelece o prazo de 15 (quinze) dias, contados da tradição da coisa, para a reclamação da existência do vício em tela.

Entretanto, na mesma informação, é sugerido o deferimento do pedido, com o argumento de que a Secretaria da Agricultura objetiva fomentar o aprimoramento técnico de nossos rebanhos e, com esse desiderato, busca colocar entre os criadores **espécimens** de elevada qualificação, o que, na hipótese sob análise, não ocorreu.

Ressalta, ainda, ser do interesse do mesmo Órgão a preservação do elevado conceito que desfruta nessa área de atividades, aconselhando, por isso, a adoção de medidas que não desmereçam tal propósito.

Encontra-se, após, outro pronunciamento no processo (fls. 16), oriundo de Órgão que não nos foi possível identificar, o qual, apesar de, **ab initio**, expressar sua concordância com a opinião da Assessoria Jurídica, manifesta a final, sua desconformidade com aquela, aduzindo que, nos termos do artigo 1.106 do Código Civil,

"Se a coisa foi vendida em hasta pública, não cabe a ação redibitória, nem a de pedir abatimento no preço."

Aponta, ainda, para a existência, no contrato assinado pelo arrematante, da cláusula quinta, na qual está expresso que *"não cabe ao comprador, a qualquer título, devolução do bem adquirido"*.

Acena, finalmente, para o artigo 10 da Lei nº 4.021, de 20 de dezembro de 1961, segundo o qual,

"Aceito o lance, sem condições nem reservas, os arrematantes ficam obrigados a cumprir as condições da venda anunciada pelo leiloeiro."

É o relatório.

Tocante à caracterização do vício redibitório, parece inexistirem dúvidas, pois, o laudo técnico, conforme já referido, apontou como **causa mortis** a anaplasnose, a qual em conformidade com o documento de fls. 10, apresenta um ciclo evolutivo que medeia entre vinte e cinco a quarenta e cinco dias.

Vale dizer, é extremamente improvável que a moléstia que causou a morte do animal não tenha seu ciclo evolutivo iniciado antes da sua entrega ao arrematante.

Embora caracterizado o defeito oculto, o deferimento do pedido formulado pelo arrematante encontra obstáculo no prazo, dentro do qual formulou sua postulação, vez que, somente veio a reclamar a entrega de outro animal, em lugar do que pereceu, 22 (vinte e dois) dias após ter se verificado aludido perecimento, conforme documento de fls. 03, ou ainda, 48 (quarenta e oito) dias desde a data da tradição.

Tal fato determinou, de forma irremediável, a caducidade do direito do peticionário, a teor do § 2º, do artigo 178, do Diploma Civil Pátrio, **verbis**:

"Prescreve:

§ 2º — Em quinze dias, contados da tradição da coisa, a ação para haver abatimento, do preço da coisa móvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato e reaver o preço pago, mais perdas e danos."

Em que pese o fato de alguns julgados de nossos pretórios terem amenizado o rigor do texto em foco, face a certas situações especiais, continua a melhor doutrina fiel à letra do mesmo.

É o caso, por exemplo de PONTES DE MIRANDA que, a respeito, é categórico, ao se expressar nos seguintes termos:

"1. Nascimento da pretensão à redibição nasce quando o outorgado recebe o bem com o vício do objeto. Por isso mesmo, a lei fixou prazo preclusivo, que nada tem com o conhecimento do vício (o artigo 178, § 2º, e § 5º, IV, do Código Civil é explícito). Assim, a pretensão pode nascer sem que outorgado sabia que nasceu, pois, também não sabia que

havia o vício do objeto. No momento da preclusão, o outorgado, que, tem de conhecer a lei, sabe que, se vício do objeto havia, a pretensão à responsabilidade por vício do objeto precluiu." (in "Tratado de Direito Privado", Parte Especial, Tomo XXXVIII, 3.ª edição — reimpressão, Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, p. 297/298).

Também esse é o modo de pensar de CÂMARA LEAL, *verbis*:

"266 — Ação redibitória de coisa móvel — Se o objeto da venda ou do contrato comutativo é coisa móvel, tanto a ação do adquirente para rescindir o contrato e reaver o preço pago, com perdas e danos ('actio redhibitória') como a ação para haver o abatimento do preço da aquisição ('actio quanti minoris'), só poderão ser intentadas dentro de quinze dias, contados da tradição ou entrega da coisa pelo alienante." (in "Da Prescrição e da Decadência", Forense, Rio, 2.ª edição, p. 350).

Na mesma direção, doutrina CARVALHO SANTOS, em sua obra "Código Civil Interpretado" (Parte Geral, Vol. III, 2.ª edição, 1937, Livraria Editora Freitas Bastos, p. 473):

"O prazo de prescrição é contado do momento da entrega da coisa, mesmo que somente depois venha o comprador a descobrir o vício oculto que ella trazia."

Finalmente, sobre o mesmo tema, assim disserta LUIZ F. CARPENTER:

"199 — Do ponto de partida da contagem do prazo da prescrição da ação redibitória ou da ação 'quanti minoris'. Já dissemos que o momento em que nasce a ação para o sujeito ativo, é também o momento a partir do qual começa a correr para o sujeito passivo dela, a prescrição.

Já dissemos, outrossim, que, não obstante essa regra geral, o Código, em cada um dos prazos de prescrição de curto prazo, do artigo 178, marcou, para maior clareza, o ponto de partida, não para confirmar a regra geral, tornando-a mais clara; mas sim para se afastar dela.

Com efeito, conforme a regra geral, o prazo de prescrição só deveria correr do momento em que o adquirente descobre o vício oculto da coisa, porque, na realidade, só então é que nasce para ele a ação.

No entanto, o Código diz que o prazo de prescrição começa a correr, fatalmente, do momento da entrega da coisa ao adquirente, muito embora só mais tarde venha este a descobrir o vício oculto da coisa." (in "Da Prescrição", Vol. II, 3.ª edição, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1958, p. 514).

Doutra parte, não fosse a existência do obstáculo gerado pela preclusão, nada mais impediria o atendimento à pretensão do requerente.

E isto porque, quanto à cláusula quinta do contrato por ele assinado, não exclui a mesma a responsabilidade da Secretaria, pela ocorrência da redibição, contrariamente ao opinado por um dos órgãos que se pronunciou no processo.

Consoante já referido, é o seguinte o conteúdo de sobredita cláusula:

"Não cabe ao comprador, a qualquer título, a devolução do(s) bem(s) adquirido(s) conforme cláusula primeira."

É possível considerar-se a cláusula reproduzida, como capaz de excluir a responsabilidade da Administração por vícios redibitórios, com a subsequente elisão do artigo nº 1.101 do Código Civil?

Pela forma de sua redação, somos forçados a concluir pela inaplicabilidade da mesma, à espécie em exame, valendo, por isso, ressaltar que a matéria continua, nesse aspecto, regida pelo citado mandamento legal.

Pode até a entidade alienante, com a inclusão de dita cláusula, ter desejado atingir tal desiderato, mas, a nosso modo de ver, foi infeliz nas expressões utilizadas em sua redação, deixando, **ipso facto**, ileso o direito do requerente, no que concerne à possibilidade de invocação do aludido artigo 1.101.

A essa conclusão se é levado, com respaldo na melhor doutrina, como é o caso do clássico CARLOS MAXIMILIANO que, discursando sobre a interpretação dos contratos e testamentos, afirma:

"Não é lícito fazer violência às palavras para atingir uma exegese mais aproximada da vontade, inspiradora, desconhecida, do ato. Quando se evidencia que a letra deste não corresponde ao intuito do estipulante, mostra-se apenas que a vontade efetiva, real, não foi **declarada** (grifo do autor), por isso, não tem existência jurídica, é um fato subjetivo apenas, sem valor nenhum para o intérprete, sem os característicos indispensáveis para se impor ao acatamento e ao apoio da coletividade.

Os pretórios fulminariam a tentativa de substituir o que as partes estipularam sem o desejar, pelo que pretenderam estabelecer porém não consta de palavras suas. O hermeneuta esclarece, não completa o texto; deduz a disposição definitiva, exequível, pelo que está especificado — no próprio ato jurídico, e não — algures." (in "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro — São Paulo, 1965, 8.ª edição, p. 353/354).

Apontando, após, os princípios de que se pode valer o intérprete para uma correta exegese dos atos negociais, refere o renomado autor, dentre outros, os seguintes:

"Os pactos, ou cláusulas, exorbitantes das regras do Direito comum interpretam-se estritamente." (op. cit., p. 361).

*"430 — XV. Para prevalecerem devem ser **expressas** (grifo do autor) as disposições de que resulte fiança ou garantia, RENÚNCIA (grifei), cessão, transação, e interpretam-se estritamente como os contratos benéficos."* (op. cit., p. 362).

435 — XX. Quando as regras enunciadas não bastem para solver as dúvidas, interprete-se a cláusula obscura ou ambígua:

a) contra aquele em benefício do qual foi feita a estipulação;

b) a favor de quem a mesma obriga, e, portanto, em prol do devedor e do promitente;

c) contra o que redigiu o ato, ou cláusula, ou melhor, contra o causador da obscuridade ou omissão.

Estas três regras comportam explicações:

a)

b) toda obrigação restringe a liberdade; por esse motivo, só prevalece quando provada, cumpridamente. "In dubio pro libertate".

c) todas as presunções militam a favor do que recebeu para assinar, um documento já feito. Às vezes pouco entende do assunto e comumente age com a máxima boa-fé: lê às pressas, desatento, confiante. É justo, portanto, que o elaborador do instrumento ou título sofra as consequências das próprias ambigüidades e imprecisões de linguagem..." (op. cit., p. 363 **usque** 364).

Na mesma direção, EMÍLIO BETTI que, dissertando sobre a interpretação dos atos negociais, na obra *"Teoria Geral do Negócio Jurídico"* (Coleção Coimbra Editora, Coimbra Editora Ltda., 23, Tomo II, 1969, p. 298), doutrina:

"No seguimento da tradição romana, que se manteve viva no direito comum, o artigo 1.137 estatuiu, semelhantemente, uma auto-responsabilidade a cargo da parte que, contrariamente ao ônus de falar claro, tivesse formulado em termos obscuros ou ambíguos os pactos

*contratuais em que era interessada, por serem destinados a criar obrigações ou limites à contraparte, e desse modo impunha que se interpretassem tais factos no sentido que resultasse menos oneroso para esta. A justificação prática deste critério é clara e plausível: é ônus do proponente formular claramente as cláusulas redigidas no seu **interesse** (grifo do autor); se não o fez, deve sofrer as consequências do facto."*

Do que foi visto, não se pode admitir a aplicação da cláusula quinta da avença, a hipóteses outras que não aquela ali expressamente mencionada. Admitir-se interpretação ampliativa da mesma, seria afrontar consagrados princípios de hermenêutica.

Postas assim as coisas, conclui-se que, sob o aspecto contratual, emergiria a responsabilidade de Secretaria, pela ocorrência de vícios redibitórios, face à inexistência, no contrato firmado, de disposição que a elida, concernente à situação fáctica que se configurou.

Decorrente de tal inexistência, incide, com toda força, o preceito contido no artigo 1.101 do Estatuto Civil Pátrio, no qual está prevista eficácia natural (*"naturalia negotii"*) do negócio jurídico, que dele decorrerá, sempre que inexistir exteriorização volitiva dos declarantes, em sentido diverso, ou até oposto ao que nela se contém.

Tal assertiva é pacífica em doutrina e, apenas a título de ilustração, vale transcrever, a respeito, a lição de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, exposta nos seguintes termos:

"Elementos naturais.

*Elementos naturais dos negócios jurídicos são os efeitos que eles produzem sem necessidade de estipulação correspondente, mas que podem ser excluídos por cláusula em contrário. São os efeitos que se produzem por força de disposições legais supletivas, sendo inútil qualquer cláusula no mesmo sentido. O critério adaptado para a determinação dos **naturalia negotii** é portanto o da relação que intercede entre os efeitos do negócio jurídico e o conteúdo da declaração ou declarações de vontade que essencialmente o constituem."* (in *"Teoria Geral da Relação Jurídica"*, Livraria Almeida, Coimbra, 1972, Vol. II, 3ª reimpressão, p. 35).

Cumpra, ainda, tecer algumas considerações a respeito da incidência ou não, do artigo 1.106, sempre do Código Civil, sobre a situação **sub examine**, para se saber se, em razão dele, estaria ou não a Administração liberada da responsabilidade por defeitos ocultos, apresentados pela coisa transacionada.

Sobredita norma, já se ressaltou alhures, estabelece o descabimento da ação redibitória ou da **quantī minoris**, na hipótese de ter sido a transação realizada em hasta pública.

A doutrina a respeito da matéria é extremamente vacilante, opinando alguns que aludida disposição aplica-se tanto aos leilões judiciais como aos extrajudiciais.

Nessa corrente de opinião inclui-se, dentre outros, PONTES DE MIRANDA que, de forma sucinta e, embora sem qualquer fundamentação, afirma:

"2. ABRANGÊNCIA. — O artigo 1.106 do Código Civil também incide em caso de leilão extrajudicial, mas há a responsabilidade pelo dolo ou culpa..." (in "Tratado de Direito Privado", Borsoi, Rio de Janeiro, 3ª edição — reimpressão, 1972, Tomo XXXVIII, p. 305).

Num segundo posicionamento, opiçam diversos doutrinadores pela aplicabilidade do preceito legal em foco, somente se se tratar de hasta pública obrigatória.

Desse modo de pensar é CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que se expressa nos seguintes termos:

*"Também não cabe responsabilidade se a coisa for alienada em **hasta pública** (grifo do autor), não só porque a sua exposição prévia possibilitaria minucioso exame, como ainda pelo fato DE SER FORÇADA (grifei), em processo judicial, em que se realiza por autoridade da justiça.*

Aliás, é de se esclarecer que por venda em hasta pública deve entender-se a que se faça compulsoriamente (penhora em ação executiva, venda por determinação judicial em inventário, venda de bens de órfãos, etc.), pois que, se o interessado livremente escolheu o leilão para a alienação, subsistirá a garantia." (in "Instituições de Direito Civil", Vol. III, Forense, Rio — São Paulo, 2ª edição, p. 86).

Parece-nos que, à solução da controvérsia, não interessa saber se a alienação, realizada através de leilão, foi levada a termo pela autoridade judicial, pela administrativa ou mesmo por qualquer particular.

O ponto nodal da questão reside na necessidade do preenchimento dos seguintes requisitos:

1º) ter sido a venda forçada;

2º) não ter sido tal ato de alienação praticado pelo proprietário do bem, pois, nesse caso, não pode ele responder por um fato a que, ao menos diretamente, não deu causa.

Sem a presença de tais pressupostos, não se pode cogitar da aplicação do mandamento legal em referência.

Nosso modo de pensar encontra respaldo em diversos autores, como é o caso de CARVALHO SANTOS, o qual preleciona:

"Atente-se que só a essas alienações, feitas em cumprimento de lei, se applica a disposição do presente artigo pela simples razão de que o alienante não poderia ser responsabilizado pela transmissão que não promoveu, donde excluir-se qualquer exigência de garantia contra elle." (in "Código Civil Brasileiro Interpretado", Vol. XV, 2ª edição, 1938, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio, p. 376).

Dáí se conclui que, embora o Poder Público, talvez na maioria das situações, esteja obrigado por lei, à realização de certames públicos para a venda de seus bens, não se pode valer da regra em apreço para desobrigar-se da responsabilidade ali consignada, em hipóteses configuradoras da redibição, visto não preencher o segundo dos requisitos apontados.

Dessa sorte, o fato de ter ocorrido a aquisição do animal em hasta pública, em nosso modo de entender, não seria, de si só, obstáculo ao atendimento da pretensão do peticionário, visto a inaplicabilidade, à espécie, do artigo 1.106 do Código Civil.

Tocante ao artigo 10, da Lei 4.021, pela ausência de elementos no processo, capazes de esclarecer quais as condições de venda anunciadas pelo leiloeiro, se é que tal ocorreu, impediu-nos de expender considerações a respeito da aplicabilidade ou não, do preceito legal em causa, com vistas à hipótese objeto da presente indagação.

Doutra parte, releva considerar, por oportuno, que a sugestão de deferimento à postulação do arrematante, apresentada pelos órgãos da Secretaria da Agricultura, e fundada no fato de que, decisão oposta comprometeria a tradição de bons serviços, o prestígio da Estação Experimental realizadora do certame, e ainda, com o argumento de que aquela Secretaria objetiva fomentar o aprimoramento técnico de nossos rebanhos, envolve juízo de conveniência, o qual, obviamente, refoge à nossa alçada emitir.

EM CONCLUSÃO, e objetivando diminuir as possibilidades de reclamação dos arrematantes, em situações como a presente, sugerimos a substituição da cláusula

quinta do contrato de compra-e-venda de animais, firmado entre a Secretaria da Agricultura e os adquirentes dos mesmos, pela que pode ser vazada, mais ou menos, nos seguintes termos:

"Cláusula quinta — A SECRETARIA não se responsabilizará pelos vícios redibitórios de que eventualmente seja portador o animal arrematado, inaplicando-se à presente transação o artigo 1.101 e seguintes ao Código Civil Brasileiro."

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 22 de novembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.108, da lavra do Procurador do Estado Doutor ADNOR GOULART.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Agricultura.

Em 22-11-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

REMUNERAÇÃO DE DIRETOR DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

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

PARECER Nº 4.766

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CESA.
Situação dos empregados guindados à posição de Diretores.
Forma de remuneração. Opção.
Interpretação de disposições estatutárias.
Incidência da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 — Lei das Sociedades Anônimas.

Solicitou o Diretor-Presidente da COMPANHIA ESTADUAL DE SILOS E ARMAZÉNS — CESA — fosse por esta Procuradoria-Geral do Estado — procedida a análise e interpretação das disposições constantes dos parágrafos 9º e 10 do artigo 23 dos Estatutos Sociais da entidade que tratam da situação dos empregados guindados à posição de Diretores da Companhia.

Especialmente, ainda, visando resguardar responsabilidades administrativas, pediu fossem respondidos os seguintes quesitos:

"1.º) Em que oportunidade, ao findar o mandato, o funcionário que fora eleito diretor deve manifestar sua opção?"

2.º) A opção por uma das situações previstas no parágrafo 9.º pode ser repetida, isto é, ora por uma, depois por outra?"

3.º) Qual é a extensão do termo "disponibilidade" e que tipo de obrigações funcionais cabem a quem assim se encontra?"

4.º) Os Diretores têm sua remuneração fixada pela Assembléia Geral; os que forem funcionários ou servidores estaduais podem optar entre esta ou a que lhes cabe na qualidade de servidores. No caso de fazerem a opção pela remuneração funcional, esta assume a característica de remuneração de Diretor?"

5.º) O ex-Diretor, funcionário, que não permanece em disponibilidade de honorária, tem direito à verba de representação prevista no mencionado parágrafo 10?"

Por intermédio do Secretário da Agricultura Substituto, o expediente foi encaminhado a este Órgão.

É o relatório.

2. Segundo consta do expediente, a CESA, através de uma Assembléia Geral de acionistas, realizada a 11 de julho de 1975, com a aprovação do acionista majoritário, Estado do Rio Grande do Sul, teve seus Estatutos Sociais alterados, visando incluir novas disposições que preservassem os direitos dos Diretores egressos do quadro funcional, no momento em que cessasse o mandato.

Resultou daí, que os parágrafos 9º e 10 do artigo 23 dos Estatutos Sociais passaram a conter a seguinte redação:

"§ 9º — O funcionário da CESA eleito para ocupar o cargo de Diretor poderá optar entre a sua remuneração de funcionário, incluídas todas as vantagens, ou a de Diretor, ficando-lhe, também, preservados todos os direitos funcionais quando cessar o mandato, inclusive o de retorno ao mesmo cargo comissionado de origem.

Não se verificando o retorno previsto, por qualquer motivo, fica-lhe assegurada a disponibilidade honorária, com direito a perceber a remuneração idêntica a de Diretor.

§ 10 — No caso de opção pela remuneração funcional, poderá perceber a parte referente à verba de representação."

Por outro lado, a Lei RS nº 5.836, de 20 de outubro de 1969, que autorizou a constituição da CESA, determinara:

"Art. 12 — A Diretoria Executiva terá três Diretores: Presidente, Técnico e de Operações.

§ 1º — Um dos Diretores deverá ser escolhido dentre os funcionários da Companhia."

Cumprido, igualmente, que sendo a CESA, sociedade de economia mista, conforme ficou assentado na norma legal que a criou, entidade, portanto, da Administração Pública Indireta, com personalidade jurídica de direito privado e revestida da forma da sociedade anônima, está sujeita às disposições da legislação federal mercantil que regula tal tipo societário, vale dizer, a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. As economias mistas possuem, inclusive, capítulo destacado em tal diploma legal, ficando, expressamente, consignado, *"verbis"*:

"Art. 235 — As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal."

3. Fixadas tais premissas, responderemos um a um os quesitos formulados, ao mesmo tempo em que, de acordo com as regras legais incidentes na espécie, procuraremos fornecer a exegese adequada às disposições estatutárias.

1) O funcionário da CESA eleito para ocupar o cargo de Diretor deverá manifestar sua opção entre a modalidade remuneratória que mais lhe convém após a eleição e antes do início do exercício do mandato.

O que nos leva a tal concluir, decorre do fato de que, apesar de não estipulado de forma expressa tal momento na disposição estatutária em apreço, refere-se que *"o funcionário da CESA eleito para ocupar o cargo de Diretor, optará..."*. Implícito ficou que a escolha deve ser expressada quando ainda estiver o funcionário na condição de eleito e não, propriamente, no cargo de Diretor.

Quando muito poderia se admitir que a opção fosse revelada no **início** do mandato mas não ao seu **término**, como se pretende. Isso porque a opção produzirá seus efeitos **durante** o exercício do mandato, período no qual lhe será assegurada a forma remuneratória escolhida. Ao seu final e quando retornar o empregado ao cargo de origem, decisão mais nenhuma a respeito lhe é deferida, pois, neste instante ficará sempre apenas com sua remuneração funcional.

2) A resposta a este segundo quesito está intimamente ligada à solução da proposição acima anunciada. Se o empregado opta ainda na condição de eleito, a repetição ou alteração da opção só seria cogitável enquanto não se tiver também dado início ao exercício do mandato de Diretor.

Cumprido ademais considerar que, de acordo com o verbete enunciado no *"Novo Dicionário da Língua Portuguesa"* de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, optar significa *"decidir-se por uma coisa (entre duas ou mais)... preferir, escolher"*. Por importar em poder de decisão que pressupõe, inclusive a aceitação por parte de quem a escolhe, não deve a opção ser alterada. Acrescente-se, igualmente, que o optante, no momento de exercer o ato, tem a livre faculdade de eleger qual das situações mais lhe convém.

3) O instituto da disponibilidade remunerada é próprio do regime de trabalho público, institucional e, portanto, do funcionário público *"stricto sensu"*, conceito no qual não estão incluídos os empregados das companhias de economia mista.

A Constituição Federal assegura tal direito ao funcionário estável na hipótese de extinção do cargo ou quando declarada sua desnecessidade pelo Poder Executivo (artigo 100, parágrafo único). Por sua vez, o Estatuto do Funcionário Público Ci-

vil do Estado, em seu artigo 174, dispõe que o servidor estável será posto em disponibilidade remunerada quando seu cargo for suprimido por lei e for impossível seu aproveitamento em outro equivalente por sua natureza ou vencimento.

Na legislação trabalhista não nos deparamos com regra alguma que regulamente tal instituto. Ademais, parece-nos evidente que será situação bastante insólita e pouco comum dentro do âmbito da empresa, fosse o empregador colocar algum empregado em "*disponibilidade remunerada*". Vale dizer, ganhar sem trabalhar.

O fato poderá dar ensejo, inclusive, a uma rescisão indireta do contrato de trabalho, com fundamento no artigo 468 combinado com o artigo 483, "d", ambos da CLT, vez que é direito do empregado trabalhar, direito esse que, violado pelo empregador, configura justa causa para a rescisão indireta.

Ficou assentado, em reiteradas manifestações da doutrina e da jurisprudência, adotadas em pronunciamento desta Casa, que o empregado que passa a exercer as funções de Diretor de uma sociedade anônima é considerado órgão da pessoa jurídica, motivo pelo qual não entretém com ela qualquer vínculo de natureza empregatícia. É-lhe assegurado, tão-somente, nos termos da Consolidação das Leis Trabalhistas, artigo 450, o cômputo de tempo de serviço naquela função bem como a volta ao cargo anterior. É de se ver, contudo, que quando ele deixa tal função de confiança, ele passa novamente a ter sua relação de trabalho sob a égide da CLT.

Se a CLT não permite tal tipo de "*disponibilidade*" e nem serve de paradigma àquele próprio do regime público institucional, onde então buscar a extensão do termo disponibilidade, como se pretende?

O enunciado constante do § 9º do artigo 23 dos Estatutos Sociais nos poderia levar a concluir, apressadamente, que este poder de colocar o funcionário em disponibilidade é bastante amplo, pois tal se daria sempre que, por qualquer motivo, mesmo podendo ser a recusa do empregado, não ocorresse a reversão ao cargo anterior.

Tal contudo não é a exegese consentânea com as disposições da Lei das Sociedades Anônimas, à qual também a CESA está sujeita. Senão vejamos.

O referido diploma federal, ao tratar da remuneração dos administradores, dispõe:

"Art. 152 — A Assembléia Geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado a suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado." (grifei).

Extraí-se de tal regra cogente (eis que não se considera a possibilidade de os Estatutos Sociais dispor diversamente) que a Assembléia Geral, ao fixar a remuneração de seus administradores, dentre os quais se incluem os membros do Conselho de Administração e os que compõem a Diretoria (artigo 138 da Lei nº 6.404/76), deverá, obrigatoriamente, ater-se aos critérios declinados na lei, mas especialmente, e é o que por ora nos interessa, ao fator **tempo** por eles dedicados às suas funções. Conseqüentemente, sempre que a Assembléia deliberar a respeito da remuneração de um Diretor e o "*quantum*" fixado não estiver em correspondência com o tempo por ele utilizado para o efetivo exercício do mandato, não se poderá dizer que o órgão tenha levado em consideração aquele fator.

Ora, se tal norma moralizadora procurou evitar que os Diretores percebessem honorários elevados e dedicassem carga horária reduzida às suas funções, parece-nos mais grave, ainda, e conflitante com o espírito da lei, que se possa atribuir a um empregado, pelo só fato de ter sido Diretor, remuneração idêntica a daquele, sem que esteja prestando serviço algum à Companhia.

Assim sendo, se na legislação juslaborista não está prevista tal disponibilidade configurando mesmo situação ilegal, se é inadequada aquela prevista para o funcionário público estatutário e estável, se frente às disposições cogentes da Lei das Sociedades Anônimas não poderia o Estatuto Social dispor desta forma sob pena de ao Estado, na qualidade de sócio majoritário e desempenhando o papel de acionista controlador (artigo 238 da Lei nº 6.404/76) ser imputada a responsabilidade por alteração estatutária abusiva (artigo 117, § 1º, "c" do mesmo diploma legal) e, mais ainda, por se tratar de dinheiro público indisponível para o administrador que fica impedido de distribuir "*benesses*" de tal porte, devendo seguir com rigor o disposto na lei, afigura-se-nos inexequível e ilegítima a situação ali prevista, razão pela qual sugerimos a modificação da redação atual do § 9º do artigo 23 a fim de que dela seja expurgada a figura da "*disponibilidade honorária*", com remuneração idêntica a de Diretor.

Ademais, a garantia de retorno ao cargo **comissionado** de origem há de se entender apenas o direito à respectiva remuneração quando ela tenha efetivamente aderido ao contrato de trabalho nas condições anteriores ao do exercício do mandato de Diretor. Não será, desta maneira, pelo fato de ter sido Diretor que a gratificação correspondente ao desempenho do cargo em comissão terá aderido ao seu salário. A reversão efetiva ao cargo comissionado ficará sempre na dependência da deliberação subjetiva da nova Diretoria, pois seria um contra-senso, seria contrário à natureza do cargo, obrigar-se alguém a colocar empregado em função da qual dependa mas onde inexistia o fator confiança.

Os Estatutos Sociais deverão ter em mira apenas a proteção do justo interesse do empregado, de acordo com os direitos que lhe são assegurados pela legislação celetista, mas não ao ponto de ferir interesses da Companhia, dos acionistas e, reflexamente, do próprio Estado, quando se tratar de economia mista.

4. No caso de os Diretores optarem por sua remuneração funcional, na qual estão incluídas todas as vantagens, não adquire esta a qualidade de "remuneração de Diretor". Pode-se afirmar que a remuneração funcional, é apenas, por algum período, a remuneração percebida por **um dos Diretores**, mas não assume a categoria de remuneração **de Diretor**, que se restringe àquela fixada pela Assembléia Geral.

5. O ex-Diretor, funcionário que não permanece em disponibilidade não tem direito à verba de representação prevista no parágrafo 10 do artigo 23 dos Estatutos, porquanto o pagamento daquela está condicionado ao exercício da função, "*si et in quantum*". Deve ser percebida apenas enquanto o funcionário está prestando o serviço que a enseja. Trata-se de típica gratificação "*pro labore faciendo*" a qual, cessado o trabalho que lhe deu suporte, extingue-se sua razão de ser e, portanto, seu pagamento.

6. EM CONCLUSÃO, opino no sentido de que se deva expurgar da redação atual do § 9º do artigo 23 dos Estatutos Sociais da CESA, a situação de "*disponibilidade honorária*" ali prevista, por ser a mesma ilegal frente às normas federais incidentes na espécie. De outro lado, a opção pela forma remuneratória do empregado guindado à posição de Diretor da Companhia deve ser manifestada após a eleição e antes do exercício do mandato, podendo ser repetida durante este período. Acrescente-se, também que o empregado que, durante o exercício do mandato de Diretor, optar por sua remuneração funcional não adquire esta a qualidade de "*remuneração de Diretor*" na forma dos Estatutos Sociais e a verba de representação auferida em razão de desempenho de tal função é percebível apenas "*si et in quantum*".

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 17 de agosto de 1981.

Acolho a conclusão do Parecer nº 4766, da lavra do Procurador do Estado Doutora ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Agricultura.

Em 17.08.1981.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

CONTRATO DE EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.148

OBRA PÚBLICA contratualmente ajustada pelo seu todo, sujeita a execução parcelada à emissão de ordens de início de serviço.

Responsabilidade do Poder Público pela parcela executada independentemente de prévia autorização.

Critério de reajuste.

A COMPANHIA ESTADUAL DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS — CEDRO firmou com a firma KNORR CONSTRUÇÕES LTDA., com fundamento em contrato de prestação de serviços especializados de consultoria, obras civis, etc., acordado com a SECRETARIA DO INTERIOR DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS PÚBLICAS — SDO e dando cumprimento à Autorização de Serviços nº 6/80, contrato de empreitada por preço global, com reajustamento, para construção da parte final da estrutura de concreto armado, do bloco das Secretarias do Centro Administrativo do Estado do Rio Grande do Sul.

A obra foi contratada globalmente, mas a execução de cada etapa ficou condicionada à emissão por parte da CEDRO das respectivas Ordens de Início de Serviço — OIS, dependentes estas da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Governo do Estado.

Através da OIS datada de 26 de janeiro de 1982, foi a firma contratada autorizada a executar os serviços ali expressamente enunciados, até o valor indicado na mesma, incluído neste as parcelas de serviço e reajustamento, calculado o último nos termos da cláusula sétima do contrato.

A empreiteira executou não só os serviços autorizados, mas, acreditando que a liberação de novos recursos se daria em breve tempo e pesando a inconveniência técnica e social de desmobilizar os empregados em serviços na obra, adiantou uma etapa na construção, por sua conta e risco, mediante emprego de recursos próprios. Estes esgotados e na ausência de nova liberação de recursos por parte do Governo do Estado, viu-se na contingência de paralisar os serviços e tomar as providências que não adotara na data em que concluiu o objeto de OIS, daí se concluindo que, aplicou à Contratante a multa prevista na cláusula oitava do contrato.

No momento atual, quando vem de ser liberada nova parcela de recursos destinada à complementação da obra e quando se pretende efetuar o pagamento, entende a firma contratada haver a contraprestação reajustada até o momento do pagamento e não na forma determinada pelo contrato, ou seja, referentemente à época em que se realizaram os serviços.

Dado o impasse solicita o Sr. Presidente da CEDRO o pronunciamento desta Procuradoria, colocando especificamente as seguintes questões:

1. Como devem ser calculados os reajustamentos: à data da efetiva execução dos serviços ou à data da existência dos recursos que permitem pagar estes serviços?

2. Em qualquer das hipóteses levantadas, cabe ao Estado, através da SDO autorizar formalmente o procedimento ou à vista da existência do Contrato-Chave e conseqüentes AS, poderá ser automático o repasse do ônus à Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas?

É o Relatório.

A solução há de ser encontrada frente ao detido exame das cláusulas contratuais que, no particular, são bastante claras, cabendo, de início, verificar da responsabilidade do Estado frente à parcela não autorizada e, não obstante, executada pela firma empreiteira.

Prevê o contrato em sua cláusula primeira, item 1.1 que *"os serviços objeto deste contrato serão executados mediante a emissão de Ordens de Início de Serviços parciais que em seu valor computarão o custo dos serviços acrescidos do reajustamento"* e, na cláusula oitava, item 8.2, acrescenta que *"a CEDRO poderá em qualquer ocasião, no todo ou em parte, suspender temporária ou definitivamente os serviços objeto deste contrato"*, caso em que ficaria obrigada ao pagamento da multa contratual prevista nos itens 8.3 ou 8.4, conforme o caso.

Ora, autorizada a firma a executar uma etapa perfeitamente delimitada, até este limite deixou expresso a CEDRO o seu interesse na execução dos serviços, podendo, fato superveniente informar a desnecessidade ou falta de conveniência para o Estado na consecução dos trabalhos, motivo que levou o Administrador a fazer constar expressamente no contrato o dispositivo supratranscrito facultando à Contratante a suspensão temporária ou definitiva das obras.

Inobstante isso, é bem de observar que a CEDRO se comprometeu a fornecer o concreto necessário à execução dos serviços (cláusula segunda, item 2.2), além do que, nos termos do contrato firmado entre a CEDRO e a SDO, obrigou-se a primeira a submeter à Secretaria, até o décimo quinto dia de cada mês, o balancete dos ser-

viços contratados pela Autorização de Serviços, quando executados pelo regime da administração. Portanto, vale ressaltar, que, ainda que tacitamente, tanto a CEDRO quanto a SDO tinham conhecimento e deram sua aprovação à continuidade dos trabalhos, em que pese a ausência do documento autorizatório, formalmente exigível.

Nessa linha de raciocínio, parece irrefutável que a CEDRO como a SDO obrigaram-se pelo pagamento dos serviços executados além do formalmente autorizado, fato aliás que não é questionado na consulta.

Impõe-se, pois, o exame das cláusulas que fixam o preço, as condições de pagamento e reajustamento, e as conseqüências advindas de seu não cumprimento.

Dispõe o contrato em sua cláusula quinta que o preço será pago parceladamente, mediante liberação das faturas pela fiscalização, acrescentando no item 5.2 que se após decorridos 60 (sessenta) dias da liberação das faturas não houver sido feito o pagamento, a Contratada, a seu critério, poderá paralisar os serviços, aplicando-se aí o previsto nos itens 8.3 ou 8.4 da cláusula oitava (responsabilidade do Estado no caso de paralisação decorrente de ato ou omissão sua).

No que diz com o reajustamento, estabelece a cláusula sétima que os cálculos serão elaborados aplicando-se a NB75, adotados os Índices Nacionais da Construção Civil e Obras Públicas, especificamente da coluna de Edificações, conforme publicado na Revista Conjuntura Econômica, da fundação Getúlio Vargas, sendo a fórmula empregada a seguinte:

$$R = \frac{Im - Io}{Io} V$$

onde:

Im = Índice do mês do serviço ou média dos índices mensais se o período de execução abranger mais de um mês.

Io = Índice do mês de apresentação da proposta.

V = Valor da fatura a reajustar.

R = Valor do reajustamento.

A seguir, a cláusula oitava, em seus itens 8.3 e 8.4, fixa as penas a que fica sujeito a Contratante nos casos de paralisação temporária ou definitiva dos serviços, observando-se que, no caso de paralisação temporária por motivos alheios à Contratada, deverá ser efetuado o pagamento da equipe disponível por homens/hora e do equipamento mobilizado, nos preços unitários constantes da proposta devidamente reajustados.

Conforme indica a consulta, a empreiteira fez uso desta faculdade que lhe concede o Contrato, após a conclusão dos serviços autorizados pela OIS de 26 de janeiro de 1982 e mais daqueles que executou por sua conta e risco.

Vale observar que o contrato previu expressamente a fórmula empregada para o cálculo do reajustamento, e indicou que um dos dados a ser tomado seria o índice do mês da execução dos serviços, ou média dos índices mensais, se o período da execução se estendesse por mais de um mês, jamais referindo o índice da época do pagamento, ainda quando autorizados os serviços.

No sentido de tutelar o direito da firma empreiteira, foi-lhe assegurada a faculdade de suspender a execução dos serviços e aplicar ao Contratante a multa prevista nos itens 8.3 e 8.4, quando, decorridos mais de 60 dias da liberação da fatura, o pagamento não tivesse sido efetivado.

Estas as condições do contrato e os meios dos quais dispunha a firma para resguardar seus direitos, mesmo quando tivessem sido os serviços autorizados. Em nenhuma cláusula, facultou o contrato fosse o reajustamento calculado pela época do efetivo pagamento.

Frente a situação que foi criada — diga-se de passagem, por conveniência da firma, como ressaltam os termos da consulta, aliada, é verdade, à confiança que a empresa depositou no Estado, confiança esta que há de ser honrada pois que não se pretende negar o direito da empreitada em haver a contraprestação —, não é admissível possa o Estado alterar as condições contratuais, às quais ficaram jungidas ambas as partes.

Nem pode o Administrador, vinculado que fica ao interesse público e aos termos do contrato, decidir de forma diversa, pois que no dizer de RUY CIRNE LIMA *"opõe-se a noção de administração à de propriedade visto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir."*

Tal finalidade é, algumas vezes fixada na lei ou no contrato; doutras vezes, fica, porém, ao próprio administrador determiná-la a seu prudente critério, de conformidade com as circunstâncias". (Princípios de Direito Administrativo, 5ª edição, Editora RT, SP, 1982, pág. 20).

Como diz o mestre citado, tendo o contrato previsto minudentemente os recursos de que poderia se valer a firma contratada, no sentido de resguardar seus direitos, a eles fica vinculado não só o Administrador mas também a firma, tanto mais que após concluir os serviços, *"viu-se na contingência de tomar as providências que não adotara na data em que concluía o objeto da última OIS"*, fazendo incidir sobre a Contratante a pena prevista na cláusula oitava do contrato.

No que diz com o aspecto formal do procedimento, mostra-se o conteúdo do AS n.º 6/80, num primeiro momento, abrangente dos serviços executados, vez que autoriza a CEDRO a dar prosseguimento, pelo regime da administração contratada,

à execução da parte final da estrutura de concreto armado, montagem e colocação de esquadrias de alumínio do Bloco das Secretarias do Centro Administrativo do Estado do Rio Grande do Sul, a partir do 9º andar, limitada a execução, no entanto, ao montante dos recursos ali mencionados.

A sua vez, os relatórios que a CEDRO, nos termos da cláusula oitava do contrato firmado com a SDO, deve enviar mensalmente à Secretaria, no caso de terem sido aprovados, constituem comprovação indispensável dos serviços executados que, somados às AS expedidas pela Secretaria à CEDRO e às faturas liberadas pela fiscalização, mediante atestado de execução dos serviços correspondentes, permitirão à SDO autorizar o pagamento por conta dos recursos agora liberados.

ISTO POSTO passa-se a responder à consulta:

1. Os serviços executados pela empreiteira, independentemente de autorização pela CEDRO, devem ser pagos, tanto quanto os autorizados, com base no critério de reajuste fixado contratualmente, pois que outra alternativa não resta ao Administrador senão a observância do pactuado.

2. As autorizações de serviços emitidas pela SDO a favor da CEDRO, somadas aos relatórios mensais encaminhados pela Companhia consultante à Secretaria e, ainda, à fatura liberada pela fiscalização, tudo comprovado minudente e exaustivamente nos termos contratuais, com vistas a documentar-se a Administração para futuras comprovações frente aos órgãos de controle, devem instruir o processo que permitirá à Secretaria autorizar o pagamento dos serviços prestados sem prévio consentimento.

Resta, por último, alertar a firma empreiteira que toda vez que executar serviços além do autorizado sujeita-se a que, em decorrência de interesse público superveniente, entenda a Administração, usando da faculdade que lhe confere a cláusula oitava, item 8.2, decidir pela suspensão definitiva dos serviços, hipótese que, se configurada, viria a colocá-la em situação sobremodo precária.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 27 de dezembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer n.º 5148, da lavra do Procurador do Estado Doutora EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES.

Encaminhe-se o expediente à Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas, para conhecimento e posterior devolução à CEDRO.

Em 27-12-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

HONORÁRIOS

JOSE JOAQUIM MONTEIRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.144

HONORÁRIOS — Vantagem devida ao funcionário público *"pela prestação de serviço peculiar à profissão que exercer"* fora do *"período normal de trabalho a que estiver sujeito"*. Incidência do artigo 67, item VIII, da Lei nº 1.751/52.

Termo de Compromisso firmado entre servidor estadual e o Diretor do Departamento de Cultura, da Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo, para restauração da tela *"Proclamação da República Rio-Grandense"*. Competência delegada para ordenar despesas nessa Pasta.

Necessidade de ratificação da dispensa de licitação disciplinada pelo Decreto-Lei nº 200/67 (artigo 126, § 2º, alínea "d").

A *"notória especialização"* visualizada pelos estudiosos e sua distinção da *"habilitação profissional"*.

Versa o presente expediente sobre o pagamento de Cr\$ 3.200.000,00 (três milhões e duzentos mil cruzeiros) que o Estado se comprometeu a efetuar a ASCÂNIO ILO FREDIANI, Professor Classe C, Nível 5, Regime de 44 horas semanais, de trabalho, pelos serviços de restauração da tela *"Proclamação da República Rio-Grandense"*, conforme *"Termo de Compromisso nº 269/82"*, firmado pelo referido cidadão e o Diretor do Departamento de Cultura, da Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo.

As manifestações contidas no processo são favoráveis ao pagamento daquela importância, questionando-se, porém, quanto ao título desse pagamento: gratificação ou honorário. Inclinando-se pela primeira, ou seja, afirmando cogitar-se de gratificação prevista nos artigos 67, item VI, alínea "c", e 107, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, a Diretoria-Geral do Tesouro do Estado admite ainda possa tratar-se de *"circunstância em que é dispensável a licitação"*, mas que, sobre tal, nada há nos autos.

Sugere, finalmente, mereça o assunto o devido estudo de parte desta Procuradoria-Geral, para onde vem o processo por solicitação do Secretário da Fazenda.

2. Com efeito, estabelecem as referidas normas estatutárias:

"Artigo 67 — Ao funcionário, além do vencimento, serão deferidas as seguintes vantagens:

.....
VI — gratificações:

.....
c — pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico, solicitado ou aproveitado.

.....
VIII — honorários pela prestação de serviço peculiar à profissão que exercer, e, em função dela, à justiça, desde que não o execute no período normal de trabalho a que estiver sujeito.

"Artigo 107 — A gratificação pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico ou de utilidade para o serviço público, será arbitrada pelo Chefe do Poder Executivo, após sua conclusão."

3. A regulamentação da outorga da gratificação estatuída nos artigos 67, item VI, alínea "c", e 107, da Lei nº 1.751/52, segundo a orientação desta PGE (Pareceres nºs 2.466, 2.657, 4.214, 4.558 e 4.751, entre outros) é a mesma do Decreto nº 1.364, de 19 de setembro de 1950, inobstante editado este quando em vigor o Decreto-Lei nº 311, de 31 de dezembro de 1942.

Assim, tratando-se de gratificação, não prescinde o trabalho, depois de executado, do arbitramento de seu valor, pelo Governador do Estado, requisito necessário, entre outros expressos na regulamentação em apreço, à concessão da vantagem.

4. Por sua vez, o pagamento de honorários, nos termos do artigo 67, item VIII, preditos, resultante da *"prestação de serviço peculiar à profissão que exercer"* o servidor, decorre da execução fora do período normal de trabalho, consideradas a habilitação profissional de seu autor e a competência da autoridade que, de forma explícita, determinou a realização do serviço.

5. Ora, a 15 de março de 1982, o Secretário de Cultura subscreveu o Ofício nº 196/82-DEA/GAB, ao Presidente do Tribunal de Contas do Estado, indicando os *"ordenadores de despesas desta Pasta, no corrente exercício"*, a fim de atender *"exigências de ordem legal"*. A mesma autoridade anexou à antedita comunicação *"cópia dos Atos relacionados com os cargos ou funções desempenhadas nessa Secretaria pelas pessoas acima referidas"*, incluindo-se o **Diretor do Departamento de Cultura e substituto do titular da Pasta**, ou seja, **precisamente quem afirmou o Termo de Compromisso nº 269/82**, a 4 de setembro de 1982, juntamente com ASCÂNIO ILO FREDIANI, executor do trabalho. Em consequência do que se acordou em tal instrumento, comprometeu-se o compromitente a *"realizar serviço de restauração da tela de Antonio Parreiras intitulada: 'PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA RIO-GRANDENSE'"*, cabendo ao Departamento de Cultura (DEC) *"pagar os honorários por serviços prestados no valor de Cr\$ 3.200.000,00 (TRÊS MILHÕES E DUZENTOS MIL CRUZEIROS)"*.

6. Legitimando-se, dessarte, a competência delegada para a prática do ato substanciado no Termo de Compromisso em questão, parece inobjetivo o que nele se estipula, principalmente a contraprestação, como **honorários**, pelo trabalho efetuado, nos termos do artigo 67, item VIII, da Lei nº 1.751/52.

7. Anote-se, por igual, ter o interessado satisfeito os pressupostos insertos no mesmo preceito legal, quais sejam, prestação de serviço peculiar à profissão que exercer — declarada *"Restaurador"* no próprio Termo de Compromisso —, e não interferência na jornada habitual de trabalho a que está sujeito — Professor Classe "C", Nível 5, regime de 44 horas semanais —, já que a reconstituição da tela absorveu *"sábados, domingos, feriados e segundas-feiras durante o dia e também nas segundas-feiras durante a noite, pelo período de um ano e meio"*, desempenhando ele suas funções no Museu de Arte do Estado, de terças às sextas-feiras, das oito às dezessete horas, consoante se declara a fls.

8. Sinale-se, em resumo, que o direito à percepção de honorários decorre da condição de Restaurador de obras de arte (principalmente telas) do interessado, cuja capacidade é por todos reconhecida, o que atesta a opção efetuada pelo Departamento de Cultura, formalizada no documento assinado pelas partes, a 4 de setembro do corrente ano.

Assim sendo, não há que falar em gratificação, *"pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico, solicitado ou aproveitado"*, segundo dispõe o artigo 67, item VI, letra "c", do Estatuto, restando também inaplicável o artigo 107 da mesma legislação. Isso porque a reconstituição da tela resultou da notória especialização profissional do restaurador e não de sua condição de Professor integrante do Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual.

9. Quanto à dispensa de licitação — disciplinada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e cujas normas se aplicam aos Estados e Municípios, por força

da Lei Federal nº 5.456, de 20 de junho de 1968 —, cumpre que se considerem as diferentes hipóteses em que pode ela ocorrer.

De fato, prescreve o citado decreto-lei:

Artigo 126 — As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

§ 1.º — A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta Lei.

§ 2.º — É dispensável a licitação:

d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização.” (grifei)

10. O magistério dos douts tem sido coerente no trato da questão, particularmente na determinação de conceitos e parâmetros capazes de bem informar e orientar a interpretação da disposição legal em foco.

11. De tantas e ilustradas lições, merecem destaque as de HELY LOPES MEIRELES quando afirma:

“A notória especialização que dispensa licitação é a de profissionais ou firmas reconhecidamente capazes no campo de suas atividades. Refere-se unicamente a serviços técnicos profissionais, e não a obras, compras ou alienações, como também exclui os serviços técnicos rotineiros, embora executados com perfeição pelo autor ... Notoriedade não se confunde com habilitação profissional. Esta é a autorização legal obtida por pessoas físicas ou jurídicas para o exercício profissional; aquela é o reconhecimento público e generalizado da alta capacidade técnica no desempenho da profissão, e, em particular, da especialidade. Todo profissional dispõe de habilitação para o desempenho de sua atividade, mas nem todos têm notoriedade na profissão. Somente para os de notória especialização é que a lei dispensa a licitação, admitindo a escolha e a contratação direta de seus serviços.” (Decreto-lei 200/67, artigo 126, § 2º, “d”)
— In “Licitação e Contrato Administrativo”, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1973, pág. 100.

12. POR TODO O EXPOSTO, a conclusão, salvo melhor juízo, se exprime do modo seguinte:

a — enquadrando-se a espécie no artigo 67, item VIII, da Lei nº 1.751/52, como opinam os setores técnicos da Secretaria de Coordenação e Planejamento, nada impede o pagamento dos honorários fixados no Termo de Compromisso, já que está concluído o trabalho ali referido, não havendo também comprometimento do horário normal que o interessado deve cumprir na qualidade de Professor do Quadro de Carreira;

b — a dispensa da licitação, deve ser ratificada pelo Senhor Secretário de Cultura, Desporto e Turismo.

Este o parecer.

PORTO ALEGRE, 27 de dezembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.144, da lavra do Procurador do Estado, Doutor JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Fazenda.

Em 27-12-1982.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ANISTIA

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 4.845

ANISTIA. SERVIDOR REVERTIDO. ESTABILIDADE E EFETIVAÇÃO.

Faz jus à estabilidade excepcional de que trata o artigo 177, § 2º, da Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967, bem como à efetivação de que trata a Lei Estadual n.º 7.133, de 13 de janeiro de 1978, cujo prazo de requerimento foi reaberto pela Lei Estadual n.º 7.511, de 15 de junho de 1981, o servidor anistiado é revertido, desde que peticione no prazo estabelecido por esta última e que à época da promulgação daquela Carta Constitucional já houvesse implementado as condições por ela exigidas, não fora a punição.

WANDIR JOSÉ CARLOTTO, que exerce funções de Auxiliar de Serviços de Engenharia, com salário correspondente ao padrão 13, do pessoal de obras da Secretaria da Agricultura, lotado no Escritório de Terras Públicas de Erechim, da Unidade de Terras Públicas e Núcleos Agrícolas, do Departamento de Comandos Mecanizados, requer ao Secretário de Estado da Administração, a concessão de estabilidade na função pública, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 177, da Constituição Federal de 1967, bem como sua efetivação no cargo cujas funções exerce, nos termos das Leis Estaduais n.ºs 7.511, de 15 de junho de 1981 e 7.133, de 13 de janeiro de 1978.

O postulante — aposentado em outubro de 1964, por incurso no artigo 7º do Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964 — foi revertido à atividade, de acordo com o disposto na Lei Federal n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979, e no Decreto Federal n.º 84.143, de 31 de outubro de 1979.

O expediente veio instruído por cópias dos atos de fixação de proventos, de reversão, de designação e da grade de tempo de serviço.

E, da Secretaria da Administração, veio a consulta acerca da possibilidade de outorga da estabilidade pleiteada e da conseqüente efetivação, eis que, à época da promulgação daquela Carta Constitucional, o servidor já se encontrava inativado.

2. Dispõe a Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979:

"Art. 10 — Aos servidores civis e militares, reaproveitados, nos termos do artigo 2º, será contado o tempo de afastamento do serviço ativo, respeitado o disposto no artigo 11."

"Art. 11 — Esta Lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos."

São direitos expressos na Lei:

- o da anistia referida no artigo 1º e parágrafos, e nos artigos 7º, 8º e 9º;
- o do servidor público requerer retorno ou reversão, nas hipóteses que explica;
- o de obter aposentadoria, transferência para a reserva ou reforma, em caso de indeferimento daquele pedido ou de falta do mesmo, com possibilidade, em ambas as hipóteses, de cômputo de tempo de afastamento do serviço ativo;
- e, além destes, os previstos no artigo 12.

Tais são os direitos cujo sujeito ativo é o próprio anistiado. Outros, entretanto, são também previstos para seus dependentes.

Anistia é, conforme o leciona ANÍBAL BRUNO, a forma de indulgência estatal *"de mais amplas conseqüências"*, eis que não se limita a excluir a pena: *"extingue o próprio crime e com ele todos os seus efeitos penais"* (**Direito Penal**, Forense, 3ª edição, 1967, 3º Tomo, p. 202). Por via de anistia só não seriam alcançados os efeitos civis do fato, desde que ele configurasse um ilícito civil, isto é, tenha causado dano ou prejuízo a outrem, passível de reparação.

Conceder anistia não é só perdoar ou fazer cessar a punição. A anistia extingue esta punição, vez que fulmina o próprio evento que a determinou. Daí porque não basta à sua caracterização o mero perdão e a decretação do fim da pena ou da sanção a que alguém estava sujeito. É necessário que se apague de sua vida o próprio fato e que, por isto, se lhe restitua o estado em que se encontrava antes da punição e aquele em que se deveria encontrar, não fora a punição. Assim, se tal pessoa fosse servidor público este vínculo deve ser restabelecido, ao menos na medida em que convenha ao Estado, ou em que este não se exima expressamente de fazê-lo.

Nem é outra a lição que se extrai de juristas como CARLOS MAXIMILIANO (cf. **Comentários à Constituição Brasileira**, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1948, vol. II, e *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 9a. edição, 1979) e PONTES DE MIRANDA (*in* **Comentários à Constituição Brasileira de 1946**, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 3a. edição, 1960,

de que às Leis de Anistia se deve dar interpretação extensiva, e na qual se louva o Parecer-PGE nº 4.402 que, a par dos de nºs 4.398, 4.421 e 4.459, todos da lavra da Procuradoria de Estado EUNICE ROTTA BERGESCH, traçou a orientação desta Casa.

E tal orientação é no sentido de que a autorização do cômputo do tempo de afastamento do serviço ativo se deva entender como uma ficção legal de assiduidade plena, de efetividade, seja: como se de tempo de serviço ativo se tratasse.

Não importa, pois, considerar tão-somente um decurso de tempo a ser somado para fins de cálculo de proventos ou pensão, mas sim um decurso de tempo em que se há de ter por subsistente o vínculo funcional do servidor, para todos os efeitos que tal vínculo e em tal tempo pudessem ser gerados, desde que não contidos nas ressalvas expressas do artigo 11. Excetuadas estas, o servidor anistiado e revertido faz jus a todos os direitos que lhe teriam sido outorgados **fatalmente** pela mera condição de ser servidor, naquele período em que se encontrava afastado.

Nem é cabível argumentar que tal cômputo de tempo só teria efeito para obtenção de vantagens estatutárias, eis que a Lei de Anistia não se destinou exclusivamente a funcionários, mas de forma abrangente a todo servidor.

3. Determinou o artigo 177, em seu parágrafo 2º, da Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967:

"São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contêm pelo menos cinco anos de serviço público." (grifei)

O postulante, à data da promulgação deste texto constitucional, já contava mais de cinco anos de serviço público. E, por força da ficção legal gerada pela Lei Federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, de assiduidade plena, igualmente implementou o requisito de atualidade do vínculo.

4. De sua vez, dispôs a Lei Estadual nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978:

"Art. 1º — Os atuais servidores da Administração Direta e das Autarquias, estáveis em decorrência de disposição constitucional, serão considerados efetivos ... (vetado) ... 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".
(Grifei)

Ora, também aqui restou implementada a condição de atualidade do vínculo com a Administração Direta, recomposto que foi por via daquela ficção legal de plena assiduidade.

E o servidor, ora postulante, implementava, da mesma forma, a condição de ter sido destinatário de disposição constitucional que lhe conferia estabilidade. Sua fa-

culdade de requerer no prazo dado é que se viu obstada e apenas este requisito de observância de prazo não fora preenchido.

Veio, pois, a Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981, reabrir-lhe a oportunidade:

*"Art. 1º — Fica **reaberto** por quatro meses o prazo estabelecido pelo artigo 1º da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978."* (Grifei)

Tratando-se, como se tratam ambas, de leis temporárias e de caráter excepcional, teve esta última o efeito de operar a ultratividade da anterior. Sendo esta Lei nº 7.511 interpretativa não cuidou, como não poderia ter cuidado, de acolher situações jurídicas novas no tempo, mas tão-somente novas em sua compreensão. Gera efeito a partir de agora, mas fazendo parte integrante da Lei interpretada, dirige-se aos destinatários contemporâneos da edição desta. E tal contemporaneidade se encontra restabelecida pela Lei de Anistia, solução que melhor se coaduna com a orientação já traçada por esta Procuradoria-Geral.

Pertine lembrar, contudo, que a eficácia jurídica autorizada pela Lei nº 7.511/81, não remontará à data da vigência da lei interpretada, eis que tal eficácia há de surgir no mundo jurídico a partir da vigência da última lei e na medida em que é apresentado e deferido o pedido nela previsto.

5. POR TODO O EXPOSTO, opino pelo deferimento do pedido formulado por WANDIR JOSÉ CARLOTTO, eis que faz jus à estabilidade, nos termos do artigo 177, § 2º, da Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967, bem como à efetivação tal como a prevêm as Leis Estaduais nºs 7.133, de 13 de janeiro de 1978 e 7.511, de 15 de junho de 1981, pois apresentou seu requerimento em tempo hábil e preencheu todos os requisitos necessários, como acima se verificou, ressaltando, contudo que, na condição de servidor celetista, sua efetivação deve ser precedida de rescisão do contrato de trabalho, na forma prevista no artigo 500, da CLT, não lhe sendo devida qualquer indenização.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 25 de novembro de 1981.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 4.845, da lavra do Procurador do Estado Doutora EUNICE NEQUETE MACHADO.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Administração.

Em 25-11-1981.

MÁRIO BERNARDINO SEXTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DIÁRIAS DE POLICIAL-MILITAR

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

PARECER Nº 5.218

SERVIDOR POLICIAL-MILITAR. Valor das diárias no dia do regresso à sede por conclusão do serviço. Artigo 7º do Decreto nº 24.846, de 1º de setembro de 1976, na redação do Decreto nº 31.008, de 28 de dezembro de 1982.

Formula o Senhor COMANDANTE-GERAL DA BRIGADA MILITAR a esta Procuradoria-Geral do Estado consulta quanto ao valor de diárias a serem saldados a policiais-militares, no dia em que regressam à sede, por conclusão do serviço.

Trata-se de dúvida exsurgente da atual redação do artigo 7º do Decreto 24.846, de 1º de setembro de 1976, introduzida pelo Decreto nº 31.008, de 28 de dezembro de 1982, colacionada com a anterior normação do mesmo artigo, dada pelo Decreto nº 29.076, de 27 de agosto de 1979, e posta em referência a disposições da Lei nº 6.196, de 15 de janeiro de 1971 (Código de Vencimentos do Pessoal da Brigada Militar), quando regulam a matéria.

É o relatório.

Diga-se, a propósito, antes da transcrição e análise dos dispositivos, que conceitualmente diária *"é a importância em dinheiro que o Estado reserva ao funcionário deslocado da repartição habitual para indenizá-lo das despesas de alimentação e de pousada"* (CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, Dicionário de Direito Administrativo, Forense, 1978, p. 190) e *"reveste-se de caráter de indenização pelas despesas de estadia, como alimentação, pouso e outras despesas impostas pelo seu"* (do funcionário) *"deslocamento do lugar onde reside"* (BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, Curso de Direito Administrativo, Freitas Bastos, 1964, p. 430), sendo que *"a finalidade é outra que não a de remunerar serviços"* (VASCONCELOS, Justino, Legislação Aplicável à Função Pública, Sulina, 1952, p. 143).

Tais concepções doutrinárias, na prática, correspondem a pagamentos feitos ao servidor como ressarcimento de despesas que ele necessariamente fará, quando se deslocar de sua sede, com alimentação, transporte e pernoite em hotéis.

Aconsoantada nestes princípios, tratando de diárias, dispôs a Lei nº 6.196, de 15 de janeiro de 1971:

"Art. 26 — Diárias são indenizações destinadas a atender despesas extraordinárias de alimentação e pousada, a que estão sujeitos os Policiais-Militares no desempenho de atividade policial-militar."

"Art. 28 — A diária de viagem é a indenização destinada a atender as despesas de hospedagem e alimentação dos Policiais-Militares, quando afastados de sua sede, a serviço do Estado, da Corporação ou atendendo chamamento da Justiça Civil ou Militar."

§ 1º — Para o pagamento da diária inclui-se o dia da partida e o dia da chegada do Policial-Militar a sua sede.

§ 2º — O valor das diárias de viagem será fixado em decreto do Poder Executivo e será reajustado sempre que o forem as diárias referentes ao pessoal civil do Estado obedecida a tabela especificada para a Corporação."

Assegurou o artigo 28, parágrafo 1º, acima reproduzido, que no ressarcimento das despesas — pagamento das diárias — ficaria também incluído o dia do retorno do servidor policial-militar, sem olvidar que neste dia ele provavelmente efetuará gastos com alimentação e deslocamento, embora, por evidente, nada viesse a expender com pousada. Deixou o legislador, todavia, a critério da Administração Pública, mediante decreto, fixar os valores que, para o atendimento de despesas tais, seriam atribuídos aos seus agentes.

O Decreto nº 24.846, de 1º de setembro de 1976, na redação original do artigo 7º, ao regular o pagamento de diárias, por metade, nada mencionou relativamente ao dia de retorno do servidor, deixando ao administrador presumir que a concessão far-se-ia na integralidade, portanto.

Seqüentemente, então, com o lineamento trazido pelo Decreto nº 29.076, de 27 de agosto de 1979, colocou-se, dentre os casos em que o pagamento de diária dar-se-ia a meia, a hipótese mencionada na letra "e": "tratando-se de deslocamento que exija um ou mais pernoites, em relação ao último dia em que não houver pernoite".

Decorrência da inclusão deste dispositivo é que o administrador recebeu um critério legal para a determinação do valor da diária no retorno do servidor, quando a ausência fosse superior a um dia: no dia da volta à sede, pagar-se-ia meia diária.

Na atualidade, vige o artigo 7º na redação dada pelo Decreto nº 31.008, de 28 de dezembro de 1982, parece-me que no mesmo sentido do anterior, embora redigido com maior complexidade e abrangência:

"Art. 7º — A diária será paga por metade quando:

a) não ocorrer, no dia em que corresponda, pernoite fora da sede, bem como quando, ocorrendo, não for indispensável para o bom desempenho do serviço;

b) o deslocamento for para o interior do próprio município;

c) couber a ajuda de custo prevista no art. 2º, item II;

d) as despesas de hospedagem, excluída a alimentação, forem pagas diretamente pelo Estado ou por outra entidade, não correndo à conta do servidor.

Parágrafo único: Enquadra-se na letra — a — deste artigo o último dia de uma seqüência de dias fora da sede."

A modificação — reporto-me à consulta — inserida no regramento vigente é no sentido de que seja paga meia diária ao servidor quando, mesmo na hipótese em que ocorra pernoite no final de uma série de dias ausente da sede, este alongamento não se configure "indispensável para o bom desempenho do serviço". A despeito da pouca clareza da expressão legal grifada entende-se que, tendo havido pernoite, para obter a integralidade do valor da diária no último dia, o servidor deve apresentar justificativa ao ordenador da despesa, expondo os motivos pelos quais houve a pousada e evidenciando a necessidade do serviço como elemento embasador do prolongamento da ausência.

Outrossim, o pagamento de metade do valor da diária, como manda o Decreto nº 24.846, de 1976, nas circunstâncias descritas na consulta, isto é, no dia em que o policial-militar "regressa à sede por conclusão do serviço", não contrasta com as disposições da Lei nº 6.196, de 1971, antes reproduzidas.

Primeiramente, porque, como apontado, a citada Lei determinou que o "valor" das diárias seria fixado por decreto, tal como ocorreu; secundamente, porque o mesmo Diploma estabeleceu que as diárias destinar-se-iam a indenizar despesas com hospedagem e alimentação, relevando que no caso do último dia de trabalho inócorrem despesas com hospedagem, daí a sua indenizabilidade; terceiro, porque, em se tratando de norma de cunho permanente, a previsão contida no artigo 7º do Decreto nº 24.846, de 1976, não expressou os valores em cruzeiros, preferindo aludir a "diária" e "diária por metade", como parâmetro do ressarcimento, das despesas correntes por conta do servidor, restritas aos gastos efetivamente realizados; e, derradeiramente, porque, ao mencionar que no pagamento da diária inclui-se o "dia da partida" e o "dia da chegada", quis o legislador se saldar com todos os gastos realizados pelo agente policial-militar, inclusive os relativos ao dia da chegada, mas não que, quanto ao dia da chegada, se lhe pagasse por despesa não efetuada.

Pelas razões expostas, pois, opino no sentido de que quando o servidor policial-militar regressa à sede, por conclusão do serviço, após uma seqüência de dias fora da mesma, deve receber, quanto ao último dia, o valor da diária por metade, vez que tem de ser indenizado apenas das despesas de alimentação, excluídas as de hospedagem.

PORTO ALEGRE, 07 de abril de 1983.

Of. PGE-268/83

Porto Alegre, 07 de abril de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

O Senhor Comandante-Geral da Brigada Militar solicita, através desta Procuradoria-Geral do Estado, interpretação legal sobre o pagamento de diária de viagem aos policiais-militares, no dia em que regressam à sua sede, por conclusão do serviço.

A dúvida surgiu da atual redação do artigo 7º do Decreto 24.846, de 1º de setembro de 1976, introduzida pelo Decreto nº 31.008, de 28 de dezembro de 1982, colacionada com a anterior normaçoão do mesmo artigo, dada pelo Decreto nº 29.076, de 27 de agosto de 1979, e posta em referência à disposição da Lei nº 6.196, de 15 de janeiro de 1971 (Código de Vencimentos do Pessoal da Brigada Militar), quando regulam a matéria.

O Parecer de nº 5.218, da lavra do Procurador do Estado ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY, e por mim endossado, é no sentido de que, quando o servidor policial-militar regressa à sede, por conclusão do serviço, após uma seqüência de dias fora da mesma, deve receber, quanto ao último dia, o valor da diária por metade, vez que tem de ser indenizado apenas das despesas de alimentação, excluídas as de hospedagem, não havendo conflito entre a legislação peculiar à Brigada Militar e o recente Decreto.

Valho-me do ensejo para manifestar-lhe a minha estima e elevada 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

ASSUNTOS MUNICIPAIS

VACÂNCIA DO EXECUTIVO E LEGISLATIVO MUNICIPAIS

CAIO LUSTOSA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.043

- CÂMARA DE VEREADORES.
- VACÂNCIAS NO EXECUTIVO E LEGISLATIVO MUNICIPAIS.
- PROVIMENTO.

A MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ÂNGELO encaminha consulta a esta Procuradoria-Geral sobre o provimento de sua Presidência.

Informa que, com a renúncia dos Senhores Prefeito e Vice-Prefeito do município, o primeiro por ter sido nomeado Secretário de Estado e o segundo para disputar mandato eletivo estadual, o Executivo passou a ser exercido pelo Presidente da Câmara Municipal. A Mesa desta entendeu ter ocorrido vacância em sua Presidência, realizou eleição e empossou novo Presidente.

Face à discordância manifestada pelo 1.º Vice-Presidente da Mesa anterior — alegando que lhe caberia o direito de assumir a Presidência, cujo titular foi guindado à chefia do Executivo — indaga-se se, em síntese: a) se o Presidente da Câmara sucedeu ao Prefeito ou o substituiu; b) se houve ou não vacância da Presidência da Câmara, exigindo-se ou não eleição de outro titular.

Em anexo, é feita a remessa da Lei Orgânica do Município e do Regimento Interno daquela Casa Legislativa.

É o relatório.

Em seu artigo 156, § 2º, da Constituição Estadual determina que em *“caso de impedimento temporário do Prefeito ou de vacância do respectivo cargo, assumirá o Vice-Prefeito ou, se este não o fizer, o Presidente da Câmara Municipal, até a cessação do impedimento do Prefeito ou o termo do seu mandato”*.

Defluem, claramente, desse dispositivo constitucional, as figuras da vacância e do impedimento temporário, com a ocorrência, por igual, da sucessão e da substituição. A primeira, permanente e definitiva; a outra, temporária e eventual.

No caso em exame, com a renúncia do Prefeito e do Vice-Prefeito de Santo Ângelo, ocorreu não um mero afastamento temporário, mas a vacância do cargo que,

nos termos constitucionais, será ocupado, como já está sendo, pelo Presidente da Câmara, e até o término do mandato daquele. Com isso, o então Presidente do Legislativo converteu-se no titular do Executivo, com todas as suas prerrogativas. É sucessor, não substituto.

Em assim sendo, ficou vaga a Presidência da Câmara e, nessa hipótese, a solução lá está no artigo 331, de seu Regimento Interno, quando preceitua textualmente:

"Vagando qualquer cargo da Mesa, será realizada eleição para seu preenchimento, no expediente da primeira sessão seguinte à verificação da vaga".

Logo, perfeitamente legítima foi a decisão do plenário da Câmara que, acolhendo a resolução da Mesa, procedeu a nova eleição para a sua Presidência.

E com tanto mais razão que, nos termos do artigo 29 daquele Regimento Interno, a Mesa é composta, a rigor, do Presidente e do 1º Secretário, sendo os Vice-Presidentes e o 2º Secretário eleitos, *"juntamente com os membros da Mesa"*, e apenas para substituí-los, nunca sucedê-los, nas *"suas faltas e impedimentos"*.

EM CONCLUSÃO, somos de parecer que foi perfeitamente legítimo o procedimento da Câmara Municipal de Santo Ângelo, em — face à ascensão de seu Presidente ao Executivo Municipal — declarar vaga a Presidência do Legislativo e provê-la mediante nova eleição.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 26 de agosto de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.043, da lavra do Procurador do Estado Doutor CAIO LUSTOSA.

Restitua-se o expediente à Câmara Municipal de Santo Ângelo.

Em 28-8-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LOTEAMENTOS E DESMEMBRAMENTOS

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.014

LOTEAMENTOS E DESMEMBRAMENTOS.

É incabível o encaminhamento de projetos de loteamentos e desmembramentos, com vistas à anuência prévia do Estado, de que cogita o artigo 13 da Lei nº 6.766/79, enquanto não editadas normas estaduais a respeito, salvo projetos atinentes à Região Metropolitana.

A consulta provém do 19º ESCRITÓRIO LOCAL DA SECRETARIA DO INTERIOR, DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS PÚBLICAS, sediado em Santana do Livramento, sendo subscrita pelo titular daquela repartição.

É solicitada informação sobre como orientar o particular no encaminhamento de projeto de loteamento, a ser implantado junto à linha divisória internacional, a fim de obter a anuência prévia do Estado, prevista na Lei nº 6.766/79.

É o relatório.

A Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Lei sobre o Parcelamento do Solo Urbano), em seu artigo 13 e incisos I a III, menciona as hipóteses em que caberão aos Estados o exame e a anuência prévia, para aprovação, pelos Municípios, de loteamentos e desmembramentos de glebas de terra para fins urbanos.

A seguir, refere essa lei que os Estados definirão (delimitarão), por decreto, as áreas de proteção especial, definidas por legislação estadual ou federal (artigo 13, I, e artigo 14); que estabelecerão as normas a que deverão submeter-se os projetos de loteamentos e desmembramentos, nas áreas previstas no artigo 13 (artigo 15); e que essas normas deverão procurar atender às exigências urbanísticas do planejamento municipal (artigo 15, parágrafo único).

Essas prescrições da Lei nº 6.766/79, por si sós, não criam deveres ou obrigações aos particulares, nem ao Poder Público.

Poder-se-ia dizer que o conteúdo dos artigos 13 a 15 da Lei nº 6.766/79 representa uma diretiva para o exercício da competência legislativa concorrente dos Estados, na medida em que aponta hipóteses onde se detectou um interesse urbanístico supramunicipal.

Cabe ao Estado editar normas próprias para sua política de desenvolvimento, inclusive normas urbanísticas, bem como planos e programas de desenvolvimento, segundo a competência que lhe é reconhecida constitucionalmente.

E isso deve ser feito através de seu Órgão Legislativo, pois que só a lei em sentido estrito pode criar deveres e obrigações, a teor do princípio inscrito em nossa Constituição Federal, segundo o qual "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (artigo 153, § 2º). Esse princípio está presente também no artigo 43, inciso IV, da Carta Magna, onde consta que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre planos e programas nacionais e regionais de desenvolvimento. Esse último dispositivo aplica-se "*mutatis mutandis*", aos Estados e Municípios, por força do princípio da simetria, que se extrai do diploma constitucional, especialmente de seus artigos 10 e 13.

Só poderá haver interferência do Estado no planejamento urbano local, naquilo que transcenda o "*peculiar interesse*" do Município, expressão com significado lato, destinada a dar contorno à autonomia municipal, em conformidade com a Constituição da República (artigo 15, II), que implica competência para legislar.

Podem os Estados, assim como os Municípios, com base no princípio constitucional da função social da propriedade (artigo 163, III), estabelecer, por lei, regras administrativas e urbanísticas que integram o regime da propriedade urbana.

No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"A Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois também estabelece o seu regime fundamental. O direito civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente regula as relações civis a ela pertinentes." (RDA Vol. 142, p. 2).

"O regime jurídico da propriedade não é uma função do direito civil, mas o é de um complexo de normas jurídicas: constitucionais, administrativas, urbanísticas, empresariais e também civis. Em todo o caso, sempre sob a inspiração e ordenação do princípio da função social." (idem, p. 4).

Por ora, inexistem em nosso Estado as normas ditas complementares pela Lei nº 6.766/79, que indicariam as metas da política urbana estadual, estabelecendo requisitos que dariam suporte à exigência do exame e anuência prévia mencionados no artigo 13 daquela lei, bem como a diretrizes do planejamento estadual a serem fornecidas aos Municípios.

Há um projeto de lei a respeito da matéria em tramitação na Assembléia Legislativa gaúcha.

São inexigíveis o exame e a anuência prévia do Estado de que cogita o artigo 13 da Lei nº 6.766/79, enquanto não editadas as normas estaduais estabelecendo "*critérios a compor as áreas de aglomeração urbana*" e "*fixando os requisitos a serem implementados pelos projetos sujeitos à aprovação prévia do Estado*". Cabe

aos Municípios a aprovação na forma genérica do artigo 12 da referida lei, devendo ser desconsiderada a exceção objeto de seu artigo 13, na ausência de lei estadual a respeito.

Nessas circunstâncias, não poderão recair as sanções penais e administrativas contidas na Lei nº 6.766/79, sobre quem quer que seja, por omissão da formalidade aludida em seu artigo 13.

Ressalva-se a hipótese de projetos de parcelamento na Região Metropolitana, sobre os quais incidem as Leis Complementares nºs 14/73 e 27/75, e que devem ser submetidos a exame e anuência prévia da autoridade metropolitana do nosso Estado.

Nesse sentido, manifestou-se esta Casa, através do Parecer nº 4.473, de 11 de setembro de 1980, segundo os termos acolhidos pelo Procurador-Geral do Estado, Doutor MÁRIO BERNARDO SESTA, em seu despacho da mesma data, mediante o qual aprovou parcialmente dito parecer.

Quanto ao caso ora em foco — loteamento junto à linha divisória internacional — embora o artigo 13, I, da Lei nº 6.766/79 se refira a áreas de interesse especial, assim definidas pela legislação estadual **ou federal**, ao cogitar de exame e anuência prévia dos Estados, somos de opinião que, tratando-se de "*área de interesse da segurança nacional*", como é a "*faixa de fronteira*", definida em lei federal, não fica afastada a exigência de assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, por ato de sua Secretaria-Geral, para a abertura de vias de transporte junto à fronteira (Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979, artigo 2º, I, e parágrafo 2º), o que deve ser providenciado pelo Município que licenciar o loteamento.

EM CONCLUSÃO, dada a inexistência de normas estaduais sobre a atividade urbanística, criando deveres ou obrigações para os particulares, proprietários de glebas de terra, **é incabível, por ora, o encaminhamento de projetos de loteamentos e desmembramentos ao Poder Executivo estadual**, com vistas a exame e anuência prévia, salvo se atinentes à Região Metropolitana.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 28 de julho de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.014, da lavra do Procurador do Estado Doutora RENITA MARIA HÜLLEN.

Restitua-se o expediente à Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas.

Em 28.07.82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

VACÂNCIA DOS CARGOS DE PREFEITO E DE VICE-PREFEITO

ADERBAL TORRES DE AMORIM

Procurador-Geral da Assembléia Legislativa

PARECER

Vacância dos cargos de Prefeito e de Vice-Prefeito. Sucessão pelo Presidente da Câmara de Vereadores para a Chefia do Executivo Municipal. Eleição do Presidente da Câmara nos termos do dispositivo regimental.

Consulta o Presidente da Câmara de Vereadores de Santo Ângelo se o Presidente daquela Casa sucede ou substitui ao Prefeito Municipal tendo em vista renúncia tanto deste, quanto do Vice-Prefeito. O primeiro para ser em possado em cargo de Secretário de Estado; o segundo para não se incompatibilizar ao concurso eleitoral próximo vindouro.

Notícia da inconformidade do então 1.º Vice-Presidente da Câmara de Vereadores com a eleição que se procedeu para Presidente do Legislativo local, em virtude de que se entendeu, com a assunção do cargo de Prefeito pelo Presidente da Câmara, ter ficado vaga essa Presidência.

Indaga a respeito de, caso ilegal a eleição do novo Presidente do Legislativo Municipal, como se haverá de proceder, de forma especial quanto aos atos por este praticados.

2. Claramente, do expediente a esta Procuradoria remetido vê-se a ocorrência de **vaga** de ambos os cargos do Executivo municipal (Prefeito e Vice-Prefeito). É que, tendo havido **renúncia de ambos os titulares**, indubitavelmente os cargos se tornaram vagos.

Do ensinamento de PONTES DE MIRANDA colhe-se que "(...) *vaga é a perda do cargo, ou a morte. Dá-se a vaga: f) pela renúncia*". Mais adiante, aduz o mestre que "(...) *vaga é a perda, considerada em suas conseqüências negativas. O cargo fica sem titular, ou sem titular provisório. Havendo, em vez de impedimento ocasional temporário, vaga, há o problema técnico legislativo, se está em elaboração o estatuto do cargo, ou de lege lata, concernente ao provimento dele: ou seja por alguém que passe a ser titular para o resto do tempo, ou seja titular que venha preencher o cargo, ex novo*" (Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, tomo III, pág. 295) — grifou-se.

3. A Constituição Federal de 1969, em seu art. 79, dispõe que se vagarem os cargos de Presidente e de Vice-Presidente, proceder-se-á eleição trinta dias após aberta a última vaga sendo que os novos eleitos cumprirão o mandato dos titulares cujos cargos vagarem até final.

Nem sempre assim o foi. A primeira Constituição Republicana dispunha, em seu art. 42, que se procederia a nova eleição no caso de vagarem os cargos de Presidente e de Vice-Presidente, ainda não decorridos dois anos de período presidencial.

Semelhantemente, a Constituição de 1934, em seu Art. 52, ordenava eleição para Presidente da República se a vaga se desse nos dois primeiros anos do respectivo mandato (§ 1º). Se a vaga ocorresse nos dois últimos anos do período, trinta dias após o Congresso Nacional, em sessão conjunta de suas Casas, elegeria o substituto por maioria de votos, presente a maioria de seus membros, em primeiro escrutínio. Não alcançado o quorum, a eleição se faria por maioria simples.

Enquanto a Constituição de 1937 era omissa a respeito da matéria, a de 1946 previa fórmula análoga às anteriores com a diferença de que, abertas as vagas na segunda metade do período presidencial, elegeria o substituto o Congresso Nacional, **na forma da lei**.

4. No que concerne às Constituições de 1967 e de 1969, o dispositivo deixou de ser repetido em sua integralidade em virtude de que não mais era possível variar a forma de eleição do Presidente substituto (por eleição direta se a vaga se abrisse nos dois primeiros anos do mandato; pelo Congresso Nacional se se desse nos dois últimos anos). É que passou a ser ele eleito por um colégio eleitoral, consoante o regramento oposto na Constituição de 1967 (art. 76), como também na de 1969 (art. 74). Assim hoje não mais importa em que momento do mandato abre-se a vaga de Presidente e a vaga de Vice-Presidente da República. A solução será, em qualquer caso, a da denominada eleição indireta.

5. No caso, pois, de vagarem os cargos de Prefeitos Municipais, atualmente não mais é possível buscar arrimo na interpretação analógica da Carta Federal porque, estes, **no que importa ao caso sub examen**, são eleitos diretamente pelo povo, pelos eleitores registrados e domiciliados no município respectivo.

6. O deslinde da matéria, assim, desborda do ordenamento constitucional federal para ganhar solução na regra constitucional estadual.

Tanto na Constituição Estadual de 8 de julho de 1947 (art. 155, parágrafo único), quanto na de 14 de maio de 1967 (art. 161, § 1º), quanto ainda na de 24 de janeiro de 1970 (art. 156, § 2º), não tem variado a solução para o problema. De efeito, reza o último dispositivo citado:

Art. 156 —
§ 1º —
§ 2º — em caso de impedimento temporário do Prefeito ou de vacância **do respectivo cargo**, assumirá o Vice-Prefeito, ou, se este não o fizer, o **Presidente da Câmara Municipal**, até a cessação do impedimento do Prefeito ou **o termo do seu mandato** — grifou-se.

7. Como no caso em exame vagaram ambos os cargos em virtude de renúncia de seus respectivos titulares, é inafastável que o substituto do Prefeito há de ser não outro do que o Presidente da Câmara de Vereadores.

Idêntica conclusão se há de retirar da própria Lei Orgânica do Município de Santo Ângelo a qual em seu art. 23, dispõe:

Art. 23 — Em caso de impedimento temporário do Prefeito ou **vacância** do respectivo cargo, assumirá a Administração o Vice-Prefeito ou, não fazendo este, o **Presidente da Câmara Municipal até a cessação do impedimento ou o termo do mandato daquele** — grifou-se.

8. Outra não é a solução preconizada pelo próprio Regimento Interno da Câmara santo-angelense em que, em seu art. 37, inc. VII, dispõe que ao Presidente da Câmara compete Substituir o Prefeito e o Vice-Prefeito, na falta de ambos, completando o seu mandato, ou até que se realizem novas eleições, nos termos da legislação pertinente". Certo que a "legislação pertinente" não poderia contrariar o preceito constitucional estadual vigente (a não ser por direito federal que preenchesse, na matéria e a teor do art. 8º, inc. XVII, alínea b, o vazio criado, cortando, assim, o direito local, dentro do princípio trazido pela Constituição da Alemanha Federal, art. 31 — "direito federal corta direito local"), igualmente só se pode concluir que também pelo preceito regimental ao Presidente da Câmara cabe levar o mandato de Prefeito até seu termo.

Em conclusão: em tudo e por tudo, no caso em foco, cabe ao Presidente da Câmara de Vereadores desempenhar o mandato de Prefeito Municipal até final.

9. Segundo ponto a ser enfrentado é se saber a quem cabe substituir o Presidente da Câmara de Vereadores, em virtude da vacância ocorrida no cargo mercê de sua posse (definitiva) no cargo de Prefeito.

Que a posse em o novo cargo é definitivo, dizem-no os dispositivos antes referidos. É escorreita a diferença entre impedimento (não ocorrido) e vaga (que exsurgiu das renúncias). De efeito, ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que o impedimento "(...) resulta de qualquer fato, voluntário ou não, que importa em afastar **temporariamente** do exercício do cargo seu titular". Aduz, ainda, o mesmo autor que a **vaga** ou vacância "(...) é o **impedimento definitivo**, inclusive o decorrente de renúncia" (Comentários à Constituição Brasileira, vol. 2, pág. 127) — grifou-se.

Em síntese próxima à tautologia: (a) impedimento é o afastamento **temporário**; (b) vacância é o afastamento definitivo ou, nas palavras de FERREIRA FILHO, é o "impedimento definitivo".

Conclusão inarredável: com a assunção do Presidente da Câmara ao cargo de Prefeito, **vagou** o de chefe do Legislativo local.

10. Dispõe o Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Santo Ângelo:

"Art. 30 — As funções dos membros da Mesa cessarão:

.....
VI — pelos demais casos de **extinção** ou perda de mandato, previstos em lei."

"Art. 33 — Vagando qualquer cargo da Mesa, será realizada eleição para seu preenchimento, no expediente da primeira sessão seguinte à verificação da vaga".

Pelo que se verifica, extinguindo-se o mandato do Presidente da Câmara por sua assunção **definitiva** no de Prefeito Municipal, cessou sua função como membro da Mesa bem como abriu-se **vaga** na chefia do Legislativo local. Pelo mandamento regimental, o preenchimento do **cargo vago** haverá de se dar **por nova eleição** a ser procedida no expediente da sessão seguinte à ocorrência da indigitada vaga.

Em face da solução regimental preconizada no estatuto infraconstitucional de índole interna corporis, sem fundamento a irrisignação do 1º Vice-Presidente da Câmara em ver afastada sua postulação ao cargo de Presidente. É imperioso, no caso em espécie, realização de eleição para o cargo.

Em conclusão: em tudo e por tudo, no caso sub examen, cabe ao Presidente eleito na sessão seguinte à verificação da vaga da chefia do Legislativo local, operada pela assunção do anterior Presidente ao cargo de Prefeito Municipal, assumir a Presidência da Câmara de Vereadores.

11. E porque alterou-se o quorum do legislativo local com a extinção do mandato de um de seus membros, proceder-se-á à convocação do suplente de vereador respectivo.

12. Em face de todo exposto fica de logo prejudicada a terceira indagação pertinente à ilegalidade da nova eleição realizada.

É o parecer, subcensura.

PORTO ALEGRE, 1º de setembro de 1982.

TRABALHOS FORENSES

DENÚNCIA ESPONTÂNEA DA INFRAÇÃO

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador judicial, nos autos do mandado de segurança nº 002654 (Processo nº 01182007177) impetrado por FRIVALE S/A, FRIGORÍFICO, vem, à presença de Vossa Excelência, apresentar suas contra-razões ao apelo interposto pelo impetrante, requerendo sua juntada e encaminhamento à superior instância.

Termos em que
Pede Deferimento.

PORTO ALEGRE, 03 de junho de 1982.

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
PROCURADOR DO ESTADO

EGRÉGIA CÂMARA:

RAZÕES DO APELADO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

OS FATOS

Pretendeu o impetrante com o presente mandamus que se lhe reconhecesse como eficaz a "*denúncia espontânea da infração*" que alega ter efetivado, de conformidade com o artigo 138 do Código Tributário Nacional e, em contrapartida, considerado violador de direito certo e líquido o ato do Senhor Coordenador-Geral do ICM que desconsiderou a indicada denúncia como apta a elidir a responsabilidade pela infração.

A ora apelante, contribuinte do ICM, embora registrando suas operações tanto contábil como fiscalmente, emitindo as notas fiscais de saída das mercadorias, apurando e declarando através do documento próprio (GIAS = guias de informação e apuração do ICM) deixou de recolher o tributo, regularmente apurado e conhecido, em virtude de "*dificuldades para solver seus compromissos tributários*" (petição da

De outra parte, os excertos de votos prolatados por ilustres desembargadores desse Egrégio Tribunal e trazidos no apelo não confortam a tese do apelante. Os pronunciamentos referem-se a situação diversa da dos presentes autos. Tratam de determinar quando se teria efetivado o lançamento para fins de contagem de prazo decadencial e para tanto procuram discernir o lançamento por homologação e o lançamento do ofício, dizendo que para a caracterização da primeira espécie seria irrelevante ter ou não ter ocorrido o pagamento, bastando a previsão legal que caracteriza o lançamento como, por homologação.

Quanto à desnecessidade do recolhimento como pressuposto de caracterização da denúncia espontânea nada aportam, — ao contrário do que pretende o apelante —, pois essa não era a questão então apreciada, sendo por isso, impertinente sua invocação na espécie vertente.

A vingar a tese do ora apelante, até o simples cumprimento de obrigação tributária acessória afastaria, invariavelmente quanto ao ICM, a responsabilidade pela infração relativa à obrigação principal de pagar o tributo. Com efeito, indicando e apurando nas GIAS o imposto devido, haveria o contribuinte resguardado sua situação de "denunciante espontâneo", permanentemente, sem qualquer recolhimento que satisfizesse a obrigação primordial.

Na verdade, a petição que o impugnante apresentou à autoridade fiscal (fls. 19/20, desacompanhada do pagamento representou mera repetição de informação que já prestara pelas guias de informação e apuração do ICM, não podendo ter o condão de elidir responsabilidade fiscal como quer.

Não elidida a responsabilidade do contribuinte, pois não praticou ele a ação idônea prevista no artigo 138 do CTN, impunha-se o ato do fisco, exigindo o imposto não pago a tempo, corrigindo monetariamente e adicionado da multa simplesmente moratória, aplicável a infrações privilegiadas por ausência de dolo ou por declaração do sujeito passivo (caso dos autos, art. 8º, II, b da Lei Estadual nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, alterada pelas leis nºs 7.027/76 e 7.349/80).

Como suprimento às presentes razões invoca o Apelado os acórdãos referidos pelo próprio impetrante na peça vestibular (fls. 5 e 6), bem como reporta-se às informações da autoridade impetrada e à fundamentação da r. sentença.

PORTO ALEGRE, 3 de junho de 1982.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DO DETRAN CONTESTAÇÃO

VERENA NYGAARD

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

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial signatária, nos autos da ação ordinária de indenização que lhe move MARIA DE LOURDES DE OLIVEIRA, vem respeitosamente, contestando a ação, dizer e requerer o que segue.

PRELIMINARMENTE:

O Estado argúi a preliminar de carência de ação em virtude de sua ilegitimidade para figurar como parte no presente feito.

Assim é, por inexistir o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela autora e a atuação do Estado. O desapossamento do automóvel adquirido a terceiro, apreendido pela autoridade policial por haver sido constatado tratar-se de "res furtiva", não constitui, como pretende a autora, um dano causado pelo DETRAN ao expedir o certificado de registro do veículo em nome do filho da autora, mas sim, um dano imputável exclusivamente ao autor do furto.

O Estado, através do DETRAN, não participa da transação, nem é por ela responsável; órgão administrativo, o DETRAN tem a atribuição de fiscalizar a regularidade formal das transferências de veículos e as condições de segurança e funcionamento destes (Decreto nº 62.127, de 16 de janeiro de 1968, artigos 110, II e 121), nunca a de garantir a legitimidade da origem do veículo, nem, muito menos, a de responder pela evicção.

Seja qual for a teoria que se adote no que concerne a responsabilidade civil do Estado, não incide o artigo 107 da Constituição Federal e não pode ser responsabilizada a pessoa jurídica de direito público quando não existe a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do funcionário e do dano sofrido pela vítima.

NO MÉRITO:

Os fatos

Em 13 de maio de 1978, a autora, em nome de seu filho interditado, adquiriu um automóvel Volkswagen usado, o qual, dois anos depois, vem a ser apreendido pela

autoridade policial que localizou o veículo e o identificou como tendo sido furtado por elemento integrante de uma quadrilha de assaltantes. A documentação fora falsificada e o chassi modificado.

Tendo procedido ao licenciamento, obtido o certificado de registro do carro em nome do filho, todavia, partindo da falsa premissa de que o DETRAN "é o responsável por todas as transferências de veículos no Estado do Rio Grande do Sul" e colocando-se na posição de terceiro de boa-fé, uma vez que alega ter examinado a documentação do veículo, a autora imputa o prejuízo sofrido à "negligência do DETRAN em não evitar a transferência de veículos de origem criminosa" e pretende, por isso, ver-se indenizada em perdas e danos pelo Estado.

O direito

1. Os efeitos jurídicos que a autora intenta atribuir à atuação do DETRAN no que concerne às transferências de veículos são totalmente improcedentes.

A esse propósito, em litígios idênticos ao da presente ação, os Tribunais têm decidido que o licenciamento e a expedição de certificado de registro de automóvel não implica qualquer reconhecimento quanto à legitimidade material do negócio de transferência.

Lê-se na ementa do acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado na Apelação Cível nº 25.951:

"Aquisição de veículo automotor que veio, posteriormente, a ser apreendido por verificado que fora objeto de furto. Ação proposta contra o Estado a quem se atribui responsabilidade pela inexatidão das informações prestadas pela repartição policial. Apelação provida para dar pela improcedência da ação. Não só as informações dos órgãos policiais não haviam contribuído para o negócio anteriormente realizado, como, de qualquer maneira, não podia o Estado responder pela validade da operação de compra e venda só pelo fato de ter emitido licença para trafegar" (Revista de Jurisprudência do TJRS, 59/350). (Grifei).

Neste julgamento, o Desembargador PAULO BOECKEL VELLOSO, no seu voto, sintetiza com clareza a função do Estado ao dizer que "O Estado não é o garantidor da seriedade e validade de uma operação de compra e venda de veículo automotor, só pelo fato de conceder a licença para trafegar. Se assim fosse, o Estado fosse responder pela evicção, então se justificaria um exame mais apurado da documentação e do próprio veículo, em termos de tornar mais segura esta garantia. Mas não é o que ocorre. O Estado intervém simplesmente para licenciar e esse licenciamento é feito após um exame sumário de documentos e do estado que o veículo apresenta, não se tratando de uma perícia, como no caso seria necessário, para chegar a descobrir o vício que eivava a transação referida".

No mesmo sentido pronunciou-se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível nº 8.998 ao entender que "o réu está sofrendo as consequências decorrentes da falta de cautelas que o negócio estava a exigir, pois não deveria confiar tão-somente no certificado de propriedade, que tem apenas efeito administrativo, mas verificar a legitimidade do título de domínio e a qualificação do antigo proprietário (...)" (Jurisprudência Catarinense, 2/127).

No Supremo Tribunal Federal prevalece a mesma orientação. Por sua integral pertinência ao presente feito, vale transcrever a argumentação expendida pelo Ministro Relator no julgamento do RE 64.600:

"Não cabe ao Estado cobrir com o seu registro a legitimidade de tais transações, mormente uma repartição administrativa que não tem atribuição de registro. Além do mais, no caso concreto, não houve omissão dos órgãos do Estado, que foi iludido pela falsificação de documento de compra e alteração do número do motor. Não pode o Estado ser responsabilizado pelo ato criminoso de terceiro. Em suma, mesmo admitindo a teoria do risco, este não pode cobrir ato criminoso que teria induzido a repartição em erro". (RTJ, 48/137). (Grifei).

Este voto, que foi do Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, fez escola no Supremo Tribunal Federal, tendo sua fundamentação sido retomada quando do julgamento do RE nº 86.656, oportunidade em que o Ministro CORDEIRO GUERRA acrescentou a seguinte consideração:

"A condenar-se o Estado recorrente, não reconheceríamos a sua responsabilidade, por ato culposo de seu funcionário, mas pelo dolo de terceiro, a que a Constituição e a lei civil não admitem". (RTJ 83/310).

2. Em matéria de responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco substitui, modernamente, a teoria da culpa administrativa e comporta duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral. A diferença entre uma e outra está em que naquela, tendo a vítima demonstrado que o evento lesivo foi ocasionado pela ação ou omissão do Poder Público, este poderá eximir-se total ou parcialmente da obrigação de indenizar o prejuízo, conforme provar a culpa total ou parcial da vítima na ocorrência do fato danoso.

Segundo a teoria do risco integral, o Poder Público indenizaria sempre, ainda que o dano resultasse de culpa da vítima. Por seu radicalismo e, na verdade, por conduzir a profundas injustiças, esta teoria não em sido aplicada, prevalecendo a do risco administrativo.

3. Todavia, certo é, porque resulta da letra do artigo 107 da Constituição Federal, que o Estado somente responde pelos danos que seus funcionários **causarem** a terceiros.

Ora, ao expedir o licenciamento e o certificado de registro do automóvel adquirido pela autora, o DETRAN nenhum dano lhe causou, nem concorreu para que ocorresse. A transferência estava formalmente perfeita e o veículo, em condições de trafegar; se a alguém competia perquirir a lisura das transferências anteriores e a origem do carro, era a própria autora. Esta é que, na defesa de seus interesses, não deveria ter-se cingido ao exame da documentação apresentada pelo vendedor, mormente considerando tratar-se de automóvel antigo, fabricado em 1968.

Assim, se negligência houve, foi da autora, jamais do funcionário do DETRAN, pois deste não seria exigível maior zelo e diligência do que do próprio comprador.

DIANTE DO EXPOSTO, o Estado requer seja acolhida a preliminar suscitada para o fim de ser decretada a extinção do processo.

Quanto ao mérito, que seja a ação julgada improcedente, com os consectários de lei.

Nestes termos,
pede deferimento.

Porto Alegre, 20 de agosto de 1981.

VERENA NYGAARD
PROCURADOR DO ESTADO

CONTRA-RAZÕES DE APELAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial signatária, nos autos da ação ordinária de indenização que lhe move MARIA DE LOURDES DE OLIVEIRA, vem, respeitosamente, apresentar suas contra-razões de apelação nos termos a seguir.

Face ao exposto, requer o encaminhamento a quem de direito.

Pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 16 de fevereiro de 1982.

VERENA NYGAARD
PROCURADOR DO ESTADO

EGRÉGIA CÂMARA

1. Inexiste, a toda evidência, o nexo de causalidade entre a atuação do agente público e o prejuízo patrimonial sofrido pela recorrente, não se configurando, destarte, os pressupostos ensejadores da responsabilidade do Estado.

Assim é, tanto no sentido de que o funcionário do DETRAN não praticou o ato **comissivo** causador do dano, como também, em razão de comportamento **omissivo**, não o ocasionou, pois não tinha o dever legal de agir, ou seja, o dever de evitar a consumação do dano.

Com efeito, em se tratando de ato omissivo, somente se pode cogitar de responsabilidade civil do Estado quando o seu agente tinha o dever legal de agir, e, culposamente, se omitiu, causando assim, por negligência, a lesão a direito individual. Há de configurar-se, conseqüentemente, um ato ilícito ou, dito de outra forma, uma omissão contrária a direito.

2. Ora, é exatamente este o pressuposto que não ocorre no caso da presente ação. Dentre as competências legais do DETRAN não se divisa qualquer atribuição — muito menos o dever — de fiscalizar a licitude ou ilicitude da procedência dos veículos que licencia, mas tão apenas suas condições de segurança e funcionamento, bem como a regularidade formal das transferências.

Não lhe cabe proceder à perícia dos veículos, como seria necessário na hipótese "sub judice" — e o foi, posteriormente, para identificação da "res furtiva" pelo Instituto de Criminalística — uma vez que fora alterado o chassi e falsificada a documentação original.

A jurisprudência aduzida na contestação — a cujos termos integralmente se reporta o ora apelado — já deixou fixado, com inteiro acerto, que

"Não cabe ao Estado cobrir com seu registro a legitimidade de tais transações, mormente uma repartição administrativa que não tem atribuições de registro. Além do mais, no caso concreto, não houve omissão dos órgãos do Estado, que foi iludido pela falsificação de documento de compra e alteração do número do motor. Não pode o Estado ser responsabilizado pelo ato criminoso de terceiro. Em suma, mesmo admitindo a teoria do risco, este não pode cobrir ato criminoso que teria induzido a repartição em erro". (RE 64.600. RTJ, 48/137).

3. Dissertando a respeito da responsabilidade civil do Estado por comportamento omissivo de seus agentes, o ilustre professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com a acuidade e o impecável raciocínio lógico que lhe são peculiares, assevera:

"Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre a ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável, quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, causadores de dano ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar o evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível". (BANOEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO — Ato Administrativo e Ombudsman. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 147).

E, mais adiante, enfatiza o mesmo professor:

*"É que, tratando-se de responsabilidade por comportamento estatal omissivo, o dano não é obra do Estado. Por isso cabe responsabilizá-lo se o seu comportamento omissivo era **censurado pelo Direito**. Fora daí, quando couber, a responsabilidade será de outrem: do próprio agente do dano.*

A responsabilidade estatal repontará apenas, consoante reiteradamente vimos afirmando, se o Estado não agiu para impedir o dano, embora estivesse juridicamente obrigado a obstá-lo ou se, tendo agido, atuou insuficientemente, portanto, abaixo dos padrões a que estava, de direito, compelido". (GRIFAMOS) (op. cit., p. 148/9)

4. Nem um, nem outro pressuposto se configuram no caso dos autos, pois a intervenção do OETRAN nas transferências de veículos se restringe, conforme reconheceu esse Egrégio Tribunal, a "um exame sumário de documentos e do estado que o veículo apresenta, não se tratando de uma perícia, como no caso seria necessário, para chegar a descobrir o vício que eivava a transação..." (voto proferido pelo Desembargador PAULO BOECKEL VELLOSO na Apelação Cível nº 25.951, RJTJRGs 59/350).

Há por conseguinte, flagrante equívoco nas consequências e efeitos jurídicos que a recorrente intenta atribuir à expedição de certificado de registro de veículo por parte do OETRAN cujo funcionário, ao praticar aquele ato, não se esquivou ao cum-

primento de dever legalmente imposto, nem foi negligente, nem revelou comportamento inferior ao padrão legal exigível.

5. Carecedora de fundamento jurídico afigura-se, pois, a pretensão indenizatória deduzida em juízo pela recorrente.

E, por assim ser, espera o apelado seja mantida, na sua inteireza e por seus jurídicos fundamentos, a r. sentença a quo.

PORTO ALEGRE, 16 de fevereiro de 1982.

VERENA NYGAARD
PROCURADOR DO ESTADO

ACÓRDÃO

RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

- Compra de carro furtado.
- Como o registro do automóvel na repartição de trânsito não tem força para transmitir a propriedade, servindo apenas de licença para trafegar, o Estado não tem culpa quanto à aquisição prejudicial para o particular de veículo furtado, embora fraudulentamente registrado.

APELAÇÃO CÍVEL
Nº 41.501
MARIA DE LOURDES DE OLIVEIRA,
Curadora de seu filho interdito
JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA,
ESTAOO DO RIO GRANDE DO SUL,

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE

APELANTE;
APELAOO.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Terceira Câmara Cível, à unanimidade, negar provimento à apelação, de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Oes. Galeno Lacerda.

Porto Alegre, 09 de setembro de 1982.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 41.501
PORTO ALEGRE**

RELATÓRIO.

1. Trata-se de ação ordinária de indenização promovida por Maria de Lourdes de Oliveira, na condição de curadora de seu filho interditado João Batista de Oliveira, contra o Estado do Rio Grande do Sul.

Narra a autora, em sua inicial, que, em 31.05.78, a mesma comprou de Vicente Candido da Cunha, em nome de seu filho interditado, João Batista de Oliveira, um automóvel, marca Volkswagen, ano 1968. Alega que examinou toda a documentação do veículo, constatando-a perfeita, inclusive com relação à Taxa Rodoviária Única e seguro obrigatório. Mas, no dia 20.06.80, o referido veículo foi apreendido por policiais lotados na Delegacia de Furtos de Veículos desta Capital, sob alegação de que o mesmo havia sido furtado em Cachoeira do Sul e removido para Porto Alegre, onde, segundo apuraram, falsificaram sua documentação, facilitando sua posterior venda. A autora pretende a indenização pela perda do automóvel, indenização esta que se consubstanciará em pagamento de perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença. Requer, portanto, a procedência da ação em todos os seus termos, devendo o Estado pagar à autora o valor atual do automóvel objeto da ação, a ser apurado em liquidação, tendo em vista o preço atual do mercado, além de juros de mora e correção monetária, mais honorários advocatícios de 20%. Juntou documentos (fls. 06 a 26).

2. Atendendo o pedido do Dr. Juiz de Direito da 1.ª Vara da Fazenda Pública Estadual, em que se solicitava cópia de perícia do Instituto de Criminalística, através do Ofício nº 281/81, o magistrado da Comarca de Cachoeira do Sul respondeu informando que não existe ação ordinária naquela Comarca, envolvendo os nomes da autora e do réu (fls. 33).

3. Solicitado, o diretor do DETRAN remeteu a cópia do recibo de venda do dito veículo (fls. 36).

4. Citado, o réu contestou arguindo a preliminar de carência de ação, visto que o DETRAN tem atribuição de fiscalizar a regularidade formal das transferências dos veículos e as condições de segurança e funcionamento destes, e nunca a de garantir a legitimidade de origem do veículo, nem, muito menos, a de responder pela evicção. Pede que seja acolhida a preliminar suscitada para o fim de ser decretada a extinção do processo. Requer, ainda, que seja julgada improcedente quanto ao mérito (fls. 38 a 44).

5. A autora replicou os termos da contestação (fls. 46 a 47).

6. Dada vista ao Ministério Público, na qualidade de curador substituto, opinou que seja julgada improcedente a ação (fls. 49/50).

7. Manifestou-se o réu dizendo que não tem provas a produzir, por versar a lide questão exclusivamente de direito (fls. 52).

8. A autora não se manifestou, a fim de especificar provas que quisesse produzir.

9. O magistrado julgou improcedente a ação, deixando de condenar a autora nas custas e honorários, por gozar do benefício da assistência judiciária gratuita. Entendeu o Dr. Juiz, que o DETRAN não participa do negócio, apenas examina a regularidade formal da transferência. Sustenta, também, que não há que fazer analogia com o Registro de Imóveis, pois não é o registro no DETRAN que transfere a propriedade do veículo e este, como bem móvel tem a sua propriedade transferida pela tradição. Não pode o Estado, portanto, ser responsabilizado se inexistiu culpa por parte de seu agente, uma vez que a autora foi enganada pela fiscalização (fls. 54/55).

10. Inconformada, a autora apelou afirmando que houve negligência e omissão do Estado através de seus órgãos policiais, pois o veículo transferido constava na relação de veículos furtados que se encontrava em poder do órgão competente. Sustenta, ainda, que a pessoa lesada é incapaz, cuja proteção é do Estado. Requer a total reforma da sentença de primeira instância, devendo o Estado ser condenado ao requerido na inicial, mais honorários sobre o montante da liquidação, além de juros e correção monetária (fls. 57 a 60).

11. O apelante apresentou suas contra-razões pedindo que fosse mantida a sentença "a quo" na sua inteireza e por seus jurídicos fundamentos. (fls. 62 a 67).

12. O Dr. Promotor Público opinou pelo improvimento do apelo (fls. 70).

13. Subiram os autos. Nesta instância, emitiu parecer o Dr. Procurador da Justiça, no sentido de que seja confirmada a sentença de primeiro grau (fls. 74).

É o relatório.

A douta revisão.

Porto Alegre, 20 de agosto de 1982.

MARCO AURÉLIO C. M. DE OLIVEIRA
RELATOR

ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO C. M. DE OLIVEIRA — RELATOR

RELATOR: DES. MARCO AURÉLIO C. M. DE OLIVEIRA

VOTO

O DES. MARCO AURÉLIO C. M. DE OLIVEIRA — RELATOR — Sr. Presidente. Confirmo a sentença por seus jurídicos fundamentos e pelos que ora exponho. O fundamental deles é que o registro não representa título translativo de propriedade; é apenas um mero atestado de circulação do veículo.

Para que houvesse responsabilidade do Estado, seria mister comprovar a responsabilidade da administração.

Correta a colocação de que o registro do carro é tão só para o trânsito do veículo. Não opera transferência de propriedade.

Ademais, não foi feita perícia para positivar que a administração teria tido condições de averiguar a adulteração do número de chassi. Caso não houvesse como averiguar essa falsificação, não haveria como imputar a responsabilidade ao Estado.

O DES. GALENO LACERDA — Aliás, gostaria de deixar consignado meu desacordo a certa jurisprudência que atribui ao registro do veículo eficácia real. Entendo que o registro de transferência de veículos não possui nenhuma eficácia real. A transmissão se opera pela tradição e não pelo registro.

O PRESIDENTE DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — De acordo.

A decisão é a seguinte: "Negaram provimento. Unânime".

CONVÊNIOS DE ICM E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

REJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
PRIMEIRA VARA DA FAZENDA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 01182228005

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por SÃO DOMINGOS — CIA. DE AGROPECUÁRIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS e OUTROS, vem, pelo presente, inconformado com a sentença de fls., dela interpor recurso de apelação, pelos motivos constantes da minuta anexa e que aqui se dão por reproduzidos.

PORTO ALEGRE, 23 de março de 1983.

REJANE BRASIL FILIPPI
PROCURADOR DO ESTADO

PELO APELANTE,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EGRÉGIA CÂMARA:

Sentencia o Juiz que os Convênios de ICM devem ser aprovados pela Assembleia Legislativa; qualquer interpretação em sentido contrário esbarraria no princípio da legalidade tributária.

O § 6º do artigo 23 da Constituição Federal assim o exige, salienta, ainda, a decisão recorrida; o dispositivo não estabelece expressa e inuidosa exceção ao princípio da reserva da lei — caso em que *"poderia prevalecer a exegese da autoridade impetrada"*.

Aponta como desnecessário o exame da Lei Complementar nº 24/75, pois que qualquer disposição que *"explícita ou implicitamente desobrigue a ratificação dos Convênios pelo Poder Legislativo, mostra-se írrita e inconstitucional, por não se coadunar com o princípio da legalidade, regra de hierarquia superior"*.

São estas, em síntese, as razões que levaram o julgador a conceder a segurança.

CONVÊNIOS DE ICM E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O artigo 23, parágrafo 6º, da Constituição, ao podar o poder tributante dos Estados-Membros, estabelecendo o princípio da reserva do Convênio para as isenções do ICM — afetou, indiscutivelmente, a eficácia do princípio da legalidade tributária. É que foi suprimida — em caráter definitivo — a competência estadual para legislar sobre isenções de ICM, seu estabelecimento ou revogação, de tal modo que inconstitucional se considera Lei ou Decreto Estadual que dispuser sobre a exclusão do imposto em causa.

O primeiro corolário do comando constitucional consiste, pois, na ruptura do princípio de que o poder que tributa pode isentar de seus próprios impostos.

A própria Constituição Federal, que dá competência, que autoriza o exercício de faculdades e de atribuições tributárias aos entes políticos, ao mesmo tempo, impõe limitações.

A limitação de competência é um ponto além do qual o poder de tributar não se pode fazer sentir: trata-se, precisamente, da hipótese do § 6º do artigo 23 da Lei Maior, a exigir lei complementar tributária, para, preenchendo lacunas do texto constitucional, regular as restrições nele contidas.

Compreende-se que assim se haja estatuído, observa PONTES DE MIRANDA, ao comentar o citado parágrafo, porque a isenção imposta por apenas uma unidade estatal pode ser nociva. E acrescenta que os Convênios que estabelecem ou revogam isenções, serão *“celebrados e ratificados, conforme se estabeleça em lei complementar”*... havendo, continua, *“por parte dos Estados-Membros, o dever de só isentar e só ab-rogar ou derrogar isenções em convênios, que os Estados-Membros figurantes celebrem ou ratifiquem. Não, portanto, isentabilidade sem ser em convênios”*. (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69; Tomo II, Edição Revista dos Tribunais, p. 515).

Os ajustes multilaterais passaram, portanto, a substituir — no plano nacional — as leis emanadas dos legislativos estaduais.

Conclui-se e a seguir se tentará demonstrar, que o segundo corolário do parágrafo sexto do artigo 23, a partir da afirmação de que inexistia, após a sua edição, *“isentabilidade sem ser em convênios”* — consiste na exclusão — na hipótese, da eficácia do princípio da reserva da lei a que se submetiam as *“hipóteses de exclusão de créditos tributários”*, nos termos do artigo 97, VI e 175 do Código Tributário Nacional.

Em razão do citado dispositivo constitucional, ampliaram-se as fontes formais do direito tributário estadual.

A outorga de competência para conceder ou revogar isenções via ajustes multilaterais — em caráter exclusivo — tem o condão de constituir as fontes formais de direito tributário — isto é, produtores de normas jurídicas fiscais, sendo inegável a sua natureza de fonte de direito, porque, tão logo celebrados pelos Estados e Distrito Federal, adquirem relevância jurídica.

2. Ao instituir o princípio da reserva do convênio para disciplinar isenções do ICM, tornou-se imperativo a edição de Lei Complementar pela União a fim de traçar o estatuto dos acordos interestaduais.

A Lei Complementar nº 24/75 — cumprindo seu destino de explicitar e completar a eficácia do comando constitucional expresso, define formal e procedimentalmente os convênios de ICM, fixando-lhes os contornos jurídicos, desde os requisitos que presidem sua criação até final ratificação.

A celebração dos acordos pressupõe a convocação dos representantes de todos os Estados e Distrito Federal. Reunidos, presente a maioria, decidirão a concessão ou não do benefício. A decisão unânime dos Estados representados é necessária para a outorga do benefício — a aprovação de 4/5 dos presentes, para a sua revogação total ou parcial.

A Lei Complementar nº 24 prevê, ainda, a ratificação dos convênios (artigo 4º), o modo como se dará: por decreto do Poder Executivo de cada Unidade de Federação, no prazo de 15 dias após a publicação no Diário Oficial da União.

Os convênios poderão ser rejeitados, o que ocorrerá se não houver (tácita ou expressamente) a ratificação pelo Poder Executivo de todos os Estados-Membros.

Traçou, em síntese, a Lei Complementar nº 24/75 normas gerais, diretrizes para a confecção dos convênios, não prevendo, em qualquer das etapas de sua criação, a intervenção dos poderes legislativos dos Estados convenientes.

Ao invés, o itinerário sugerido pelo legislador complementar, alija inteiramente a participação dos parlamentares estaduais: os convênios em matéria de ICM são propostos e discutidos pela administração — sua aprovação fica a cargo dos poderes executivos locais, enfim, é na esfera exclusiva do poder executivo que se resolve a concessão ou não do benefício, o que isentar, e em que extensão quando deve ser retirado, todo o disciplinamento material das isenções que serão corporificadas nos ajustes.

Ocorreu, sem dúvida, desfalque significativo da competência legislativa dos Estados, e o processo de elaboração dos convênios traduz a vontade do legislador complementar de revogar o princípio da legalidade tributária, capitulado no artigo 97, VI do Código Tributário Nacional — que pressupõe a plena atuação legislativa.

Lei Complementar pode revogar Lei Complementar, e, no caso, foi a própria Constituição Federal de 1967 que introduziu no Código Tributário Nacional alteração substancial (*ratione materiae*), que afetou o princípio da reserva da lei tributária no campo restrito das isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, da competência estadual.

Repisando o anteriormente mencionado: face à supressão da competência legislativa dos Estados-Membros e do Distrito Federal, o que ocorreu em virtude da disposição contida no § 6º, artigo 23 da Constituição Federal, e da circunstância de que os convênios interestaduais têm como fonte primária a própria Constituição Federal, outro caminho não se apontaria ao legislador complementar: inserir na norma dos artigos 4º e 5º a **previsão de ratificação** por ato do executivo à revelia do poder legislativo. LUIZ MÉLEGA, em artigo publicado na Revista "Estudos Tributários" (Direção e colaboração de RUY BARBOSA NOGUEIRA, Resenha Tributária, 1974) ao confrontar a opinião de ALIOMAR BALEEIRO para quem os convênios são meros "arranjos administrativos subordinados à lei", com a emitida por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Parecer in RDP nº 17/373) em sentido contrário, adere à última, a qual expõe resumidamente a fls. 393/394:

"A eficácia de tais ajustes não decorre de norma geral de direito financeiro, mas de preceito constitucional explícito. Tais convênios não apenas podem conceder isenções mas também revogá-las. A sua eficácia constitutiva (positiva) ou desconstitutiva (negativa) é, dessa forma, expressa. Trata-se, continua e com muito acerto, de uma norma de competência. Os Estados-Membros e o Distrito Federal já recebem competência para tributar as operações de circulação de mercadorias com exclusão da competência para isentar. Esta é constitucionalmente deferida aos convênios".

E, assim, conclui o tributarista o pensamento de SOUTO MAIOR, salientando o caráter substitutivo dos convênios face às leis estaduais: "não se limitam eles (convênios) a complementar, aperfeiçoar, desdobrar, explicitar ou desenvolver a eficácia das leis locais. Eles as substituem no plano nacional".

Finalmente, encerra a discussão do problema com rápida pincelada em torno do princípio da legalidade, cuja sede é o artigo 97 do Código Tributário Nacional, e cuja eficácia — entendido que os convênios substituem a lei por força de disposição constitucional — "fica condicionada à estrita observância dos preceitos inscritos na Constituição Federal".

3. Afirma a decisão recorrida que qualquer disposição (da Lei Complementar nº 24/75) que "explicita ou implicitamente, desobrigue a ratificação dos Convênios pelo Poder Legislativo mostra-se irrita e inconstitucional, por não se coadunar com o princípio da legalidade".

Cabe um esclarecimento a esta peremptória afirmação.

No ano de 1982, o Governador do Estado submeteu a exame do Procurador-Geral da República pedido de representação ao Supremo Tribunal Federal, para interpretação dos artigos 4º e 5º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

O pedido foi arquivado por se entender que não somente inexistia dúvida quanto à exegese das regras referidas, mas também pelo fato de que a lei não suscitara litígios decorrentes de dúvidas quanto à sua interpretação:

"Ora, embora essa lei complementar esteja em vigor há mais de sete anos, não demonstra o requerente que sua aplicação tenha provocado a repetição de litígios".

O despacho do Procurador-Geral da República ao recusar o pedido de representação para interpretação de lei, menciona, inclusive, que a pesquisa jurisprudencial revelou existirem apenas 2 casos concernentes à ratificação de convênios celebrados pelos Estados-Membros.

Um deles teve decisão do Ministro CORDEIRO GUERRA, no sentido de que a eficácia dos convênios dependeria unicamente da ratificação do Chefe do Poder Executivo.

E, a propósito, transcreve trecho do parecer:

Processo P.G.R. nº 50.207/82:

"É certo que, por força do artigo 4º da Lei Complementar nº 24, de 1975, as isenções e outros incentivos referentes ao ICM, previstos em convênios, dependem apenas de ratificação do Chefe do Poder Executivo para sua ampla eficácia. E, por outro lado, não parece que o legislador tenha extrapolado os limites do artigo 97, VI do CTN, na integração normativa do artigo 23, § 6º, da Lei Maior, pois este dispositivo se refere unicamente às isenções do ICM e já estabelece processo diverso para a sua concessão ao mesmo tempo em que faz expressa remissão à lei complementar para as especificações analíticas decorrentes".

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E A AUTONOMIA ESTADUAL

4. Cabe indagar se a discussão de problema da ratificação do Convênio de ICM é meramente acadêmica no Estado do Rio Grande do Sul, em razão da prescrição contida na Constituição do Estado (artigo 27, XI).

No artigo 18, § 1º, a Constituição Federal, referindo-se à matéria tributária, dispõe:

"Lei Complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará limitações constitucionais ao poder de tributar".

O Professor PAULO DE BARROS CARVALHO não hesita em sublinhar que a **matéria objeto da norma geral** consiste em preencher lacunas do texto constitucional, e que a mesma comporta duas finalidades: *"1.ª) dispor sobre conflitos, 2.ª) regular limitações constitucionais ao poder de tributar; logo, sempre que as lacunas disserem respeito a esses dois aspectos, caberá a norma geral"*. (Elementos de Direito Tributário, pág. 160, Edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978).

A Lei Complementar nº 24/75, seguramente, ao mesmo tempo em que abrange a verdadeira matéria da norma geral, destina-se a atender àquela dupla finalidade, apresentando, portanto, a natureza própria das leis complementares previstas no citado parágrafo 1º do artigo 18 da Constituição Federal.

Ou seja: são leis nacionais e não federais, aplicam-se a todo o território nacional, a todas as pessoas políticas. *"Não são leis, na formulação kelseniana, da ordem jurídica parcial central, mas da ordem jurídica global, são leis nacionais, em oposição às, simplesmente, federais"*. (GERALDO ATALIBA, op. cit., pág. 170).

Ao editar a Lei Complementar nº 24/75, mediante quórum qualificado, o Congresso Nacional estabeleceu regras referentes a Convênio de ICM, visando prevenir conflitos de competência entre as unidades federadas, e disciplinar limitações constitucionalmente impostas aos Estados no artigo 23, § 6º citado.

Situa-se dentro do campo peculiar das normas gerais, não violando, portanto, a autonomia estadual que reside — antes de mais nada — no poder de se auto-organizarem e auto-administrarem segundo as leis que adotarem.

Tal autonomia lhe é assegurada para que possa (o Estado-Membro) legislar sobre todas as matérias que não lhe sejam vedadas pela Constituição do país.

Ora, os Estados não têm competência para legislar (sequer supletivamente) sobre normas gerais de direito tributário, matéria sob reserva de lei complementar, como já se viu, e que tem eficácia vinculante para os Estados e Municípios (JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Lei Complementar Tributária, Ed. Educ., S.P. pág. 97).

Não é constitucionalmente viável a interpenetração de campos privativos de legislação, e lei do Estado-Membro ou do Município que invadir o campo privativo da lei complementar serão atos inconstitucionais.

As regras complementares que normatizam especificamente formas de exclusão do imposto estadual através de convênios contrastam, seguramente, com o que

dispõe a Constituição Estadual sobre a necessidade da ratificação legislativa de convênios em geral (artigo 27, XI).

As primeiras situam-se rigorosamente dentro de seu campo material de incidência; considerando-se a lei do Estado do Rio Grande do Sul invasora do campo privativo da lei complementar.

Assim sendo, somente no tocante a este restrito campo de abrangência (convênios de ICM) a norma local teve afetada a sua validade, que diz com a incompetência do órgão que a criou.

Dentro dessa ordem de raciocínio, o artigo 27, XI da Constituição do Estado é válida e eficaz em relação a todos os demais acordos interestaduais versando matéria outra, excluindo-se as isenções de ICM — as quais serão estabelecidas ou revogadas nos moldes previstos na Constituição Federal e lei complementar dela decorrente.

Os prejuízos do Estado do Rio Grande do Sul, já foram, no caso, enfatizados em meticulosa petição de fls.

Acrescenta-se, outro, revelado pelos documentos anexos: os impetrantes recolhem o imposto com base de cálculo reduzida, porém, transferem-se crédito fiscal na base de cálculo integral — consoante se verifica pelo montante do ICM destacado em nota fiscal.

Os adquirentes — na etapa subsequente de circulação — deixarão de recolher parcela substancial do imposto (diferença entre a base integral de 100% e a reduzida de 32,3%) — prejuízo, portanto, calculado em 10,8%.

Finalmente, pelas razões anteriormente expostas, espera seja dado provimento à presente apelação, reformando-se a sentença recorrida, para o fim de se julgar improcedente a ação de mandado de segurança.

PORTO ALEGRE, 23 de março de 1983.

ESTABILIDADE EXCEPCIONAL

Art. 177, § 2º da CF/67

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

CONTESTAÇÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual.

PROCESSO nº 01181067263.

OBJETO: resposta do demandado.

O **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, por seu representante judicial firmatário, nos autos da ação ordinária que lhe promove por esta vara **HÉLIO KUHN CABRAL**, respeitosamente, vem expor as razões pelas quais espera o improvimento total do pedido. E o faz articuladamente.

1. Relata a inicial que o A. ingressou no serviço público estadual, em 28 de dezembro de 1960, na qualidade de contratado, beneficiando-se, posteriormente, com a estabilidade excepcional criada pelo disposto no art. 177, § 2º, Constituição Federal de 1967.

2. A partir de 1967 os seus salários foram "reajustados aos níveis equivalentes à classe inicial do cargo de operador de máquina de contabilidade, CLASSE "H", do regime estatutário criado pela Lei nº 5.208/65 e em janeiro de 1979 obteve equivalência com a CLASSE "M".

3. Entrementes, com o advento da Lei 7.133, de 13 de janeiro de 1978, os servidores estabilizados, foram considerados efetivos, criando-se os cargos necessários à nomeação neste caráter. Assim o autor, que mediante o Boletim 8.014/80/SEA, passou a ocupar o cargo de Operador de Máquina de Contabilidade — Classe "H" — no QUADRO DOS FUNCIONÁRIOS FAZENDÁRIOS.

4. Pretende o autor, agora, obter um provimento judicial que obrigue a administração a provê-lo no exercício do cargo de Operador de Máquina de Contabilidade — Classe "M" —.

E isto pelo fato de que à data do Boletim 8.014/80/SEA, publicado no D.O. de 04 de agosto de 1980, percebia vencimentos equivalentes aos dos Operadores de Máquina de Contabilidade "H", do Quadro dos Funcionários Fazendários. Diz a inicial, no que respeita o pedido:

"A sua nomeação em caráter efetivo, que se processou em decorrência de Lei, deveria ter obedecido a situação em que se encontrava o A., na ocasião da nomeação, impondo-se, por isso, a sua reposição na situa-

ção funcional a que faz jus, isto é, na CLASSE "M", desde a data em que se verificou a sua nomeação face a Lei n.º 7.133/78, assegurando-se-lhe o direito à percepção das diferenças de vencimentos, desde aquela data, da CLASSE "H" para a CLASSE "M". —

5. Venia concessa! não procede a ação.

A primeira determinação de desate para a presente espécie é aquela que diz da natureza do direito que o funcionário estável excepcional, único endereçatário das disposições da Lei 7.133, subjetivou com a edição da norma.

A norma do art. 1.º, da Lei 7.133 é tipicamente atributiva de **direito formativo**. ALMIRO DO COUTO E SILVA ao referir-se a este tipo de direito assim preleciona:

"Percebe-se, pois, que há situações em que a lei, cumpridos certos requisitos, ou mesmo o simples ato administrativo, coloca os particulares em posição jurídica de poder criar, modificar ou extinguir relação jurídica de direito administrativo, através da manifestação ou declaração unilateral de vontade. (...)"

Esses poderes que têm os particulares, em certas circunstâncias, de estabelecer, alterar ou pôr termo a relações jurídicas de direito público, não são simples faculdades ou direitos assubjetivados, mas, em verdade, direitos subjetivos. (...)"

"Tais direitos subjetivos são da classe dos direitos formativos."

(cf. "in" ATOS JURÍDICOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO PRATICADOS POR PARTICULARES E DIREITOS FORMATIVOS", autor citado, Rev. de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 9 pág. 19)

6. É irrecusável o caráter de direito formativo conferido pela disposição ensejadora da efetividade para os servidores estáveis mercê de norma constitucional. A manifestação unilateral de vontade do servidor, nas condições do dispositivo em questão, gera inafastável dever para a administração no sentido de dar curso à criação dos cargos necessários à realização do direito subjetivado pelo requerente a partir da norma concessiva.

7. As consequências do caráter formativo do direito estabelecido pelo artigo, 1.º da Lei 7.133, aos servidores estáveis se pode deduzir do seguinte texto do trabalho anteriormente referido.

"Possuindo os direitos formativos a natureza de direitos a que não correspondem deveres nem obrigações, por serem, também, despidos de pretensão, não seria admissível que criassem uma sujeição por termo indefinido, para a pessoa contra a qual se dirigissem. Os direitos formativos foram já chamados de direitos potestativos ou de direitos do poder jurídico, exatamente porque a criação, modificação ou extinção da relação jurídica depende de ato unilateral do seu titular. O nascimento ou não, do direito formado, a que corresponderão deveres do termo passivo da relação jurídica, está, assim, subordinado à vontade do titular de direito formativo. Manifestada ou declarada essa vontade, vale dizer, exercido o direito formativo, nesse momento é que se constituirão os deveres para a outra parte. (...)"

(Op. cit., p.31)

8. Presumindo-se como verdadeiro, até porque decorrência do prazo decadencial estabelecido na norma em questão, que o A, tenha requerido a sua efetivação, tê-lo-ia feito, no prazo cujo termo final não poderia sobrepassar a 13 de julho do ano da edição da Lei 7.133, que é o ano de 1978. Ora, se somente a partir de janeiro de 1979 seus vencimentos obtiveram a equivalência aos atribuídos ao cargo de Operador de Máquina de Contabilidade "CLASSE M", é evidente que à época do requerimento aqueles estavam equiparados aos abonados à CLASSE "H".

9. No momento em que o autor exerceu o "direito formativo gerador" (op. cit. p. 25) este consumiu-se, porquanto ocorre ser esta uma das singularidades dos direitos formativos. (Cf. op. cit. p. 22). Assim que, optando como efetivamente optou, o autor por um novo regime jurídico, desvinculando-se da categoria de servidor celetista, que detinha como contratado, para subordinar-se aos ditames da categoria de funcionário público estatutário, não pode, agora, pretender, incongruente, que se lhe estenda vantagem reconhecida aos celetistas.

10. Por outra é completamente impertinente o aceno a dispositivos constitucionais, tal como o art. 165, III da C.F., porquanto esta norma e a constante do inc. XVII do art. citado, inseridas no Título III da Carta Magna, que trata da ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL, ressalva direitos básicos dos **trabalhadores** em geral e não do servidor público máxime funcionário estatutário a que a Constituição contempla especialmente na Seção VIII, do Cap. VII, do Título I que trata da ORGANIZAÇÃO NACIONAL. Para estes, em contraste nítido com que se afirmou na inicial, "... é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração..." (Cf. C.F. Parágrafo único do art. 98).

11. Admite-se que pudesse, como celetista, invocar disposições programáticas dirigidas ao trabalhador em geral. Mas, como funcionário estatutário, invocar a seu favor normas, embora constitucionais, que não se enderecem ao funcionário públi-

co, em flagrante oposição a princípio para ele especialmente deduzido na carta política (§ único do art. 98) é baralhar situações as mais basilares.

12. Resumidamente, temos: à época em que exerceu o direito formativo gerador que lhe foi conferido pela Lei 7.133 o autor percebia vencimentos equivalentes ao cargo Operador de Máquina de Contabilidade Classe "H". A administração tinha que respeitar, pena de desfalque patrimonial, esta situação, posto que o art. 1º do citado diploma legal, "ad instar" das normas excepcionais estabilizadoras, fixou imobilizando, dir-se-ia fotograficamente, a posição funcional do autor quando por exercício do direito formativo gerador ESTE SE ENTINGUIU. O autor não tem direito, como se disse, após a opção pela situação de funcionário estatutário (com os conseqüentes benefícios que esta posição sabidamente confere) de acrescentar a estes os que a administração veio de fixar em favor dos celetistas. "Ad extra", face à norma do art. 98 e seu § único da C.F., não há a menor possibilidade de equiparação entre a situação do funcionário celetista e o estatutário; "ad intra" poderia argumentar com situações isonômicas, mas como adverte CIRNE LIMA (Rui) estas reclamariam "... IGUALDADE NA REGRA JURÍDICA, E NÃO DA REGRA JURÍDICA" (Cf. *Princípios*, § 20, n.º 4, p. 166, 3ª. Ed. 1954), como quer o autor. Para a estruturação do serviço público outras determinações além do conteúdo ocupacional de um cargo servem à discriminação destes em categorias e classes. O autor nega toda a disciplina jurídica da função pública ao pretender pelo exercício de igual serviço uma equiparação de vencimentos. Enfatize-se, uma vez mais, por pertinente, que se como celetista poderia acenar com "**o princípio do tratamento igual do trabalho de igual valor**" decorrente da regra isonômica genérica (art. 153, § 1º da C.F.) (Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. VI, p. 107, Ed. R.T., 1968), como funcionário estatutário a vedação explícita para a possibilidade de equiparação inibe, desde logo, qualquer aceno à isonomia que não seja mediatizada pelas regras QUE ORGANIZAM O SERVIÇO PÚBLICO (Cf. CIRNE LIMA (Rui), *Princípios*, § 20, "passim").

13. Assim que, se ao empós de exercer o direito formativo para obter a posição de funcionário estatutário houve melhora das condições remuneratórias para os funcionários celetistas de sua posição, somente se permanecesse nesta condição é que poderia continuar desfrutando do nível de retribuição. Impossível, pois, a pretensão do autor que implicaria, após a extinção de seu direito formativo pelo exercício, a obrigar a Administração a vincular o sistema de retribuição do funcionário estatutário ao celetista.

14. Dá, pois, o Estado por contestada a presente ação ordinária em todos os seus termos e para os efeitos de Lei.

PELO EXPOSTO espera a improcedência total da presente ação com as cominações de direito.

REQUER o julgamento antecipado da lide face a inexistência de controvérsia quanto aos fatos.

TT. em que
P. Deferimento.

Porto Alegre, 09 de julho de 1981.

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do RGS.

SENTENÇA

VISTOS:

I — HÉLIO KUHN CABRAL, qualificado na inicial, ajuizou ação contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, narrando que foi contratado, em regime de CLT, em 28 de dezembro de 1960, para exercer as funções de Operador de Máquina de Contabilidade, na Contadoria e Auditoria-Geral da Secretaria da Fazenda. E, em face do disposto no artigo 177, da Constituição Federal de 1967, como exercia aquelas funções há mais de cinco (5) anos, nelas resultou estabilizado (Apostila nº 438, DOE de 06-06-68). No mesmo ano de 1967, os salários do demandante foram reajustados em níveis equivalentes à classe inicial do cargo de Operador de Máquina de Contabilidade, correspondentes à classe **H**. E, a partir de janeiro de 1979, seus salários passaram a ser equivalentes à classe **M**.

Não obstante, em 13 de janeiro de 1978, o Estado fazia editar a Lei Estadual nº 7.133, cujo artigo 1º efetivava nos respectivos cargos os servidores estabilizados pela supra mencionada regra constitucional. O autor requereu, no prazo legalmente previsto de 180 dias, sua efetivação, tendo ela se consumado através do Boletim nº 8.014/80, da Secretaria da Administração, conforme ato publicado no DOE de 4 de agosto de 1980.

Acontece que o requerente foi efetivado no cargo de Operador de Máquina de Contabilidade, classe **H**, quando recebia salários equivalentes aos vencimentos daquele cargo na classe **M**. Por isto, sustenta o autor que sua efetivação se deveria ter operado na última das classes citadas, mas não logrou atendimento a essa pretensão na via administrativa.

Nestas condições, veio o demandante a juízo pedir sentença que lhe assegurasse efetivação no cargo de Operador de Máquina de Contabilidade, classe **M**, retroativa à data da sua nomeação, condenando-se o réu ao pagamento das diferenças de vencimentos entre os do nível da classe **H** e aqueles na classe **M**, inclusive atrasados, com as cominações legais.

Citado, o Estado ofereceu contestação, sustentando que o direito à efetivação do autor, criado pelo artigo 1º, da Lei 7.133/78, era direito formativo. Assim, dependia sua aquisição da mera e unilateral manifestação do autor, no prazo decadencial

de 180 dias, contados da vigência daquela Lei. Uma vez exercida a manifestação do servidor, consumada estava a relação jurídica, que se fazia estatutária. Nesse momento, adquirido o direito à efetivação, se estratificaram os deveres correspondentes. Por isto, a efetivação do postulante somente se poderia dar no cargo cujas funções exercia na qualidade de contratado. E esse cargo era o de Operador de Máquina de Contabilidade, classe **H**, pois só em janeiro de 1979 é que os salários do autor foram equiparados aos da classe **M**. Daí, a improcedência da ação.

O autor falou sobre a defesa, requisitando-se a seguir informações sobre as vantagens a ele pagas desde 1º de janeiro de 1978. Facultada manifestação das partes sobre os documentos, mantendo-se estas silentes, exarou parecer o órgão do Ministério Público, pela rejeição do pedido lançado na inicial.

Sem provas a produzir em audiência, preparados, vieram os autos conclusos para julgamento antecipado.

II— O autor passou a exercer a 28 de dezembro de 1960, mediante o contrato de fls. 6/7, as funções de Operador em Máquina de Contabilidade, vinculando-se à Administração Pública na condição de empregado, regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho. Em decorrência do artigo 64, da Lei Estadual nº 4.937, de 1965, seus salários passaram a ser equivalentes à classe inicial do cargo de Operador de Máquina de Contabilidade, classe **H**, cargo este criado pela Lei Estadual nº 5.208, também de 1965.

Estava ele nessa situação quando sobreveio a Constituição Federal de 1967, cujo artigo 177, § 2º, o estabilizou no exercício daquela função pública.

A 13 de janeiro de 1978, o Estado do Rio Grande do Sul efetivou nos respectivos cargos os servidores estabilizados em consequência da norma constitucional, desde que eles manifestassem seu interesse, no prazo de 180 dias (Lei Estadual nº 7.133, artigo 1º). Nesse prazo, o demandante requereu sua efetivação, mas a nomeação só veio a ser publicada em 1980 (doc. fls. 22). Entre a data em que manifestou seu interesse (1978) e o momento em que foi nomeado, alteraram-se os níveis salariais atribuídos ao demandante: passou da remuneração equivalente à classe **H** para a remuneração equivalente à classe **M**. Em vista disto, entende o autor que deveria ter sido nomeado para cargo de Operador de Máquina de Contabilidade na classe **M** e não, como foi, na classe **H**.

A este julgador afiguram-se melhores as razões apresentadas pelo Estado réu na sustentação do critério utilizado pela Administração Pública. É que só a partir de janeiro de 1979 passou o demandante a perceber remuneração equivalente à classe **M**, quando já se havia aperfeiçoado a relação jurídica estatutária decorrente da efetivação. Esta, instituída pela Lei Estadual 7.133, de janeiro de 1978, estabeleceu como condição a adesão pessoal do servidor dentro de 180 dias da vigência da mesma Lei. Tendo o autor aderido, integralizaram-se os elementos formadores de sua nova

situação funcional. Como naquela época percebia ele remuneração correspondente à classe **H** do cargo no qual se efetivava, a nomeação não poderia desbordar e investí-lo na classe **M** daquele cargo.

Uma vez efetivada no cargo que exercia quando da vigência da Lei 7.133, quaisquer modificações posteriores introduzidas na situação funcional do demandante só poderiam fluir da aplicação da sistemática legal de alterações funcionais, especialmente no tocante a promoções. A circunstância de ter sido publicado o decreto da nomeação em 1980 não inova a efetividade que a autorizou, como aliás não poderia fazê-lo.

A nomeação para a classe **H** quando o autor percebia antes a remuneração correspondente à classe **M**, não fere direito Constitucional do postulante, eis que é sabida a possibilidade de serem reduzidos os padrões de remuneração dos servidores públicos que não gozem de garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos. Não se aplica ao requerente a regra, que pretendeu invocar, insculpida no artigo 165, III, da Constituição Federal, pois tem esta endereço certo, destinando-se aos trabalhadores em geral. Os funcionários públicos são regidos por normas diversas.

Para entender da correção da conduta assumida pelo demandado, basta atender para o fato de que o autor foi nomeado **sem concurso**, em virtude de norma constitucional excepcional. Sua efetivação nasceu também da exceção. Se tivesse sido concursado, só poderia ser nomeado para o cargo em que se habilitou. Sendo admitido ao cargo público independente de concurso, sua situação não poderá ser mais ampla: deverá ser investido no cargo em que se encontrava quando foi apanhado pela efetivação.

III— Em face do exposto, não reconhecendo o direito pleiteado, rejeito o pedido e julgo extinto o processo nos termos do artigo 169, I, do Código de Processo Civil. Em consequência, condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em três (3) valores de referência salarial regional considerando o pequeno valor da causa.

Intimem-se.

Porto Alegre, 30 de dezembro de 1981.

Ivo Gabriel da Cunha
Juiz de Direito

RAZÕES DO APELADO

RECORRENTE: **HÉLIO KUHN CABRAL.**

RECORRIDO: **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.**

Investe, o recorrente, contra a sentença que lhe indeferiu o pedido. Esta centralmente fixou as seguintes razões de decidir:

"... só a partir de janeiro de 1979 passou o demandante a perceber remuneração equivalente à classe M quando já se havia aperfeiçoado a relação jurídica estatutária decorrente da efetivação. Esta, instituída pela lei Estadual 7.133, de janeiro de 1978, estabeleceu como condição a adesão pessoal do servidor dentro de 180 dias da vigência da mesma Lei. Tendo o autor aderido, integralizaram-se os elementos formadores de sua nova situação funcional. Como naquela época percebia ele remuneração correspondente à classe H do cargo no qual se efetivava, a nomeação não poderia desbordar e investi-lo na classe M daquele cargo.

A nomeação para a classe H quando o autor percebia antes a remuneração correspondente à classe M, não fere direito constitucional do postulante, eis que é sabida a possibilidade de serem reduzidos os padrões de remuneração dos servidores públicos que não gozem de garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos. Não se aplica ao requerente a regra, que pretendeu invocar, insculpida no art. 165, III, da Constituição Federal, pois tem esta endereço certo, destinando-se aos trabalhadores em geral. Os funcionários públicos são regidos por normas diversas.

Para entender da correção da conduta assumida pelo demandado, basta atender para o fato de que o autor foi nomeado sem concurso, em virtude de norma constitucional excepcional. Sua efetivação nasceu também da exceção. Se tivesse sido concursado, só poderia ser nomeado para o cargo em que se habilitou. Sendo admitido ao cargo público independente de concurso, sua situação não poderá ser mais ampla: deverá ser investido no cargo em que se encontrava quando foi apanhado pela efetivação."

(cf. sentença pags. 4 e 5, autos fls. 53 e 54).

Não procedem as razões de recurso.

Nosso TRIBUNAL já decidiu que... a estabilidade outorgada ao servidor da União, Estados e Municípios pelo art. 177, § 2º, da Constituição de 1967, **não altera a natureza da relação jurídica que o liga ao Poder Público**" (Cf. Rev. Jurisprudência do TJRS, vol. 73/747) Significa dizer que a despeito de ter sido considerado estável na função pública face a norma constitucional excepcional o vínculo permaneceu, para si, o mesmo, ou seja, celetista antes da estabilidade continuou a sê-lo após a obtenção da estabilidade excepcional.

Sendo assim, tanto quanto antes, o autor não titulava cargo público que somente veio de preencher após a **opção voluntária** que lhe ensejou a Lei 7.133, justamente porque lhe era reconhecido o 'status' de estável, do que se tira, segundo o magistério de HELY LOPES MEIRELLES, a impossibilidade de reconhecer a efetividade para o autor, antes da opção, posto que esta é, e reconhecidamente, **"uma característica de provimento de certos cargos."** (cf. autor citado "in" OIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, p. 420, 8ª Edição RT). Não titulando cargo algum, anteriormente a opção, e especialmente cargo de provimento efetivo, não poderia ser considerado como funcionário estatutário, mas sim, como se vê do julgado anteriormente citado, **servidor público celetista estável.**

Vê-se, pois, que a tese do recurso se afasta da melhor doutrina e da interpretação dos TRIBUNAIS. (cf. por igual, RJTJRS, vol. 75/307).

Somente com o advento da Lei 7.133 é que oportunizou-se, na órbita estadual, a efetivação dos funcionários **detentores da estabilidade excepcional**. Assim que optando, como optou, efetivamente o autor por um novo regime jurídico, desvinculou-se da categoria de celetista, que detinha como contratado, para assumir as prerrogativas de servidor público estatutário.

A instrução no processo demonstrou que, no conjunto, as novas condições resultaram pecuniariamente mais satisfatórias. Percebia em **agosto de 1980, vencimentos** de operador de máquina de contabilidade Classe "M" e **gratificação adicional**, tudo no importe de Cr\$ 17.882,50, em **setembro, já como funcionário estatutário**, passou a perceber vencimentos, na classe "H", que anteriormente detinha, mais a GRATIFICAÇÃO DE INCENTIVO À ARRECAÇÃO, MAIS A GRATIFICAÇÃO ADICIONAL e MAIS OÚINOÛENIOS, no importe de Cr\$ 21.257,43, a despeito dos vencimentos propriamente tais terem refluído de Cr\$ 15.550,00 em agosto, ainda como celetistas, para Cr\$ 11.190,00, como estatutário, na competência de setembro de 1980. Significa dizer, com a mudança do vínculo de celetistas para estatutário seus ganhos como funcionário foram melhorados sensivelmente. (Cf. doc. fls. 47).

Inobstante toda a irresignação do recorrente se cifra exatamente no fato de que sua situação como funcionário estatutário resulta inferiorizada relativamente aos celetistas. Requereram administrativamente a paridade de salários. Significa dizer que

pretende a par de sua situação de funcionário estatutário, pela qual incorporou a seu patrimônio funcional vantagens antes não tituladas: o direito à GIA e aos quinquênios, ainda, auferir as vantagens concedidas aos funcionários celetistas após a sua opção pelo vínculo estatutário.

Definitivamente tal pretensão se afigura totalmente inadequada.

O aceno agora, na fase recursal, ao direito adquirido, tal como na de postulação quanto à equiparação e às regras de tratamento isonômico, não possui a seu favor o necessário "fumus boni iuris" que devem revestir os pedidos. É que antes mesmo de ter havido a alteração dos vencimentos do pessoal celetista contratado para a função de operador de máquina de contabilidade o autor já exercera a opção que, implicando o exercício de seu direito formativo gerador, obrigava o Estado à criação de cargo de provimento efetivo a ser preenchido pelo autor. Ora, se renunciara a situação de celetista, pela opção, antes mesmo dos celetistas verem alterados os vencimentos, não pode alegar direito adquirido a esta alteração salarial editada tão somente para aqueles, e após a opção realizada pelo recorrente.

No mais são ainda de inteira oportunidade as razões editadas pelo Estado quando da contestação do pedido e que a sentença, ao cotejo, reconheceu melhores que da inicial, ensejando com isso o **juízo de improcedência**.

Tem-nas, portanto, como integrantes da presente resposta ao recurso **para ventilar inclusive as questões constitucionais referentes à equiparação e à isonomia**, posto que alegou o autor com a inicial o malferimento de seus direitos constitucionais.

PELO EXPOSTO pede o improvimento do recurso do autor e a confirmação da sentença de primeiro grau com a cominação de direito.

TT. em que
P. Deferimento.

Porto Alegre, 29 de março de 1982.

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do RGS (PGE)

PARECER NA 1ª INSTÂNCIA

EGRÉGIA CÂMARA:

1. Manifesta-se o Ministério Público de 1º grau, a exemplo de cota expendida a fls. 48 — pelo improvimento do apelo, — porquanto a espécie foi bem decidida pelo magistrado **a quo**.

2. Efetivamente, o ora apelante somente poderia ser efetivado no cargo em — que se encontrava por ocasião de efetividade excepcional que foi beneficiado, sendo irrelevante qualquer modificação de classe — e de denominação de cargo, à percepção daquelas vantagens.

Ex positis, pela manutenção da R. sentença e, de consequência, pelo improvimento do apelo.

Porto Alegre, 10 de abril de 1982.

LORENO LUIZ ZAMBONIN
Promotor Público

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
1ª CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO Nº 41.880
ORIGEM: PORTO ALEGRE
APELANTE: HÉLIO KUHN CABRAL
APELADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: DES. TULIO MEDINA MARTINS.

PARECER NA 2ª INSTÂNCIA

Hélio Kuhn Cabral exercia as funções de Operador em Máquina de Contabilidade, vinculado à Administração Pública e regido pela CLT. Seus salários eram equivalentes à classe H, inicial do cargo, quando sobreveio a Constituição Federal de 1967 que o estabilizou no exercício dessa função pública.

Em janeiro de 1978 o Estado do Rio Grande do Sul efetivou nos respectivos cargos os servidores estabilizados que no prazo de 180 dias manifestassem seu interesse.

Hélio Kuhn Cabral requereu sua efetivação, mas a nomeação só foi publicada em 1980. Entre a data em que manifestou seu interesse — 1978 — e a data em que foi nomeado — 1980 — alteraram-se os níveis salariais que lhe eram atribuídos: passou da remuneração equivalente à classe H para a remuneração equivalente à classe M. Em vista disso, entende que deveria ter sido nomeado para o cargo de Operador de Máquinas de Contabilidade na classe M, e não na classe H, como foi.

O eminente julgador de 1º grau não reconheceu o direito pleiteado e julgou extinto o processo nos termos do art. 269, I, do C.P.C., o que motivou a presente apelação.

A questão está posta nos seguintes termos: a efetivação instituída pela Lei Estadual nº 7.133 estabelecia como condição a adesão pessoal do servidor dentro de

180 dias. Tendo o apelante aderido, integralizaram-se os elementos formadores de sua nova situação funcional. Como recebia na época remuneração correspondente à classe H do cargo em que se efetivava, a nomeação não poderia investi-lo na classe M do mesmo cargo. Só poderia ser efetivado no cargo em que se encontrava por ocasião da efetivação excepcional com que foi beneficiado. O apelante passou a perceber remuneração equivalente à classe M em janeiro de 1979, quando já se havia aperfeiçoado a relação jurídica estatutária decorrente da efetivação.

Isto posto, manifesta-se o Ministério Público no sentido de se negar provimento à apelação.

PORTO ALEGRE, 3 de agosto de 1982.

JOSÉ SANFELICE NETO
Procurador da Justiça

FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO —
Tendo o funcionário público optado por uma situação estatutária, descabe pretensão para alterar a sua classe funcional.
Sentença confirmada por seus próprios e sólidos fundamentos.
Recurso improvido.

APELAÇÃO CÍVEL
Nº 41.880

HÉLIO KUHN CABRAL,,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE
APELANTE;
APELADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. PIO FIORI DE AZEVEDO

Porto Alegre, 16 de novembro de 1982.
DES. WERTER ROTUNNO FARIA, Presidente.
DES. ELIAS ELMYR MANSSOUR, Relator.

TSB

RELATÓRIO

O DES. ELIAS ELMIR MANSSOUR (RELATOR) — Trata-se de ação ordinária ajuizada por HÉLIO KUHN CABRAL contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. O autor, contratado pelo Estado em 28 de dezembro de 1960 para exercer as funções de operador de máquina de contabilidade, pelo regime da CLT, foi, com base no artigo 177 da Constituição Federal de 1967 estabilizado na função. Em decorrência, seus vencimentos foram reajustados em níveis equivalentes à classe inicial do cargo de operador de máquina de contabilidade, correspondente à classe "H". Posteriormente, em janeiro de 1979, passou a perceber remuneração equivalente à classe "M". Com o advento da Lei Estadual nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, cujo artigo 1º efetivava nos respectivos cargos os servidores estabilizados, requereu o autor sua efetivação, que foi concedida em quatro de agosto de 1980. Todavia, o requerente foi efetivado no cargo já citado, classe "H" quando já percebia remuneração equivalente à classe "M". Pleiteou então sua efetivação na última das classes citadas, o que foi indeferido pela administração. Daí a presente ação, objetivando sua efetivação no cargo de operador de máquina de contabilidade, classe "M", retroativa à data de sua nomeação, condenando-se o Estado ao pagamento das diferenças de salário entre os níveis da classe "H" e aqueles da classe "M", inclusive atrasados.

Em contestação, o Estado do Rio Grande do Sul pleiteia a improcedência do pedido, sustentando que uma vez exercida a manifestação do servidor no tocante à efetivação assegurada pela lei 7133, consumava-se a relação jurídica que se fazia estatutária. Nesse momento, adquirido o direito à efetivação, se estratificava os deveres correspondentes. Em decorrência, a efetivação do postulante somente se poderia dar no cargo cujas funções exercia na qualidade de contratado, no caso, operador de máquina de contabilidade, classe "H".

Houve réplica à fls. 41/42.

Acolhendo promoção do M.P., foram requisitadas informações sobre as vantagens pagas ao autor desde 1º de janeiro de 1978. (Fls. 46/47).

Sentenciando antecipadamente, o magistrado não reconhecendo o direito pleiteado, rejeitou o pedido e julgou extinto o processo, nos termos do artigo 269, I do CPC. Dispôs sobre a verba de sucumbência.

Em tempestiva apelação, que foi recebida, respondida e processada regularmente, o vencido pleiteia a reforma integral do julgado. Em suas razões repisa a argumentação expedida em 1º grau.

Os representantes do M.P. em ambas as instâncias opinaram pela manutenção da sentença apelada (fls. 66 e 72/73).

É o relatório.

VOTO

DES. ELIAS ELMYR MANSSOUR (RELATOR) — Sr. Presidente. Confirmando a sentença pelos seus fundamentos, que constam a fls. 52:

"O autor passou a exercer a 28 de dezembro de 1960, mediante o contrato de fls. 6/7, as funções de Operador em Máquina de Contabilidade, vinculando-se à Administração Pública na condição de empregado, regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho. Em decorrência do artigo 64, da Lei Estadual nº 4.937, de 1965, seus salários passaram a ser equivalentes à classe inicial do cargo de Operador de Máquina de Contabilidade, classe **H**, cargo este criado pela Lei Estadual nº 5.208, também de 1965.

Estava ele nessa situação quando sobreveio a Constituição Federal de 1967, cujo artigo 177, § 2º, o estabilizou no exercício daquela função pública.

A 13 de janeiro de 1978, o Estado do Rio Grande do Sul efetivou nos respectivos cargos os servidores estabilizados em consequência da norma constitucional, desde que eles manifestassem seu interesse, no prazo de 180 dias (Lei Estadual nº 7.133, artigo 1º). Nesse prazo, o demandante requereu sua efetivação, mas a nomeação só veio a ser publicada em 1980 (doc. fls. 22). Entre a data em que manifestou seu interesse (1978) e o momento em que foi nomeado, alteraram-se os níveis salariais atribuídos ao demandante: passou da remuneração equivalente à classe **H** para a remuneração equivalente à classe **M**. Em vista disto, entende o autor que deveria ter sido nomeado para o cargo de Operador de Máquina de Contabilidade classe **M** e, não, como o foi, na classe **H**.

A este julgador afiguram-se melhores as razões apresentadas pelo Estado réu na sustentação de critério utilizado pela Administração Pública. É que só a partir de janeiro de 1979 passou o demandante a perceber remuneração equivalente à classe **M**, quando já se havia aperfeiçoado a relação jurídica estatutária decorrente da efetivação. Esta, instituída pela Lei Estadual nº 7.133, de janeiro de 1978, estabeleceu como condição a adesão pessoal do servidor dentro de 180 dias de vigência da mesma Lei. Tendo o autor aderido, integralizaram-se os elementos formadores de sua nova situação funcional. Como naquela época percebia ele remuneração correspondente à classe **H** do cargo no qual se efetivara, a nomeação não poderia desbordar e investi-lo na classe **M** daquele cargo.

Uma vez efetivado no cargo que exercia quando da vigência da lei 7.133, quaisquer modificações posteriores introduzidas na situação funcional do demandante só poderiam fluir da aplicação da sistemática legal de alterações funcionais, especialmente no tocante a promoções. A circunstância de ter sido publicado o decreto da nomeação em 1980 não inova a efetividade que a autorizou, como aliás não poderia fazê-lo.

A nomeação para a classe **H** quando o autor percebia antes a remuneração correspondente à classe **M**, não fere direito constitucional do postulante, eis que é sabida a possibilidade de serem reduzidos os padrões de remuneração dos servidores públicos que não gozem de garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos. Não se aplica ao requerente a regra, que pretendem invocar, insculpida no artigo 165, III, da Constituição Federal, pois tem esta endereço certo, destinando-se aos trabalhadores em geral. Os funcionários públicos são regidos por normas diversas.

Para entender da correção da conduta assumida pelo demandado, basta atender para o fato de que o autor foi nomeado sem concurso, em virtude de norma constitucional excepcional. Sua efetivação nasceu também da exceção. Se tivesse sido concursado, só poderia ser nomeado para o cargo em que se habilitou. Sendo admitido ao cargo público independente de concurso, sua situação não poderá ser mais ampla: deverá ser investido no cargo em que se encontrava quando foi apenhado pela efetivação".

Nas contra-razões de fls. 63 bem se manifestou a Procuradoria-Geral do Estado ao afirmar: "A instrução do processo demonstrou no conjunto as novas condições pecuniariamente mais satisfatórias. Percebia, em agosto de 1980, vencimentos de operador de máquina de contabilidade, classe **M**, e gratificação adicional, tudo no importe de Cr\$ 17.882,50. Em setembro, já, como funcionário estatutário, passou a perceber vencimentos na Classe **H**, que anteriormente detinha, mais a gratificação de incentivo à arrecadação, mais a gratificação adicional e mais quinquênios, no importe de Cr\$ 21.257,43, a despeito dos vencimentos propriamente tais terem refluído de Cr\$ 14.550,00 em agosto, ainda como celetista, para Cr\$ 11.150,00 como estatutário, na competência de setembro de 1980. Significa dizer, com a mudança do vínculo de celetista para estatutário seus ganhos como funcionário foram melhorados sensivelmente, conforme documento de fls. 47.

"Inobstante toda a irresignação do recorrente se cifra exatamente no fato de que sua situação como funcionário estatutário resulta inferiorizada relativamente aos celetistas. Requereram administrativamente a paridade de salários. Significa dizer que pretende, a par de sua situação de funcionário estatutário, pela qual incorporou a seu patrimônio funcional vantagens antes não tituladas: o direito à GIA e aos quinquênios, ainda, auferir as vantagens concedidas aos funcionários celetistas após a sua opção pelo vínculo estatutário".

Também de igual forma o parecer de fls. 72/73 bem apreciou a espécie, razão pela qual nego provimento à apelação.

O DES. PRESIDENTE (DES. WERTER ROTUNNO FARIA) — De acordo.

O DES. PIO FIORI DE AZEVEDO — Também estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. WERTER ROTUNNO FARIA) — Apelação Cível nº 41.880, de Porto Alegre — "POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO".

ÍNDICE DE AUTOR

AMORIM, Aderbal Torres de. — Vacância dos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito. Parecer	173
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Remuneração de Diretor de Sociedade de Economia Mista. Parecer	139
CUNHA, Francisco Salzano V. da. — Diárias de policial-militar. Ofício ao Sr. Governador encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry	164
—— Gratificação de representação. Ofício ao Sr. Governador submetendo à apreciação o parecer do procurador Jorge Arthur Morsch	93
FILIPPI, Rejane Brasil. — Convênios de ICM e o princípio de legalidade. Razões de apelação	193
GALBINSKI, Clarita. — Policial-militar excedente. Parecer	99
GALLICCHIO, Defrancisco. — Estabilidade excepcional; art. 177 § 2º da CF/67. Contestação	201
—— Razões do apelado	
GOULART, Adnor. — Vício redibitório. Parecer	129
GRAU, Eros Roberto. — Loteamento. Lei 6.766/79. Parecer	37
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Quinquênios. Polícia Civil. Parecer ...	79
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Contrato de execução de obra pública. Parecer.	145
HÜLLEN, Renita Maria. — Loteamentos e desmembramentos. Parecer.	169
LA PORTA, Sílvia. — Tribunal de Contas do Estado. Parecer.	119
LUSTOSA, Caio. — Vacância no Executivo e Legislativo municipais. Parecer.	167
MACHADO, Eunice Nequete. — Anistia. Servidor revertido. Estabilidade e efetivação. Parecer.	157
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. — Figuras jurídicas do Planejamento urbano no Brasil. Artigo.	13
MONTEIRO, José Joaquim. — Honorários. Parecer.	151
MORSCH, Jorge Arthur. — Gratificação de representação. Incorporação. Necessidade de lei. Parecer.	89
MOURA, Eliana Donatelli de. — Terrenos de marinha e terrenos marginais ou reservados. Parecer.	103
NYGAARD, Verena. — Responsabilidade do Estado por ato do DETRAN. Contestação.	183
—— Taxa FEBEM. Dispensa de licitação. Parecer.	109
PETRY, Elaine de Albuquerque. — Diárias de policial-militar. Parecer.	161
RAMOS, José Hugo V. Castro. — Licença para tratamento de saúde de pessoa da família. Parecer.	113
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal da Justiça. — Estabilidade excepcional; art. 177 § 2º da CF/67. Acórdão.	212
—— Responsabilidade do Estado por ato do DETRAN. Acórdão.	191

RODRIGUES, Mercedes de Moraes. — Denúncia espontânea da infração. Razões do apelado.	179
SÁ, Ney. — Intervenção no domínio econômico. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Parecer.	83
SANFELICE NETO, José. — Estabilidade excepcional. Parecer.	211
SILVA, Almiro do Couto e. — Revogação de benefício fiscal. Parecer.	95
THEODORO Jr., Humberto. — Tutela jurisdicional cautelar. Artigo.	51

ÍNDICE DE ASSUNTO

AÇÃO CAUTELAR

THEODORO JR., Humberto. — Tutela jurisdicional cautelar. Processo principal e processo cautelar. Pressupostos e conceito da medida cautelar. Medida cautelar atípica. O procedimento da ação cautelar. Coisa julgada. Competência. Sucumbência. Revogação das medidas cautelares. Artigo.	51
--	----

ADICIONAL

GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Polícia Civil. Quinquênios. O servidor que cumulativamente com a condição de aposentado titula cargo em comissão, não faz jus à gratificação adicional por quinquênios. Parecer.	79
---	----

ANISTIA

MACHADO, Eunice Nequete. — Anistia. Servidor revertido. Estabilidade e efetivação. Parecer.	157
--	-----

CÂMARA MUNICIPAL

AMORIM, Aderbal Torres de. — Vacância dos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito. Sucessão pelo Presidente da Câmara dos Vereadores para a Chefia do Executivo Municipal. Eleição do Presidente da Câmara nos termos do dispositivo regimental. Parecer.	173
LUSTOSA, Caio. — Vacância no Executivo e Legislativo Municipais. Provisão mediante nova eleição para Presidente do Legislativo. Parecer.	167

CARGO EM COMISSÃO

GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Polícia Civil. Quinquênios. O servidor que cumulativamente com a condição de aposentado titula cargo em comissão não faz jus à gratificação adicional por quinquênios. Parecer.	79
--	----

CONTRATO ADMINISTRATIVO

GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Contrato de execução de obra pública. Responsabilidade do Poder Público pela parcela executada independentemente de prévia autorização. Critério de reajuste. Parecer.	145
---	-----

CONVÊNIO

FILIPPI, Rejane Brasil. — Convênios de ICM e o princípio da legalidade. Razões de apelação em Mandado de Segurança.	193
SILVA, Almiro do Couto e. — Revogação de benefício fiscal. Reescalamento de prazos fixados pelo Convênio 20/81 do Confaz. Necessidade de manifestação unânime dos Estados. Parecer.	95

DESAPROPRIAÇÃO

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. — Figuras jurídicas do planejamento urbano no Brasil. Zoneamento: natureza. A desapropriação com fins urbanísticos. A proposta da instituição de solo criado. Artigo.	13
--	----

DIREITO URBANÍSTICO

GRAU, Eros Roberto. — Loteamento. Lei 6.766/79. Anuência prévia da entidade metropolitana: conteúdo e objeto. Regularização de loteamentos pela Prefeitura Municipal. Parecer.	37
---	----

HÜLLEN, Renita Maria. — Loteamentos e desmembramentos. Incabível o encaminhamento do projeto com vista a anuência prévia do Estado, de que cogita o art. 13 da Lei 6.766/79, enquanto não editadas normas estaduais a respeito, salvo projetos atinentes à Região Metropolitana. Parecer.	169
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. — Figuras jurídicas do planejamento urbano no Brasil. Zoneamento: natureza. A desapropriação com fins urbanísticos. A proposta de instituição de solo criado. Artigo.	13
EFETIVIDADE	
CUNHA, Ivo Gabriel da. — Estabilidade excepcional, art. 177 § 2º da CF/67. Sendo o autor admitido em cargo público independentemente de concurso deverá ser investido no cargo em que se encontrava quando foi apanhado pela efetivação. Sentença.	205
GALLICCHIO, Defrancisco. — Estabilidade excepcional, art. 177 § 2º da CF/67. Exercido o direito formativo para obter a posição de funcionário estatutário, houve melhora das condições remuneratórias para os funcionários celetistas de sua posição; somente se permanecesse nesta condição é que poderia continuar desfrutando do nível de retribuição. Contestação.	201
— Razões do apelado.	
MACHADO, Eunice Nequete. — Anistia. Servidor revertido. Estabilidade e efetivação. Parecer.	157
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. — Estabilidade excepcional. Tendo o funcionário público optado por uma situação estatutária descabe pretensão para alterar a sua classe funcional. Acórdão.	212
SANFELICE NETO, José. — A efetivação instituída pela Lei Estadual 7.133 estabelecia como condição a adesão pessoal do servidor dentro de 180 dias. Tendo aderido integralizaram-se os elementos formadores de sua nova situação funcional. Parecer.	211
EMPRESA PÚBLICA	
LA PORTA, Sílvia. — Tribunal de Contas do Estado. Limite à fiscalização e ao controle exercidos em entidade bancária. Inteligência do art. 42 da Lei Estadual 6.850/74 face o art. 7º da Lei Federal superveniente nº 6.223/75. Parecer.	119
SÁ, Ney. — Intervenção no domínio econômico. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, como formas de intervenção do Estado. Sociedades cooperativas, sua inadequação. Parecer.	83
ESTABILIDADE	
CUNHA, Ivo Gabriel da. — Estabilidade excepcional, art. 177 § 2º da CF/67. Sendo o autor admitido em cargo público independentemente de concurso deverá ser investido no cargo em que se encontrava quando foi apanhado pela efetivação. Sentença.	205
GALLICCHIO, Defrancisco. — Estabilidade excepcional, art. 177 § 2º da CF/67. Exercido o direito formativo para obter a posição de funcionário estatutário, havendo melhora das condições remuneratórias para os fun-	

cionários celetistas de sua posição, somente se permanecesse nesta condição é que poderia continuar desfrutando do nível de retribuição. Contestação.	201
— Razões do apelado.	
MACHADO, Eunice Nequete. — Anistia. Servidor revertido. Estabilidade e efetivação. Parecer.	157
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. — Estabilidade excepcional art. 177 § 2º da CF/67. Tendo o funcionário público optado por uma situação estatutária, descabe pretensão para alterar a sua classe funcional. Acórdão.	212
SANFELICE NETO, José. — A efetivação instituída pela Lei Estadual 7.133 estabelecia como condição a adesão pessoal do servidor dentro de 180 dias. Tendo aderido, integralizaram-se os elementos formadores de sua nova situação funcional. Parecer.	211
HONORÁRIOS	
MONTEIRO, José Joaquim. — Honorários. Vantagem devida a funcionário público "pela prestação de serviço peculiar à profissão que exercer" fora do "período normal de trabalho a que estiver sujeito". Incidência do art. 67, item VIII, da Lei 1.751/52. Necessidade de ratificação da dispensa de licitação disciplinada pelo Decreto-lei 200/67. Parecer.	151
ICM	
FILIPPI, Rejane Brasil. — Convênios de ICM e o princípio da legalidade. Razões de apelação em Mandado de Segurança.	193
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. — Denúncia espontânea da infração. A denúncia para ser eficaz deve ser acompanhada da satisfação pecuniária. (art. 138 da Lei 5.173/66). Razões do apelado em mandado de segurança.	179
SILVA, Almiro do Couto e. — Revogação de benefício fiscal. Reescalamento de prazos fixados pelo Convênio 20/81, do Confaz. Necessidade de manifestação unânime dos Estados. Parecer.	95
LICENÇA SAÚDE	
RAMOS, José Hugo V. Castro. — Licença para tratamento de saúde de pessoa da família. Interpretação do art. 82 da Lei 6.672/74. Condições e hipóteses do benefício. Limites de duração. Parecer.	113
LICITAÇÃO	
MONTEIRO, José Joaquim. — Honorários. Vantagem devida a funcionário público "pela prestação de serviço peculiar à profissão que exercer" fora do "período normal de trabalho a que estiver sujeito". Incidência do art. 67, item VIII, da Lei 1.751/52. Necessidade de ratificação da dispensa de licitação disciplinada pelo Decreto-lei 200/67. Parecer.	151
NYGAARD, Verena. — Taxa FEBEM. Recolhimento na hipótese de dispensa de licitação. Parecer.	109
LOTEAMENTO	
GRAU, Eros Roberto. — Loteamento. — Lei 6.766/79. Anuência prévia da	

entidade metropolitana: conteúdo e objeto. Regularização de loteamentos pela Prefeitura Municipal. Parecer.	37
HÜLLEN, Renita Maria. — Loteamentos e desmembramentos. Incabível o encaminhamento do projeto com vistas a anuência prévia do Estado, de que cogita o art. 13 da Lei 6.766/79 enquanto não editadas normas estaduais a respeito salvo projetos atinentes à Região Metropolitana.	169
MAGISTÉRIO	
RAMOS, José Hugo V. Castro. — Licença para tratamento de saúde de pessoa da família. Interpretação do art. 82 da Lei 6.672/74. Condições e hipóteses do benefício. Limites de duração. Parecer.	113
MUNICÍPIO	
HÜLLEN, Renita Maria. — Loteamentos e desmembramentos. Incabível o encaminhamento do projeto com vistas a anuência prévia do Estado, de que cogita o art. 13 da Lei 6.766/79 enquanto não editadas normas estaduais a respeito, salvo projetos atinentes à Região Metropolitana. Parecer.	169
POLÍCIA CIVIL	
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Polícia Civil. Quinquênios. O servidor que cumulativamente com a condição de aposentado titula cargo em comissão, não faz jus à gratificação adicional por quinquênios. Parecer.	79
POLÍCIA MILITAR	
GALBINSKI, Clarita. — Policial-militar excedente. Lei 7.133/78. Agregação. Reversão. Parecer.	99
CUNHA, Francisco Salzano V. da. — Diárias de policial-militar. Ofício encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry.	164
PETRY, Elaine de Albuquerque. — Diárias de policial-militar. Valor das diárias no dia do regresso à sede por conclusão do serviço. Art. 7º do Decreto 24.846/76, na redação do Decreto 31.008/82. Parecer.	161
PREFEITO MUNICIPAL	
AMORIM, Aderbal Torres de. — Vacância dos cargos de Prefeito e de Vice-Prefeito. Sucessão pelo Presidente da Câmara dos Vereadores para a Chefia do Executivo Municipal. Eleição do Presidente da Câmara nos termos do dispositivo regimental. Parecer.	173
PROVENTOS	
CUNHA, Francisco Salzano V. da. — Gratificação de representação. Ofício dirigido ao Sr. Governador submetendo o parecer do procurador Jorge Arthur Morsch.	93
MORSCH, Jorge Arthur. — Gratificação de representação. De regra, não se incorpora aos vencimentos. Para que ocorra, há necessidade de expressa disposição nesse sentido. Parecer.	89
quinquênios ver	
ADICIONAL	
REGIÃO METROPOLITANA	
GRAU, Eros Roberto. — Loteamento. Lei 6.766/79. Anuência prévia da enti-	

entidade metropolitana: conteúdo e objeto. Regularização de loteamentos pela Prefeitura Municipal.	37
HÜLLEN, Renita Maria. — Loteamentos e desmembramentos. Incabível o encaminhamento do projeto com vistas a anuência prévia do Estado de que cogita o art. 13 da Lei 6.766/79 enquanto não editadas normas estaduais a respeito, salvo projetos atinentes à Região Metropolitana. Parecer.	169
REMUNERAÇÃO	
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Remuneração de Diretor de Sociedade de Economia Mista. CESA. Situação dos empregados guindados à posição de diretores. Interpretação de disposições estatutárias. Incidência da Lei Federal 6.405/76 — Lei das S/A. Parecer.	139
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	
NYGAARD, Verena. — Responsabilidade do Estado por ato do DETRAN. Não pode o Estado ser responsabilizado por ato criminoso de terceiro. O DETRAN tem atribuição de fiscalizar a regularidade formal das transferências e as condições de funcionamento do automóvel. Contestação. — Razões do apelado.	183
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. — Responsabilidade do Estado por ato do DETRAN. Compra de carro furtado. Como o registro do automóvel não tem força para transmitir a propriedade, servindo apenas de licença para trafegar o Estado não tem culpa quanto à aquisição prejudicial para o particular de veículo furtado, embora fraudulentamente registrado. Acórdão.	191
SOCIEDADE COOPERATIVA	
SÁ, Ney. — Intervenção no domínio econômico. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, como formas de intervenção do Estado. Sociedades cooperativas, inadequação.	83
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Remuneração de Diretor da Sociedade de Economia Mista — CESA. Situação dos empregados guindados à posição de diretores. Interpretação de disposições estatutárias. Incidência da Lei Federal 6.404/76 — Lei das S/A. Parecer.	139
SÁ, Ney. — Intervenção no domínio econômico. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista como formas de intervenção do Estado. Sociedades cooperativas, inadequação. Parecer.	83
TAXA DO MENOR	
NYGAARD, Verena. — Taxa FEBEM. Recolhimento na hipótese de dispensa de licitação. Parecer.	183
TERRENOS RESERVADOS	
MOURA, Eliana Donatelli de. — Terrenos de marinha e terrenos marginais ou reservados. Diferenciação jurídico-legal entre ambos. Legislação aplicável. Parecer.	103
TRIBUNAL DE CONTAS	
LA PORTA, Sílvia. — Tribunal de Contas do Estado. Limite à fiscalização e	

ao controle exercidos em entidade bancária. Inteligência da Lei Estadual 6.850/74 face o art. 7º da lei federal superveniente nº 6.223/75. Parecer.	119
VANTAGENS PECUNIÁRIAS — diárias	
PETRY, Elaine Albuquerque. — Diárias de policial-militar. Valor das diárias no dia do regresso à sede por conclusão do serviço. Artigo 7º do Decreto 24.846/76 na redação do Decreto 31.008/82. Parecer.	161
CUNHA, Francisco Salzano V. da. — Diárias de policial-militar. Ofício ao Sr. Governador encominhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry.	164
VANTAGENS PECUNIÁRIAS — gratificação	
CUNHA, Francisco Salzano V. da. — Gratificação de representação. Ofício dirigido ao Sr. Governador submetendo o parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch.	93
MORSCH, Jorge Arthur. — Gratificação de representação. De regra, não se incorpora aos vencimentos. Para que ocorra há necessidade de expressa disposição nesse sentido. Parecer.	89
VÍCIO REDIBITÓRIO	
GOULART, Adnor. — Vício redibitório. Sua caracterização com pertinência a semovente adquirido em hasta pública, e que veio a perecer após a tradição. Caducidade do direito. Inteligência dos arts. 1.101 e 1016 do CC. Parecer.	129

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado é uma publicação trimestral do Instituto de Informática Jurídica, da Procuradoria-Geral do Estado. A correspondência deve ser dirigida para a Avenida Borges de Medeiros, nº 417, 11º andar, em Porto Alegre.

Capa de Léo Dexheimer



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag