

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 36	p. 1 a 240	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

DOCTRINA

OLIVER WENDELL HOLMES	O caminho do direito	13
RUY BARBOSA NOGUEIRA	Reforma constitucional e tributária ...	33
TELMO CANDIOTA DA ROSA Fº	Classificação dos agentes públicos	37
JOSÉ NILO DE CASTRO	Princípio de legalidade	39
TOSHIO MUKAI	Imóvel urbano e rural: caracterização .	53

PARECERES

NEY SÁ	Interpretação da lei estadual nº 6.719/74. Parecer 5124 PGE	59
ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI	Funcionários cedidos a sociedades de economia mista e fundações. Parecer 5150 PGE	63
ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL	Licitação. Parecer 4103 PGE	67
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Posse em cargo público. Parecer 5154 PGE	79
SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO	Competência estadual para legislar sobre licitação. Parecer 5097 PGE	83
EULÁLIA MARIA DE C. GUIMARÃES	Fiscalização do tribunal de contas. Parecer 5122 PGE	89
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Tempo de serviço para aposentadoria de magistrado. Parecer 4867 PGE	103
MARISA SOARES GRASSI	Estágio probatório. Parecer 5024 PGE .	111
JOSÉ QUADROS PIRES	Estabilidade. Parecer 5038 PGE	117
JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO	Proventos de aposentadoria. Parecer 5067 PGE	125
HELY LOPES MEIRELLES	Loteamento fechado. Parecer.	131

ASSUNTOS MUNICIPAIS

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	13º salário. Parecer 5031 PGE	145
CAIO LUSTOSA	Licença para tratar de interesses particulares. Parecer 4598 PGE	149

MARIA IZABEL R. FONYAT	Contribuição de melhoria. Parecer 4809 PGE	153
MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO	Substituição e sucessão do prefeito. Parecer 5057 PGE	165
ALDO LEÃO FERREIRA	Loteamento fechado. Parecer 5059 PGE	169
RENITA MARIA HÜLLEN	Imposto predial e territorial urbano. Parecer 5094 PGE	173
TRABALHOS FORENSES		
ARAMIS ANTONIO GARCEZ	Auxílio-moradia dos policiais. Contrarrazões de apelação	187
ADNOR GOULART	Licitação. Recurso extraordinário. Razões de recorrido	195
DEFRANCISCO GALLICCHIO	Prescrição. Razões do embargado	201
JURISPRUDÊNCIA		
	Cargo público estadual	209
	Prescrição e decadência em direito tributário	217
PARECERES PULICADOS NA RPGE		
		229

DOUTRINA

O CAMINHO DO DIREITO

OLIVER WENDELL HOLMES

Juiz da Suprema Corte de Massachusetts,
E.E.U.U., de 1882 a 1902.

Quando estudamos direito não estudamos algo misterioso, mas sim uma profissão bem conhecida. Estudamos para adquirir o conhecimento que será necessário para comparecermos ante juizes ou para aconselharmos as pessoas quanto ao procedimento mais adequado para manter-se longe dos tribunais. O motivo pelo qual a prática do direito se constitui numa profissão ou a razão pela qual os advogados são remunerados para assessorar seus clientes ou representá-los em juízo, consiste no fato de que em sociedades como a nossa o comando do poder público, em determinados casos, é confiado aos juizes, e se necessário, todo o poder do Estado será desfechado para fazer cumprir suas sentenças e decretos. As pessoas gostariam de saber em que circunstâncias e até que ponto elas correrão o risco de se defrontarem com uma força bem superior as suas próprias forças, e assim, isso se torna uma tarefa, a de descobrir quando este perigo pode se tornar verdadeiro. O objeto de nosso estudo é, portanto, um prognóstico: o prognóstico da incidência do poder público através da mediação dos tribunais.

Os subsídios para tal estudo são: um corpo de sentenças judiciais, tratados e leis, deste país e da Inglaterra, que abarcam um período de seiscentos anos e agora estão se multiplicando anualmente às centenas. Nestas folhas sibilinas estão reunidas as antevisões dispersas do passado sobre os casos do porvir. Com acerto têm sido denominadas oráculos do direito.

Em toda a tentativa nova de pensamento jurídico predomina, quase que exclusivamente, o esforço em tornar estes prognósticos mais precisos e inseri-los de forma generalizada em um sistema completamente fechado. O processo é um, desde a exposição de um caso pelo advogado — exposição esta que elimina todos os elementos dramáticos dados pelo cliente, conservando somente os fatos juridicamente relevantes — até a análise final e os princípios abstratos da jurisprudência teórica.

A razão pela qual um advogado não menciona que sua cliente usara um chapéu branco ao celebrar um contrato ou outros detalhes igualmente triviais, que Mrs. Quickly estaria usando, é que ele prevê que a atuação do poder público não variará pelo fato do chapéu de sua cliente ser desta ou daquela cor, ou se sua cabeça estivesse descoberta. Precisamente para fazer os prognósticos mais fáceis de serem recordados e compreendidos é que o ensinamento das sentenças do passado são postos em proposições gerais e reunidos em livros-texto; por idêntica razão as leis são

Tradução de "THE PATH OF THE LAW", conferência proferida na Boston University School of Law, em 8 de janeiro de 1897 (Harvard Law Review 10 (8):457-78), por Henriqueta K. von Wackerriitt. Revisão de César A. F. Mariano e Paulo Turra Magni. Autorizada pela direção da revista.

sancionadas de forma geral. Da mesma forma, os direitos e deveres fundamentais de que se ocupa a ciência do direito não são outra coisa que profecias. Um dos muitos efeitos ruins advindos da confusão entre idéias jurídicas e morais — da qual me ocuparei mais adiante — é que a teoria tende a colocar a carroça à frente do cavalo, e a considerar direitos e deveres como coisas separadas e independentes das consequências de sua transgressão, à qual certas sanções são acrescidas posteriormente. Mas, como pretendo demonstrar, aquilo que denominamos de obrigação ou dever jurídico não é senão um prognóstico de que se uma pessoa realiza ou deixa de realizar certos atos, deverá sofrer desta ou daquela maneira a sanção de um tribunal de justiça; o mesmo pode ser afirmado quanto ao direito subjetivo.

A quantidade de nossos prognósticos, uma vez generalizados e reduzidos a um sistema, não é tão grande que não possa ser manejada. Os prognósticos se apresentam como um corpo finito de enunciados dogmáticos que podem chegar a ser dominados em um período razoável de tempo. É um grande erro assustar-se pelo número cada vez maior de sentenças publicadas nos repertórios. O conjunto de sentenças de uma determinada jurisdição, durante o decurso de uma geração, abarca praticamente todo o ordenamento jurídico e o reformula do ponto de vista atual. Se os repertórios do passado se queimassem de improviso, poderíamos reconstruir o **corpus** do direito baseado nas sentenças de nossa geração. O uso dos repertórios mais antigos é principalmente histórico, assunto ao qual voltarei mais adiante.

É meu objetivo, se possível, estabelecer alguns princípios básicos ao estudo deste corpo de enunciados dogmáticos ou prognósticos sistematizados que chamamos direito — para aqueles homens que pretendem empregá-lo como ferramenta de trabalho, a fim de habilitá-los na formulação de novos prognósticos — e, por sua relação com o referido estudo, desejo assinalar um ideal que o nosso direito até agora não alcançou.

O primeiro requisito para um entendimento sério e direto do assunto é a compreensão de seus limites; por isso, considero aconselhável colocar, de imediato, para dissipar uma confusão entre direito e moral, que chega às vezes a manifestar-se no plano do teórico consciente, e que, muitas vezes, mas na realidade constantemente, perturba as especulações sem ser objeto de reflexão. Pode ser verificado facilmente que um homem ruim tem tantos motivos quanto um bom para evitar um conflito com o poder público; daí se depreende a importância prática da distinção entre direito e moral. Um homem que não se importa com a norma ética que seu próximo respeita e pratica, muito provavelmente cuidará para não ter de pagar multas, e seguramente procurará evitar os atos que possam levá-lo a ser preso.

Pressuponho que nenhum dentre meus ouvintes deturpará minhas palavras, tomando-as como uma manifestação de cinismo. O direito é testemunha e base de nossa vida moral. Sua história é a história do desenvolvimento moral da raça. Sua prática, apesar das zombarias populares, tende a formar cidadãos e homens bons. Quando enfatizo a diferença entre direito e moral, o faço com referência a um só

fim: o do aprendizado e compreensão do direito. Para alcançar este objetivo, vocês devem conhecer profundamente suas características específicas, e é por isso que lhes peço que pelo momento se imaginem indiferentes a outras coisas, mesmo as mais significativas.

Não pretendo negar que exista um ponto de vista mais elevado, no qual a distinção entre direito e moral perde muita ou toda importância, da mesma forma que todas as distinções de caráter matemático se desvanecem em presença do infinito. Mas o que eu afirmo é que aquela distinção é de importância primordial em relação ao objeto que aqui estamos considerando, um estudo correto e o domínio do direito concebido como algo perfeitamente delimitado, como um corpo de enunciados dogmáticos encerrado dentro de linhas bem definidas. Acabo de mostrar a razão prática para tal afirmação. Se quiserem conhecer o direito e nada mais, encarem o problema através dos olhos do homem mau-caráter, a quem só importam as consequências materiais que graças a este conhecimento pode predizer; não com os olhos do homem bom, íntegro que encontra razões para sua conduta — dentro ou fora do direito — nos mandamentos de sua consciência. Não é menor a importância teórica da distinção com vistas a um raciocínio certo. O direito é fecundo em terminologia tomada da moral, e por simples força de linguagem nos convida continuamente a passar de um domínio a outro sem nos darmos conta, convite este ao qual não saberemos resistir a menos que tenhamos sempre em mente o limite entre os dois campos. O direito nos fala de direito, deveres, malícia, intenção, negligência e assim por diante; e nada é mais fácil, ou melhor, mais comum no raciocínio jurídico que tomar estas palavras em seu sentido moral, em algum momento do discurso, para assim cair no âmbito da falácia. Exemplificando, quando falamos dos direitos do homem em sentido moral, referimo-nos à demarcação dos limites da interferência na liberdade individual que, cremos, é ditada por nossa consciência ou por um ideal, tenhamos-lo ou não atingido. Entretanto, sabemos que muitas leis foram postas em vigor no passado e outras tantas o serão no futuro mesmo que condenadas pelos espíritos mais iluminados do momento ou que, de acordo com a consciência, transcendem os limites dessa interferência. Obviamente, entretanto, somente uma grande confusão poderá resultar da pressuposição de que os direitos do homem no sentido moral são os mesmos no sentido da Constituição e da lei.

Sem dúvida, poder-se-ia propor casos simples e extremos de leis imaginárias que o Legislativo não ousaria sancionar, mesmo no caso de não haver proibições constitucionais escritas, porque a comunidade não toleraria sem se rebelar; e isto faz plausível a proposição de que o direito, no caso de não ser uma parte da moral, está, pelo menos, limitado por ela. Mas esta limitação do poder não coincide em sua extensão com nenhum sistema de moral. Em sua maior parte cabe perfeitamente nos limites de qualquer sistema de moral, e em alguns casos pode chegar a estender-se mais além dos mesmos por razões derivadas dos hábitos de um determinado povo, em um determinado momento. Em dada oportunidade, ouvi o falecido Professor Agassiz dizer que uma comunidade alemã se rebelaria se o preço de uma caneca de cerveja fosse aumentado em dois centavos. Em tal caso, uma lei seria le-

tra morta, não por ser errada, mas por ser de eficácia impossível. Ninguém negará a possibilidade de eficácia de leis erradas, mas dificilmente haverá concordância em assinalar quais leis são as erradas.

A confusão a que me refiro põe em crise conceitos supostamente jurídicos. Tomem, por exemplo, a pergunta fundamental, que é o direito? Alguns autores lhes dirão que se trata de algo distinto daquilo que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra decidem, que é um sistema racional, que é dedução a partir de princípios de ética ou axiomas universalmente aceitos ou coisa parecida, que pode ou não coincidir com as sentenças judiciais. Mas se adotarmos o ponto de vista de nosso amigo, o homem ruim, veremos que a este pouco importam os axiomas ou deduções, mas, em contrapartida, lhe interessa saber o que na verdade hão de decidir os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra. Eu sou desta opinião. Eu entendo por "direito": os prognósticos acerca do que os tribunais farão concretamente, nada mais, nada menos.

Tomem igualmente uma noção que, no entendimento popular, é a conceituação mais ampla do campo jurídico: a noção de dever jurídico, à qual já me referi. Preenchemos a palavra com todo o conteúdo que deriva de sua acepção moral. Mas que significado tem isto para um homem ruim? Principalmente, e em primeiro lugar, o de uma antevisão de que, se ele realiza certos atos, se verá sujeito a consequências desagradáveis, tais como ser preso ou ser obrigado a pagar uma soma em dinheiro. Mas, do seu ponto de vista, qual é a diferença entre ver-se sujeito ao pagamento de uma multa e ter de pagar uma certa soma por realizar um determinado ato? Que seu ponto de vista é a pedra fundamental dos princípios jurídicos, o comprovam as inumeráveis discussões que têm surgido nos tribunais, concernentes, precisamente, ao problema de se saber se uma certa responsabilidade legal é uma penalidade ou uma taxa. Da resposta a esta pergunta depende a decisão acerca da licitude ou ilicitude da conduta implicada, e ela nos clareará também se o indivíduo afetado está sujeito à coação ou livre. Deixando de lado o direito penal, que diferença existe entre a responsabilidade criada pelos *mill acts* ou leis que autorizam uma expropriação por utilidade pública e a responsabilidade pelo que chamamos apropriação ilícita de propriedade alheia¹, no caso em que a restituição resulta impraticável? Nos dois casos, a parte que se apropria da propriedade de outra pessoa deve pagar seu justo preço, de acordo com a avaliação feita por um tribunal e nada mais. Que importância tem chamar de lícito a um dos atos de apropriação e ao outro ilícito, do ponto de vista do direito? Não interessa, no que tange à consequência, isto é, o pagamento compulsório, se o ato ao qual ela concerne seja descrito em termos de elogio ou de censura ou que a lei pretenda proibi-lo ou permiti-lo. E se tem alguma importância, ainda em referência ao homem ruim, será porque o direito acrescenta a uma ou a outra das situações alguma vantagem adicional ou, pelo menos, alguma consequência posterior. As únicas desvantagens deste tipo, de que tenho notícia, encontram-se em duas doutrinas jurídicas relativamente insignificantes, que poderiam ser abolidas

N.T.¹ wrongful conversion of property

sem problemas. Uma dispõe que um contrato para realizar um ato proibido pela lei é ilícito, e a outra, que se um, de dois ou mais co-autores de um ato ilícito, for forçado a pagar todos os danos e prejuízos derivados de tal ato, ele não pode solicitar de seus co-autores pagamento da parte proporcional. E creio que isto é tudo. Vejam como a vaga circunferência que contém a noção de dever jurídico se contrai ao mesmo tempo que seu contorno ganha em precisão quando o lavamos com ácido e eliminamos tudo que não seja o objeto de nosso estudo: o direito em funcionamento.

Onde mais manifesta se torna a confusão entre idéias jurídicas e morais, é no direito dos contratos. Entre outras coisas, aqui também se revestem os chamados direitos e deveres fundamentais com uma significação mística, que excede a toda análise ou explicação possível. A obrigação de cumprir um contrato, na *common law*, significa somente uma previsão de que quem não a cumprir deverá pagar danos e prejuízos. Se alguém comete um ilícito civil², será responsabilizado e pagará uma indenização. Se alguém celebra um contrato, será responsável pelo pagamento de uma indenização, a menos que se realize o evento prometido: essa é toda a diferença. Mas esta forma de encarar as coisas cansa e repugna àqueles que acreditam ser conveniente inserir no direito a maior dose possível de ética. Sem dúvida, ela era boa o suficiente para Lord Coke, e nisto, como em tantas outras coisas, fico fiel a ele. No caso *Bromage v. Gening*¹, solicitou-se ao tribunal de King que decretasse a suspensão do procedimento em um processo iniciado em Gales, no qual se pretendia a execução forçada de uma promessa contratual de conceder um arrendamento; Coke sustentou que permitir o andamento de semelhante ação seria, já, subverter a intenção do promitente, pois este, ao celebrar o convênio, havia se proposto reservar a alternativa de conceder a locação ou pagar os danos. Sergeant Harris, advogado do promitente, confessou que fazia o pedido de suspensão em conflito com os ditames de sua própria consciência; e o tribunal acedeu ao solicitado. Certamente não chegaríamos hoje a este extremo, mas o caso revela o que me aventurei a chamar o ponto de vista originário da *common law*, se bem que Mr. Harriman, em seu excelente livro sobre Contratos, sustente, erroneamente em minha modesta opinião, uma conclusão diferente.

Tenho feito referência exclusivamente à *common law*, porque existem alguns casos nos quais falar de responsabilidades civis que imponham deveres com bom senso pode ter justificativa lógica. São aqueles casos, não muito freqüentes, em que a equidade determina uma interdição, imposta, se preciso for, enviando o demandado à prisão, ou punindo-o de alguma outra forma até que cumpra a ordem do tribunal. Porém, não me parece aconselhável formular uma teoria geral a partir da exceção. Acho que seria melhor pararmos de nos preocupar com direitos fundamentais e sanções, e descrever nossos prognósticos sobre as responsabilidades comumente impostas pelo Direito em termos tão inadequados.

N.T.² tort

N.A.¹ Roll. Rep. 368

Como exemplos do uso de palavras derivadas da moral na terminologia jurídica, tenho mencionado "malícia", "intenção", e "negligência". Basta observar o emprego da palavra "malícia" no direito da responsabilidade civil por atos ilícitos — que nós, advogados, chamamos de ilícito civil³ — para que vocês vejam que seu significado em direito é diferente do seu significado na moral, assim como para compreender que a diferença tem sido ignorada pelo fato de se atribuir a mesma denominação a princípios que pouco ou nada têm de comum. Há trezentos anos um pároco, ao pregar um sermão, relatou uma história do Livro dos Mártires, de Fox, sobre um homem que havia tomado parte ativa na tortura de um santo, e que logo morreu, padecendo os tormentos do remorso. Acontece que Fox estava enganado: o homem estava vivo e quis a casualidade que ele ouvisse o sermão e processasse o pároco. O presidente do tribunal, ao dar instruções ao júri, colocou que o demandado não era responsável, pois o relato havia sido feito inocentemente, sem "malícia". O magistrado tomou a palavra "malícia" no sentido moral, isto é, implicando má fé. Sem dúvida, atualmente nada impede que uma pessoa venha a ser responsabilizada por declarações falsas objetivando infligir dano temporário, ainda que não tenha tido má fé. No caso presente, precisamos caracterizar a conduta do demandado como "maliciosa"; a palavra assim empregada — a meu ver — nada tem a ver com os motivos nem com a intenção de agir do demandado; somente significa que, à luz das circunstâncias conhecidas do caso, a conduta do demandado acarretou prejuízo temporário ao demandante.

No direito dos contratos, o uso de terminologia moral conduziu a uma confusão semelhante, como já mostrei, mas somente em parte. A moral se ocupa do estado interno da mente do indivíduo, daquilo que ele verdadeiramente se propõe. Desde a época dos romanos até os dias de hoje, esta forma de encarar o problema afetou a linguagem do direito referente a contratos, e a linguagem empregada repercutiu, por sua vez, sobre o pensamento. Falamos de um contrato como o encontro das mentes das partes, do que se infere, em diversos casos, que não houve contrato porque as referidas mentes não convergiram em um ponto comum; isto é, porque as partes tiveram intenções diferentes, ou porque uma delas não tomou conhecimento do consentimento da outra. Não obstante, nada é mais certo que duas ou mais pessoas estarem obrigadas por contrato a realizar atos que nenhuma delas realmente tencionava praticar, e quando uma delas não está a par do consentimento da outra. Suponhamos que se celebre um contrato de acordo com os requisitos legais, pelo qual uma pessoa se obriga a proferir uma conferência, mas sem mencionar a data. Uma das partes pensa que a promessa será interpretada como significando "de imediato, dentro de uma semana". A outra parte pensa que será obrigada quando a conferência estiver pronta. O tribunal declara que a promessa deverá ser cumprida dentro de um prazo razoável. As partes estão obrigadas pelo contrato tal como o tribunal interpretou, quando na realidade nenhuma delas teve em mente aquilo que o tribunal declara que se havia acordado. Na minha opinião, ninguém en-

N.T.³ law of torts

tenderá a verdadeira teoria dos contratos ou mesmo discutirá com inteligência algumas questões fundamentais, enquanto não tiver entendido que todos os contratos são formais, que a celebração de um contrato não depende do acordo de duas mentes sobre uma intenção comum, mas sim, do acordo de duas séries de sinais exteriores — **não que as partes quisessem a mesma coisa, mas que realmente tenham dito a mesma coisa**. Mais ainda, como os sinais podem estar destinados a um sentido ou outro — à visão ou à audição — da natureza do sinal irá depender o momento em que o contrato for celebrado. Se o sinal for paupável — uma carta, por exemplo — o contrato será efetuado quando a carta que contém a aprovação for entregue. Se fosse necessário que as mentes das partes coincidissem, não haveria contrato até a aprovação ser lida; não haveria, por exemplo, se a aceitação fosse arrancada das mãos do ofertante por um terceiro.

Não é este o momento de elaborar teorias detalhadas, nem de enfrentar tantas dúvidas e perguntas que estas observações gerais sugerem. Nenhuma delas é difícil de ser respondida; mas o que estou tentando fazer, agora, é, unicamente, irradiar um pouco de luz, através de uma série de sugestões, sobre a senda estreita da doutrina jurídica e sobre duas armadilhas, que a meu ver, estão perigosamente perto. Do primeiro creio haver dito o suficiente. Espero que minhas ilustrações tenham demonstrado o perigo — tanto para a especulação como para a prática — de confundir moral com direito, e a armadilha que a linguagem legal nos prepara neste lado do nosso caminho. Pessoalmente, pensei muitas vezes se não seria preferível expurgar completamente do vocabulário do direito todas as palavras que contêm implicações morais, adotando em seu lugar outros termos que transmitam somente idéias jurídicas desprovidas de todo matiz alheio ao direito propriamente dito. É certo que perderíamos relíquias fósseis da história, e a majestade derivada da associação de idéias jurídicas e éticas, mas ao nos liberarmos da confusão desnecessária, ganharíamos grandemente em clareza de nosso pensamento.

Até aqui nos leva o tratamento dos limites do direito. O próximo aspecto que desejo considerar é quais são as forças que determinam seu conteúdo e crescimento. Pode-se presumir, com Hobbes, Bentham e Austin, que todo o direito emana do soberano, mesmo que os primeiros seres humanos que o enunciaram tenham sido os juizes, ou pode-se pensar que o direito é a voz do *Zeitgeist*, ou o que se quiser. É tudo a mesma coisa, para o que tenho em vista. Mesmo na hipótese de que toda a decisão necessitasse da sanção de um imperador de poderes despóticos e mente excêntrica, continuaria interessante o descobrir, com vistas a um possível prognóstico, alguma ordem, alguma explicação racional, algum princípio de desenvolvimento nas regras por ele ditadas. Em todo o sistema podem ser encontradas estas explicações e princípios. É em relação a eles que se incorre em uma segunda falácia, que me parece importante expor.

A falácia a que me refiro consiste na noção de que a única força operante no desenvolvimento do direito é a **lógica**. No sentido mais amplo, realmente, esta noção seria verdadeira. O postulado em que baseamos o pensamento do universo é a

existência de uma relação quantitativa fixa entre cada fenômeno e seus antecedentes e conseqüentes. Se houvesse tal coisa, um fenômeno sem essas relações quantitativas seria um milagre. Ficaria à parte da lei de causa e efeito, e como tal transcenderia a esfera de nosso pensamento, ou no mínimo, seria alguma coisa sobre a qual não poderíamos discutir.

A condição de nosso pensamento sobre o universo é que ele pode ser examinado racionalmente, ou em outras palavras, que cada parte dele é efeito e causa no mesmo sentido em que estas partes são aquelas que nós mais conhecemos. Portanto, em sentido lato, é verdade que o direito, como todo outro objeto, é um desenvolvimento lógico. O perigo do qual estou falando não é admitir-se que os princípios que regulam outros fenômenos também regulem o direito, mas a noção de que um determinado sistema jurídico, o nosso por exemplo, possa ser construído, como a matemática, a partir de certos axiomas gerais de conduta. Esse é o erro natural das escolas, mas não só delas. Lembro-me de certa ocasião, um juiz eminentíssimo dizer-me que ele jamais proferiria uma sentença sem estar absolutamente seguro de haver encontrado a solução certa. Deste modo, a dissidência judicial é com frequência censurada, significando simplesmente um lado ou outro não ter julgado corretamente, pois, se houvesse mais aprofundamento no problema, inevitavelmente o consenso surgiria.

Esta forma de pensamento é perfeitamente óbvia. A formação de advogados é uma preparação dentro da lógica. Os processos de analogia, discriminação e dedução são aqueles com que eles estão mais familiarizados. A linguagem das sentenças judiciais é, sobretudo, a linguagem da lógica. E a forma e o método da lógica satisfazem esta ânsia de certeza e de segurança que existe em toda mente humana. Mas geralmente a certeza não é mais que ilusão, e a tranqüilidade não é o destino do homem. Atrás da forma lógica subjaz um juízo acerca do valor e da importância relativos de fundamentos legislativos concorrentes, um juízo que geralmente permanece inarticulado e inconsciente, é verdade, mas que nem por isso deixa de ser raiz e nervo de todo o processo. Vocês podem dar forma lógica a qualquer conclusão. Sempre é possível encerrar uma condição em um contrato. Mas por que o fazem? Simplesmente, por certa crença relativa às práticas da comunidade ou de uma classe, ou por efeito de certa opinião referente à política jurídica, ou em resumo, por certa atitude de vocês com relação a um determinado assunto, atitude que não admite uma exata medição quantitativa, e que não pode, por conseguinte, fundamentar conclusões lógicas exatas. Tais assuntos realmente constituem-se em campos de batalha em que não existem meios adequados para realizar determinações com pretensão de validade universal, e onde a decisão não pode senão personificar a preferência de um organismo determinado, em um certo tempo e lugar. Não nos damos conta, em geral, de que mesmo a menor mudança **na mentalidade popular** pode modificar grande parte do ordenamento jurídico. Nenhuma proposição concreta é evidente por si mesma, por mais vontade que tivéssemos em aceitá-la, sequer no dizer de Herbert Spencer: **Tudo o homem tem o direito de fazer o que quiser, desde que não interfira no direito semelhante de seu próximo.**

Por que está isenta de sanção uma declaração falsa e injuriosa, se ela for feita honestamente ao dar informações sobre um empregado? É porque se crê seja mais importante que haja plena liberdade para dar tais informações, do que conferir a um indivíduo proteção contra um ato que, em outras circunstâncias, seria uma transgressão geradora de ações judiciais. Por que se outorga liberdade a um homem para montar um negócio que ele sabe que arruinará seu vizinho? É assim, porque pressupõe-se que o bem-estar geral será melhor alcançado se a livre concorrência for mantida. Obviamente, tais juízos sobre a importância relativa dos interesses em jogo podem variar em diferentes épocas e lugares. Por que o juiz explica ao júri que um empregador não deve pagar indenização a seu empregado por um acidente sofrido no desempenho de seu emprego, a menos que, aquele tenha sido negligente? É por que o júri aproveita a menor oportunidade para decidir nestes casos em favor do demandante? É porque a orientação tradicional do nosso direito é reduzir a responsabilidade, em geral, àqueles casos nos quais um homem prudente poderia ter previsto o dano, ou pelo menos o perigo, enquanto que grande parte da comunidade se inclina a fazer certas classes de pessoas garantir a segurança daqueles com quem trabalham. Depois de haver escrito as linhas acima, tive oportunidade de me inteirar que uma das organizações sindicais mais reputadas incluiu tal garantia como parte de seu programa. Há aqui uma batalha oculta e pouco consciente sobre o problema da política legislativa; e se alguém achar que tal problema possa ser resolvido de forma gradativa ou de uma vez por todas, só posso dizer que em minha opinião ele está teoricamente errado, e que estou certo de que na prática sua dedução não será aceita **semper ubique et ab omnibus**.

Na verdade, creio que mesmo neste instante nossa teoria sobre este assunto está aberta à reconsideração, se bem que não estou em condições de dizer à qual solução me inclinaria se a referida reconsideração me fosse proposta. Nosso direito de atos ilícitos civis⁴ remonta há muito tempo atrás, quando a ocorrência de eventos tais como agressões, difamações, etc. era isolada e pouco comum e em que o ressarcimento por dano recaía exclusivamente naqueles que os tribunais culpavam. Por outro lado, os atos ilícitos que hoje reclamam a atenção dos juizes são inerentes a certas atividades econômicas bastante conhecidas. São danos a pessoas ou a propriedades causados por estradas de ferro, fábricas, etc. Em virtude disso, a responsabilidade deles é calculada, e, mais cedo ou mais tarde, incidirá sobre o preço pago pelo público. A questão da responsabilidade civil, se a levarmos às últimas consequências, pode traduzir-se na seguinte pergunta: Até que ponto é conveniente ao público garantir a segurança daqueles de cujo trabalho se vale? Dir-se-ia que em tais casos, a possibilidade de que um júri decida-se em favor do demandado nada mais é do que uma possibilidade que se dará esporadicamente, interrompendo, arbitrariamente, o curso normal das decisões — provavelmente no caso de um demandante excepcionalmente escrupuloso — e que por isso pode ser deixado à parte. Por outro

N. T.⁴ law of torts

lado, pode ser calculado até mesmo o valor econômico de uma vida humana para a comunidade, e nenhuma indenização, podemos afirmar, deve exceder aquela quantia calculada. É concebível, que em algum dia, em certos casos, encontremo-nos imitando, ainda que em nível mais elevado, as taxas por morte ou por mutilação que vemos nas **Leges Barbarorum**.

Creio que os próprios juízes falharam em reconhecer, adequadamente, seu dever de pesar considerações de vantagem social. Tal dever é inevitável, e o resultado da aversão judicial, muitas vezes proclamada, de tratar as referidas considerações, é simplesmente o de deixar inarticulado e muitas vezes inconsciente, como já falei, o próprio fundamento de suas sentenças. Quando se falou pela primeira vez em socialismo, as classes mais acomodadas da comunidade ficaram bastante assustadas. Suspeito que este temor influiu na ação dos juízes, tanto aqui como na Inglaterra; contudo, é certo que não se trata de um fator consciente nas decisões a que me refiro. Creio que algo similar levou certos grupos, já sem esperança de ser maioria no governo, a considerar os tribunais como intérpretes das respectivas Constituições, e a alguns tribunais como descobridores de novos princípios fora do corpo daqueles instrumentos, que podem ser generalizados como aceitação de doutrinas econômicas dominantes há cinquenta anos atrás, e uma indiscriminada colocação do que alguns advogados não pensam sobre o direito. Estou convencido de que, se a preparação dos advogados os acostumasse a considerar de forma mais definida e explícita as vantagens de ordem social que devem fundamentar as regras que formulam, vacilariam onde agora mais seguros se sentem, e teriam que reconhecer que realmente estavam tomando partido em questões discutíveis e controvertidas.

A falácia da forma lógica nos leva até este ponto. Ocupemo-nos agora da condição atual do direito como objeto de estudo, e do ideal para o qual se dirige. Mas ainda, estamos distantes da perspectiva que desejo ver alcançada. Ninguém o alcançou, nem pode fazê-lo por enquanto. Estamos somente no início de uma reação filosófica e de uma consideração do valor de doutrinas que, em sua maior parte, são aceitas gratuitamente, sem um questionamento deliberado, consciente ou sistemático de seus fundamentos. O nosso direito tem-se desenvolvido por aproximadamente mil anos, tal como uma planta: cada geração — algo inevitável — deu o passo seguinte; o pensamento, como a matéria, simplesmente obedeceu a uma lei de crescimento espontâneo. É perfeitamente natural e certo que assim tenha acontecido. A imitação é uma necessidade da natureza humana, como foi demonstrado por um escritor francês notável, M. Tarde, em um livro admirável, "Les Lois de l'imitation". A maioria das coisas que fazemos, fazemos porque nossos pais o fizeram anteriormente ou porque nossos vizinhos o fazem; e o mesmo vale para o que pensamos, numa proporção muito maior do que poderíamos suspeitar.

Uma boa razão para isso é a de que nossas curtas vidas não nos dão tempo para melhorar; no entanto, isto não é o ideal. Isto não ocorre porque nós todos somos obrigados a aceitar de segunda mão a maioria das regras nas quais baseamos nosso

pensar e agir; de que a cada um de nós estaria vedado ter a intenção de organizar uma parte de seu mundo conforme a razão, e ou que todos nós, coletivamente, deveríamos renunciar a conquistar para a razão todo domínio possível.

Em relação ao direito, um evolucionista, sem dúvida, vacilará em atribuir validade universal a seus ideais sociais, ou aos princípios que considera deveriam estar incluídos na legislação. Ele estará contente se puder demonstrar que os mesmos são os melhores aqui e agora. Provavelmente, admitirá que nada sabe sobre **um melhor** absoluto do cosmos, e que praticamente nada pode chegar a saber sobre **um melhor permanente** para a humanidade. Indubitavelmente, é verdade que um corpo de leis é mais racional e mais civilizado quando cada uma de suas normas estiver endereçada, articulada definitivamente a um fim que ele auxilia, e quando o fundamento para desejar esse fim for expressado, ou puder ser expressado em palavras a qualquer momento.

Em muitos casos, atualmente, se quisermos saber por que uma regra de direito tomou uma determinada forma e se quisermos saber o motivo de sua existência, recorreremos à tradição. Desta maneira, a seguiremos até os **Year Books** e, talvez mais além, até os costumes dos Francos Sálícos, até que, em algum ponto do passado, nas florestas germânicas, nas necessidades dos reis normandos, na arrogância de uma classe dominante, na ausência de idéias generalizadas, terminamos por encontrar o motivo prático daquilo que, hoje em dia, não conhece melhor justificção que o mero fato de sua aceitação e de que o homem está acostumado a ela. O estudo racional do direito é, contudo, em grande parte, um estudo de história. Esta deve ser uma parte de seu estudo, porque sem a história não poderíamos conhecer o propósito e o alcance preciso de normas que, como juristas, devemos conhecer. É uma parte do estudo racional, porque é o primeiro passo para um ceticismo iluminado, isto é, até uma reconsideração deliberada do valor daquelas regras. Quando você conseguir tirar o dragão de sua caverna, ao plano e à luz do dia, você pode contar seus dentes e garras, e medir sua força. Mas tirá-lo da caverna é somente o primeiro passo. O seguinte é matá-lo ou domá-lo e convertê-lo em um animal útil. Para o estudo racional do direito, o sem sorte pode ser o homem do presente, pois o homem do futuro é o perito em estatística e mestre em economia. É revoltante não haver melhor razão para uma regra de direito, do que o fato de ter sido estabelecida assim no tempo de Henrique IV. É ainda mais indignante se as razões que lhe serviram de fundamento já se desvaneceram há longa data, e a regra somente subsiste por cega imitação do passado. Estou pensando na regra técnica de transgressão **ab initio**, como ela é chamada, que tentei explicar em um caso recente em Massachusetts².

Permitam-me trazer uma ilustração, que pode ser colocada em poucas palavras, para mostrar como o fim social a que se destina uma regra de direito é obscurecido, e é alcançado somente em parte, devido ao fato de que a forma da dita regra

N.A.² Commonwealth, v. Rubin, 165 Mass. 453

é o produto de um desenvolvimento histórico gradual, em vez de ser reformulada como um todo, com referência articulada e consciente ao fim desejado. Aachamos conveniente evitar que uma pessoa se aproprie indevidamente dos bens de outra, e em consequência fazemos do furto um delito. O mal é o mesmo, tanto se quem comete o fato for um indivíduo que recebeu os bens das mãos do proprietário, como se os tomou por conta própria. Mas o direito primitivo, em sua fraqueza, não foi muito além de um esforço para prevenir a violência, e, muito naturalmente, fez de uma apropriação indébita uma transgressão, parte de sua definição do crime. Atualmente, os juizes estenderam a definição, sustentando que o delito é igualmente consumado se o transgressor se apropria do bem mediante uma fraude ou um ardil. Na realidade, isto era deixar de lado o requisito de violência ou de transgressão, e teria sido muito mais lógico e bem mais verdadeiro em relação ao atual objeto do direito, abandonar completamente o requisito. Isto, todavia, teria sido demasiadamente atrevido, e preferiu-se deixá-lo à legislação. Leis foram sancionadas declarando a fraude como delito. Porém, por força de tradição, o delito de defraudação foi visto como algo tão inteiramente distinto do furto que, ainda em nossos dias, ao menos em algumas jurisdições, fica aos ladrões a oportunidade de alegarem, se forem indiciados por furto, que deveriam ter sido indiciados por defraudação, e se forem processados por defraudação, que deveriam ter sido perseguidos por furto, escapando desta forma à ação da justiça.

Há perguntas muito mais fundamentais que ainda aguardam uma resposta mais convincente que aquela: Nós fazemos aquilo que nossos pais já faziam. Que dados temos, fora uma adivinhação, para declarar que o Direito Penal, em sua forma presente, faz mais bem do que mal? Não me deterei aqui a considerar o efeito que teve, em sua aplicação, a degradação moral dos condenados e suas submersões ainda mais profundas nos abismos do crime, ou a questão se as penas pecuniárias e de privação de liberdade não afetam ainda mais pesadamente a esposa e aos filhos do delinqüente do que a ele mesmo. Preocupam-me questões de maior alcance. Será que o castigo intimida? Tratamos os delinqüentes com os princípios apropriados? Uma escola moderna de criminalistas se vangloria da fórmula, sugerida em primeira mão provavelmente por Gall, que devemos primeiro considerar o delinqüente, depois o delito. Esta fórmula não nos leva demasiadamente longe, mas as investigações que se iniciaram a partir dela, endereçam-se, pela primeira vez, a responder minhas perguntas com base científica.

Se o delinqüente típico for um degenerado, a quem uma necessidade orgânica tão profundamente enraizada, como a que faz uma cascavel morder, o faz defraudar ou assassinar, torna-se desnecessário falar da possibilidade de refreá-lo através de uma ameaça de castigo corporal, preconizada pelo método clássico. É preciso eliminá-lo, já que não é possível melhorá-lo nem criar os meios de atemorizá-lo, dada sua reação advinda de fatores estruturais. Por outro lado, se o **delito**, como a conduta humana normal, é principalmente uma questão de imitação, pode-se esperar que, dentro de limites razoáveis, o castigo contribua para fazê-lo desaparecer. O estudo de criminosos fez alguns cientistas conhecidos sustentar a primeira hipótese.

As estatísticas do relativo crescimento do crime em lugares densamente povoados como grandes cidades, onde um exemplo tem grande chance de dar frutos, e em lugares menos populosos, onde o contágio se espalha mais lentamente, foram usados para sustentar fortemente o segundo ponto de vista. Há, contudo, uma doutrina altamente autorizada que respalda a colocação de que, como quer que isto seja, "o único critério jurídico razoável para guiar a inevitável reação social contra o delinqüente não é a natureza do delito, mas a periculosidade do delinqüente".

Os obstáculos a uma generalização racional, que ilustrei com o exemplo do furto, aparece em outros ramos do direito, e igualmente no caso do direito penal. Tomemos como exemplo o ilícito civil ou a responsabilidade civil por danos extracontratuais⁵ e semelhantes. Por acaso, existe alguma teoria geral sobre a referida responsabilidade, ou devemos limitar-nos a enumerar e explicar, com bases distintas, cada um dos casos em que ela se apresenta, assim como é fácil de aceitar o fato de que o direito de ação para algumas categorias conhecidas como ilícitas, como fraude e calúnia, têm sua história especial para cada classe? Creio que é possível descobrir a existência de uma teoria geral, se bem que não como algo estabelecido e aceito, mas baseada em tendências.

Creio que o direito considera o fato de uma pessoa responsável infligir à outra dano temporário como contestável, se, sob as circunstâncias conhecidas ao autor do dano, o perigo inerente em seu ato era manifesto, de acordo com um critério de experiência comum, ou segundo a própria experiência pessoal do autor, se ela saísse do comum, exceto nos casos em que, por razões especiais de política legislativa, o direito recusa sua proteção ao demandante, ou outorga um privilégio ao demandado³. Creio que geralmente "malícia", "intento" e "negligência" significam unicamente que o perigo era manifesto em maior ou menor grau, sob as circunstâncias conhecidas ao autor, apesar de que, em alguns casos de privilégio, "malícia" queira dizer um motivo realmente malévolo e tal motivo pode afastar uma permissão sabidamente feita para prejudicar, que, de outra forma, seria dada ao autor do dano, baseado neste ou naquele fundamento de interesse público. Mas quando coloquei minha opinião a um eminente juiz britânico, este observou o seguinte: "Vossa Excelência está argumentando o que o direito deveria ser; mas com base nas leis vigentes, deve demonstrar o vosso direito. Um homem não é responsável por negligência se não for sujeito a um dever". Suponho que nosso desacordo não tenha sido somente de terminologia, ou concernente à proporção entre as exceções e a regra; então, em sua opinião, responsabilidade por um ato não pode se referir à tendência manifesta do ato em causar dano temporal, em geral, como explicação suficiente, mas deve ser colocada em relação à natureza especial do dano ou deve ser derivada

N.T.⁵ tort

N.A.³ Um exemplo de quando o direito recusa ao demandante quando este é interrompido no uso de uma via na qual ele viajou adversamente por uma semana menos que o período de prescrição. Uma semana mais tarde ele será titular de um direito, porém, agora ele é somente um transgressor. Já lhes dei exemplos de privilégios. Um dos melhores é o da concorrência em negócios.

de algumas circunstâncias especiais alheias à tendência do ato, para o qual não existe nenhuma explicação generalizadora. Creio ser tal opinião errada, mas ela é familiar, e me atreveria a afirmar que é geralmente aceita na Inglaterra.

Em qualquer lugar, a base dos princípios é a tradição, a tal ponto de correr o risco de fazer o papel da história mais importante do que ela é. Há algum tempo, o professor Ames escreveu um artigo de grande erudição destinado a mostrar, entre outras coisas, que a **Common Law** não reconhecia a defesa da fraude em ações fundamentadas, em **specialties**⁶, e a moral parece ser que o caráter pessoal desta defesa provém de sua origem na equidade. Mas se é admitido, como falei, que todos os contratos são formais, a diferença não é meramente histórica, mas também teórica, entre defeitos de forma que impedem que um contrato seja firmado, e motivos equivocados, que evidentemente não poderiam ser considerados em qualquer sistema que pretenda ser chamado de racional, exceto contra alguém que seja parte interessada naqueles motivos. Isto não se limita a **specialties**, mas é de aplicação universal. Devo acrescentar que não creio que Mr. Ames discordasse do que acabo de sugerir.

Entretanto, se considerarmos o direito dos contratos, o encontraremos cheio de história. As distinções entre obrigação contrato com lacre e contrato sem lacre são meramente históricas. A classificação de certas obrigações de pagar em dinheiro — impostas pelo direito, independente de qualquer acordo de vontades prévio — como quase-contratos, é meramente histórica. A **doctrine of consideration**⁶ é meramente histórica. O efeito que o direito reconhece ao lacre só a história pode explicar. A **consideration** é uma mera forma. É uma forma empregada? Se assim é, por que não é exigido em todos os contratos? Um selo é uma mera forma, desvanecida pelo tempo e por leis que dispõem que em todo o contrato deve haver uma obrigação com lacre, selo ou não. Por que haveremos de permitir que uma distinção meramente histórica afete os direitos e obrigações dos homens de negócios?

Depois de haver escrito este discurso, tive um bom exemplo da maneira como a tradição não somente anula uma política jurídica racional, mas que o faz, depois de haver sido previamente incompreendida e de haver recebido um novo alcance, mais amplo do que tinha quando tinha um sentido. Na Inglaterra, é aceita a lei de que uma alteração material de um contrato por uma das partes anula-o quanto a seu respeito. A doutrina é contrária à tendência geral do direito. A um júri não dizemos que se um homem mentiu em algo, dever-se-ia presumir que tenha mentido em tudo o mais que tenha dito. Mesmo que um homem tenha tentado cometer uma fraude, isto não parece razão suficiente para proibi-lo de provar a verdade. As objeções desta natureza se devem ao peso da prova e não a sua admissibilidade. Mais ainda,

N.T.⁶ Na **common law**, originariamente, um contrato escrito era lacrado. A garantia não estava na assinatura, mas no lacre de cera com as características dos promitentes impressas.

Consideration era um dos elementos necessários para transformar uma simples promessa de agir ou não agir em um contrato.

esta regra se aplica sem consideração à existência de fraude, e não está limitada à prova. Não se trata simplesmente de que não se possa usar o documento escrito, mas de que o contrato existe para um fim. O que isto significa? A existência de um contrato por escrito depende do fato de que o ofertante e o aceitante tenham trocado suas expressões de vontade por escrito, e não que as ditas expressões tenham permanecido invariáveis posteriormente. Mas no caso de uma obrigação, a noção primitiva era diferente. O contrato era inseparável do pergaminho. Se um terceiro o destruísse, ou arrancasse o lacre, ou o alterasse, o credor não podia fazê-lo valer em juízo, mesmo que não houvesse culpa alguma de sua parte, porque o contrato feito pelo demandado, isto é, a obrigação seguramente verdadeira e a que este havia aplicado o lacre, não poderia mais ser apresentada na forma em que pudesse obrigá-lo.

Há aproximadamente cem anos, Lord Kenyon tratou de usar seu bom senso para compreender esta tradição, como às vezes fazia em detrimento do direito, e, não o entendendo, disse que não via por que razão o que era certo para uma obrigação não haveria de sê-lo em outros contratos: Sua decisão estava certa, uma vez que se referia a uma nota promissória, onde novamente a **common law** considerava o contrato como inseparável do papel em que estava escrito; mas o raciocínio foi feito em termos gerais, e foi logo estendido a outros contratos por escrito vários fundamentos absurdos e irrealis de política jurídica foram inventados para justificar a regra assim aplicada.

Creio que ninguém pensará que, por criticar tão abertamente o direito, deixo de sentir respeito por ele. Tenho veneração pelo direito, especialmente pelo nosso sistema de direito, como um dos resultados mais vastos da mente humana. Ninguém melhor do que eu conhece o incontável número de grandes intelectos que consagraram todos os seus esforços para seu crescimento ou melhoria, dos quais a maioria parece insignificante quando se compara com a magnificência do todo. Ele tem o título derradeiro a respeito de sua existência, de que não é um sonho hegeliano, mas uma parte da vida dos homens. Mas pode-se criticar até mesmo o que se venera. Minha vida está consagrada ao direito, e sinto que trairia a devoção que lhe professo se não fizesse o que dentro de mim me impulsiona a melhorá-lo e se, ao perceber o que me parece ser ideal de seu futuro, vacilasse em mostrá-lo e exigir a sua consecução com todas as forças de meu coração.

Talvez, o que eu falei seja suficiente para mostrar o papel que a história necessariamente desempenha no estudo inteligente do direito, como é atualmente. No ensino desta escola⁴ e na de Cambridge⁵ não há perigo de que este papel seja subestimado. O Prof. Bigelow, na primeira, e seus colegas Ames e Thayer, na segunda, têm feito contribuições importantes que não serão esquecidas, e, na Inglaterra, a recente história do direito inglês antigo, escrita por Sir Frederick Pollock e Mr.

N.A.⁴ Boston University Law School

N.A.⁵ Harvard Law School

Maitland, tem emprestado ao assunto um charme quase ilusório. Devemos nos precaver contra o perigo de cairmos em uma veneração cega do passado, e recordar que, para nossos propósitos, o único interesse que o passado pode oferecer, reside na luz que jorra no presente. Espero ansiosamente pelo dia no qual o papel desempenhado pela história na explicação dos dogmas for bem pequeno e, em vez de em pesquisas trabalhosas, gastemos nossas energias em um estudo sobre os objetivos a serem alcançados e as razões para os desejarmos. Como um passo em direção àquele ideal, parece-me que cada advogado deveria entender de economia. O atual divórcio entre as escolas de economia política e direito, parece-me uma evidência de quanto progresso ainda falta no estudo da filosofia. No estado atual da economia política, realmente voltamos a nos encontrar com material histórico, numa escala maior, mas neste campo somos solicitados a considerar e pesar os objetivos da legislação, os meios de alcançá-los e o custo. Aprendemos que, para cada coisa, temos de desistir de outra, e somos ensinados a comparar a vantagem que ganhamos com a vantagem que perdemos, e a saber o que estamos fazendo quando escolhemos.

Há outro estudo, que algumas vezes é subestimado pelas pessoas de mentalidade prática, sobre o qual eu gostaria de dizer algumas palavras valorativas, apesar de achar que grande quantidade de trabalhos de qualidade inferior estejam sob o mesmo rótulo. Refiro-me ao estudo do que é chamado jurisprudência. Jurisprudência, como eu a vejo, é simplesmente o direito em seu aspecto mais generalizado. Todo esforço para reduzir um caso a uma norma jurídica é âmbito da jurisprudência, apesar de o nome, *como utilizado em inglês, só referir-se aos princípios mais amplos e às concepções mais fundamentais*. Uma característica do grande advogado é que ele vê a aplicação das normas mais amplas. Conta-se a história de dois camponeses que compareceram perante um juiz de paz em Vermont, porque um teria quebrado a batedora de manteiga do outro. Depois da justiça tomar tempo para pensar, o magistrado anunciou gravemente que, havendo consultado todas as leis em vigor, não encontrou nenhuma relativa a batedeiras de manteiga, e que, em consequência, deveria dar razão ao demandado. A mesma maneira de pensar é mostrada em todos os nossos livros e digestos. A aplicação das normas elementares do direito das obrigações contratuais e extracontratuais fica oculta sob o título genérico de Estradas de Ferro (railroads) ou Telégrafos (telegraphs), ou se encaminha a engrossar os já imensos tratados sobre subdivisões históricas, tais como Navegação (shipping) ou Equidade, ou se reúne sob um título arbitrário que, se presume, resultará atraente para as pessoas de mentalidade prática, tal como o Direito Mercantil. Se um homem entra no direito deve ser um mestre, e ser um mestre significa visualizar através de todos os incidentes dramáticos e discernir a verdadeira base para o prognóstico. Portanto, é conveniente ter uma noção precisa do que significam palavras como direito, faculdade, dever, malícia, intenção, negligência, domínio, propriedade, posse e assim por diante. Poderia citar muitos casos em que altas cortes judiciais parecem ter tropeçado, porque não tinham idéias claras sobre alguns destes itens. Já illustrei sua importância. Se desejarmos dar mais um exemplo, poderemos encontrá-

lo lendo o que se disse sobre o tema da posse no Apêndice ao Tratado de Direito Penal de Sir James Stephen, e consultando também o inspirador livro de Pollock e Wright sobre o mesmo assunto. Sir James Stephen não é o único escritor cujas tentativas de analisar idéias jurídicas malograram devido à procura de uma quintessência de todos os sistemas, ao invés de uma anatomia acurada de um. O problema com Austin era que ele não conhecia o direito inglês suficientemente. Mesmo assim, é uma vantagem prática conhecer Austin a fundo, assim como seus antecessores Hobbes e Bentham, e seus valiosos sucessores Holland e Pollock. O recente livro de Sir Frederick Pollock tem aquele toque de mestre que caracteriza todas as suas obras, e consegue liberar-se completamente da perniciosa influência dos modelos romanos.

O conselho que os mais velhos podem dar aos jovens corre o risco de ser tão distante da realidade quanto uma lista dos cem melhores livros. Pelo menos, no meu tempo de jovem, recebi a minha parcela de tais conselhos e, entre os menos realistas, coloco a recomendação de estudar direito romano. Pressuponho que tal conselho significa algo mais que colecionar algumas máximas latinas para enfeitar o discurso — propósito para o qual Lord Coke recomendou Bracton. Se isso é tudo que se quer então, pode-se ler em uma hora "De Regulis Juris Antiqui". Acho que se é bom estudar direito romano, é bom estudá-lo como sistema em operação. Isto significa dominar um conjunto de detalhes técnicos mais difíceis e menos compreendidos que os nossos, e o estudo de outro curso da história, através do qual, em medida ainda maior que nosso próprio direito, deve ser explicado o direito romano. Se alguém duvidar de mim, aconselho ler a obra de Keller "Der Römische Civil Process und die Actionen", um tratado sobre o edito do pretor, a interessantíssima "Historical Introduction to the Private Law of Rome" de Muirhead e para dar a maior chance possível, os admiráveis "Institutes" de Sohm. Não. O modo de conseguir uma visão generosa do tema que nos interessa não é ler outros temas, mas ir ao fundo do tema propriamente dito. Os meios para fazer isto são, em primeiro lugar, seguir o corpo dogmático com a ajuda da jurisprudência até as mais altas generalizações, logo depois, descobrir através da história como veio a ser aquilo que é; e finalmente, considerar, até onde você puder, os objetivos que as diversas normas se propõem alcançar, as razões do porquê se desejam estes objetivos, o que se abandona para obtê-los e se eles possuem este valor.

Temos muito pouca teoria no direito, principalmente neste ramo. Quando eu estava falando de história, mencionei o furto como exemplo, a fim de mostrar em que forma a teoria jurídica se via prejudicada, por não haver encorpado, de uma forma clara, uma norma que cumprisse seu propósito manifesto. Neste caso, as dificuldades eram devidas à sobrevivência de formas herdadas de uma época em que se perseguia um propósito mais limitado. Permitam-me agora dar um exemplo, para mostrar a importância prática para a decisão de casos concretos, de compreender as razões do direito, tirando um exemplo de normas, que a meu ver, nunca foram explicadas adequadamente. Refiro-me ao direito de prescrição. A finalidade de tais normas é óbvia, mas com que base se justifica a perda dos direitos de um indivíduo,

em si moralmente reprovável, em consequência do transcurso do tempo? Às vezes é feita referência à perda de elementos de prova, mas isso é uma questão secundária. Algumas vezes o desejo de manter a paz, mas por que haveria de ser a paz mais desejável vinte anos depois que há vinte atrás? A tendência da paz é, cada vez mais, materializar-se sem a ajuda do direito. Algumas vezes é dito que, se uma pessoa é negligente em reclamar os seus direitos, não tem razão de protestar, se depois de um tempo, o direito segue seu exemplo. Bem, se isto é tudo que pode ser dito, vocês provavelmente decidirão em um caso que colocarei, a favor do demandante; por outro lado, se vocês adotarem a posição que sugerirei, provavelmente decidirão a favor do réu. Uma pessoa é processada por violar os direitos de propriedade, e justifica alegando ser titular de um direito de ir e vir. Ela prova que usou o caminho aberta e adversamente por vinte anos, mas é demonstrado que o demandante havia concedido permissão a uma pessoa a quem supunha representante do demandado, ainda que na realidade não o fosse, e por conseguinte havia suposto que o uso do caminho pelo demandado era a título de licença, em tal caso não cabia direito a ser ganho. Pode-se afirmar que o demandado adquiriu um direito, ou não? Se a aquisição deste direito é baseada na culpa e negligência do proprietário em sentido ordinário, como comumente parece acreditar-se, não existiu tal negligência, e a servidão não foi adquirida.

Mas, se eu fosse o advogado do demandado sustentaria que o fundamento da aquisição de direitos pelo transcurso de tempo deve ser examinado a partir da posição da pessoa que vai adquiri-los e não da que vai perdê-los. Sir Henry Maine modernizou relacionar noção arcaica de propriedade com prescrição. Mas esta relação tem raízes mais antigas do que o primeiro evento que foi registrado. E inerente à natureza da mente humana. A coisa de que você gostou e usufruiu como sua própria por um longo período de tempo, seja propriedade ou uma opinião, cria raízes em seu ser e não pode ser jogada fora sem você se ressentir do ato e tentar defender-se de qualquer maneira. O direito não pode exigir melhor justificativa que os instintos mais profundos do ser humano. Somente para contrariar o possível argumento de que desta forma se desconhece um interesse legítimo do dono anterior, argumenta-se que foi sua própria negligência que permitiu a gradual dissociação entre sua pessoa e o objeto de seu interesse e a correspondente associação gradual do dito objeto com outra pessoa.

Sabe-se que um terceiro está realizando atos que à primeira vista demonstram que este está a caminho de estabelecer tal associação, devo insistir que em justiça, face a este terceiro, o titular do direito tem a obrigação de averiguar por si mesmo se o terceiro atua com permissão sua, adverti-lo e, se necessário, detê-lo.

Venho falando do estudo do direito, e apenas mencionei algo sobre o que habitualmente se diz em referência a esse tema — livros — texto, e estudos de processos e todo o aparato com que o estudante entra em contato tão logo entra na faculdade. Tampouco direi algo sobre eles. O meu tema é a teoria, não os detalhes práticos. Os métodos de ensino têm progredido desde meus tempos de estudante, sem

dúvida alguma, mas a capacidade e a operosidade sempre poderão aproveitar convenientemente a matéria-prima, qualquer que seja o método que se utilize. A teoria é a parte mais importante do dogma jurídico, assim como o arquiteto é a pessoa mais importante das que contribuem na construção de uma casa. Os progressos mais importantes dos últimos vinte e cinco anos foram no âmbito da teoria. É um erro considerar a teoria não prática, pois para o competente simplesmente significa ir ao fundo do assunto. Para o incompetente, às vezes é verdade, como se falou, que um interesse em idéias gerais significa ausência de conhecimento particular. Lembro-me de haver lido, no meu tempo de soldado, o que aconteceu a um jovem aspirante a oficial, que, ao ser perguntado no seu exame de promoção sobre qual a forma de exercitar um esquadrão, ele só atinou em responder que jamais havia estudado as evoluções e movimentos de grupos de menos de dez mil homens. Mas deixemos de lado os fracos e bobos com suas tolices. O perigo é que os espíritos capazes e inclinados ao prático vejam com indiferença ou desconfiança aquelas idéias só remotamente vinculadas com suas atividades ou ocupações. Há alguns dias falei-me de um homem que tinha um criado a quem pagava um ordenado excelente, sujeito a deduções por faltas em que incorresse. Uma das referidas deduções era esta: "Por falta de imaginação, cinco dólares". Este defeito não é exclusividade de criados. O objeto da ambição, poder, geralmente apresenta-se hoje em dia somente sob a forma de dinheiro. O dinheiro é a forma mais imediata e constitui o próprio objeto do desejo. "A fortuna", disse Rachel, "é a medida da inteligência". Está aqui uma excelente frase para trazer à realidade aqueles que vivem nas nuvens. Mas, como diz Hegel⁶, "no fim não é o apetite, mas a opinião, que tem de ser satisfeita". Para aquele dotado de um mínimo de imaginação, a forma mais duradoura e mais abrangente do poder não é o dinheiro, mas o domínio do raciocínio. Se desejarem grandes exemplos do que estou dizendo, leiam "A História do Pensamento Inglês no século XVIII"⁷, de Leslie Stephen, e verifiquem que cem anos após a morte de Descartes, suas especulações abstratas se tornaram uma força prática no controle da conduta dos homens. Leiam as obras dos grandes juristas alemães, e verão o que o mundo está governado atualmente mais por Kant do que por Bonaparte. Não podemos ser Descartes ou Kant, mas todos nós almejamos a felicidade. E a felicidade, tenho certeza, pois conheci muitos homens bem sucedidos, não é alcançada simplesmente pelo fato de ser advogado de grandes empresas e perceber mais de \$50.000 dólares. Um intelecto grande o suficiente para ganhar o prêmio necessita de outro alimento além do sucesso. *São os aspectos mais remotos e gerais de direito que lhe dão interesse universal. É através deles que vocês não somente se tornarão grandes mestres em suas profissões, mas vincularão o objeto de seus estudos com o universo e apreenderão um eco do infinito, um olhar em seu insondável processo, um vislumbre do direito universal.*

N.A.⁶ Phil. des Rechts 190

N.T.⁷ "History of English Thought in the Eighteenth Century".

REFORMA CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIA

BARBOSA NOGUEIRA

Catedrático de Direito Tributário
Professor de Direito Tributário Comparado na
U.S.P.
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tri-
butário

Sem dúvida, a Nação se mobiliza, em processo de abertura democrática, com a possível convocação de uma Constituinte para dar à Federação um novo estatuto político, que restabeleça a autonomia dos Estados e Municípios. Se tal procedimento não ocorrer, pelo menos se espera que a Constituição venha a ser revista por meio de substancial e criteriosa Emenda.

Com efeito.

As reformulações constitucionais, a partir da Emenda nº 18 de 1965, foram cada vez mais concentrando em mãos da União poderes políticos e sobretudo o poder de tributar. Os Estados e Municípios, à míngua de poderes e sobretudo de arrecadações, foram ficando impossibilitados, dentro da estrutura do novo sistema tributário, de atender às responsabilidades dos encargos públicos que a Constituição, no entanto, continuou a lhes atribuir, reduzindo-os assim a figuras quase decorativas dentro da Federação. Ao reverso, são eles entidades reais que, nas bases, devem proceder ao atendimento das suas populações e desenvolver as infra-estruturas ou estamentos da produção e do desenvolvimento sócio-econômico.

Parece que a conscientização dessa situação chegou ao próprio Governo Federal, pois, se antecipando à reclamada reforma constitucional, pela Portaria Interministerial nº 63, de 12 de abril de 1982, o Ministério da Fazenda e do Planejamento, resolveram instituir um Grupo de Trabalho para:

a) proceder a avaliação circunstanciada da atual estrutura do sistema tributário nacional, especialmente no que se refere à compatibilidade entre a distribuição das receitas e as responsabilidades e os encargos públicos atribuídos às três esferas de Governo, nos termos da Constituição Federal;

b) sugerir medidas no sentido de conciliar os interesses da União com os dos Estados, Territórios, Municípios e Distrito Federal, visando à harmonização da política de desenvolvimento econômico e social — a nível nacional e regional — de comércio exterior e de combate à inflação.

Tendo em vista que a função preliminar e básica desse Grupo de Trabalho é de estudos, neste sentido quer nos parecer louvável essa iniciativa, como um primeiro impulso para que os diferentes entes políticos e os segmentos do corpo social se preocupem e se dediquem a essa preparação.

Pareceria que as funções desse Grupo de Trabalho instituído por aqueles Ministérios se limitariam a essa primeira e relevante fase, porque a citada Portaria conclui:

III — No desempenho de suas atribuições, deverá o Grupo recolher opiniões dos Governos dos Estados, Territórios, Municípios e Distrito Federal, bem como de técnicos de reconhecida capacidade, das associações de classe e de outros setores interessados no estudo e debate de problemas do sistema tributário nacional.

Se assim realmente fosse, não poderiam os Governos das demais entidades políticas da Nação, como todos que estariam habilitados por conhecimentos nesse campo, as associações de classe e demais interessados, deixar de manifestar suas opiniões para o preparo de tão complexo diagnóstico, que viria possibilitar uma reforma tributária adequada, democrática, justa e duradoura.

Se, como dissemos, o início de estudos e enquanto estudos, merece aplausos, entretanto uma observação ou advertência básica não pode deixar de ser feita. Esta é em relação ao parcialismo da representatividade desse Grupo de Trabalho. Embora seja ele destinado aos estudos preliminares, não podemos concordar com a sua composição sem a representação dos Estados, Municípios e do povo contribuinte. Esta falta de representatividade na sua composição é um grave defeito democrático. Como os Estados, os Municípios e o povo contribuinte poderão ter assegurada a apreciação imparcial de suas sugestões, se na composição desse Grupo de Trabalho não foram incluídos seus representantes? Embora se solicitem "opiniões", ou estudos para a reformulação, estes serão objeto de **apreciação** apenas e tão só por uma das partes, isto é, pela União, que já monopolizou os poderes e os tributos. Para que esse Grupo de Trabalho possa infundir confiança a todas as partes legitimamente interessadas na Reforma Tributária, urge que a composição representativa desse Grupo de Trabalho seja reformulada, para ser composta da representação de todas as partes. Atualmente é composta de sete (7) membros do Governo Federal e de um (1) professor universitário.

Além da desproporção de ter a União maioria absoluta (o mesmo monopólio do Leão, como a União já se intitula hoje na arrecadação); das deliberações ficaram aliçados todos os Estados e Municípios, como as demais representações do povo contribuinte.

Com a atual composição, nada adiantará mencionar que serão recebidas as "opiniões" das demais partes. Quem é parte não pode ser juiz em causa própria e muito menos pedir às outras partes que lhe enviem seus argumentos e provas, para o

Grupo escolher os que possam dar ganho de causa à União. Esse é um erro de origem na composição do Grupo de Trabalho, máxime no momento da abertura democrática.

Aquela composição é uma simples organização "pro domo sua", dentro do Poder Executivo Federal. Um grupo composto por 7/8 de funcionários da União, para estudar a reformulação da legislação, que afinal deverá reger a vida econômico-financeira da nação e disciplinar as relações tributárias emergentes da convivência social, não é tarefa privativa do Fisco Federal.

Se as maiores queixas que se levantam contra o atual estado da legislação financeira e tributária partem precisamente dos Estados e Municípios, contra a atual excessiva centralização de tributos e poderes enfiados em mãos da União;

Se as maiores queixas dos empresários e dos cidadãos-contribuintes é a da insegurança a que cada vez mais estão sendo submetidos pela prática abusiva dos decretos-leis — surpresa no campo tributário federal, que sem obedecer aos princípios constitucionais da anualidade, da irretroatividade, da harmonia entre os diferentes tributos e mesmo do devido processo legislativo — tais decretos-leis não têm se submetido sequer ao normal controle do Poder Legislativo, que os tem deixado se transformar em atos legislativos inconstitucionais, por simples decurso de prazo;

Se o Poder Judiciário vem reclamando falta de autonomia, não podendo inspirar confiança nem oferecer garantia contra os abusos fiscais do Executivo, a tal ponto que o Presidente do Tribunal Federal de Recursos vem cassando mandados de segurança sob argumento incompreensível de "grave dano à ordem processual";

Se o povo contribuinte reclama contra a excessiva carga tributária e a falta de equanimidade na técnica tributária, porque as captações de riqueza não estão adaptadas às diversificadas capacidades contributivas;

Como é possível, dentro desse contexto, pretender ainda a União dar ao Fisco Federal o poder de organizar um grupo de trabalho interno para estudar a Reforma Tributária e para sua apreciação — deliberação e escolha pedir as "opiniões" das demais partes?

Num momento de abertura democrática, em que a esperança e os anseios são de uma reforma constitucional, qual o significado de um Grupo de Trabalho do Fisco Federal, sem a participação deliberativa da Nação?

Uma nova reforma tributária nacional não pode se antecipar à reforma da Constituição e muito menos ser gerada dentro de um grupo de trabalho do Fisco Federal, sem a representatividade das demais partes e, menos ainda, com a possibilidade de prévia recusa unilateral das opiniões das demais partes.

Entre as várias modificações que precisam ser introduzidas, na atual Constituição Federal é imprescindível, se não puder eliminar, pelo menos restringir com eficácia a casos extremos e ESPECIFICADOS, a expedição de decretos-leis pelo Presidente da República (atual art. 55), como também dar ao Congresso a competência — hoje exclusiva do Presidente da República (art. 57) — para a iniciativa das leis que disponham sobre matéria financeira e tributária.

Assim, ao invés do atual excesso de decretos-leis sobre finanças e matéria tributária ou de grupo de trabalho do Fisco Federal para reforma unilateral, o próprio estudo da reforma tributária deverá ser iniciado e projetado por Comissão Especializada do Congresso Nacional, com tempo, meditação e a mais ampla auscultação, não só da União, mas também dos Estados, dos Municípios e sobretudo do povo contribuinte, antes de ser transformada em lei.

Um trabalho da magnitude de uma reforma tributária nacional, há de ser expressão da vontade e autorização prévia da coletividade nacional contribuinte, reproduzida em texto de colaboração de todos os segmentos representativos e habilitados da Nação.

Ainda recentemente, por ocasião da última reformulação tributária procedida na República Federal da Alemanha, dentro do Parlamento, foi observada e atendida essa colaboração, amplamente dada ao Congresso e assim previamente conceituada:

*Numa organização de Estado democrático é necessário fazer **participar** do processo de preparação da legislação os diversos agrupamentos sociais, classes produtoras e organizações profissionais, principalmente através de seus institutos de pesquisas.*
(Introdução do enciclopédico DICCIONÁRIO DO DIREITO TRIBUTÁRIO E DAS CIÊNCIAS FISCAIS — Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften, Edição Beck e Instituto Científico Alemão dos Tributaristas, München-Bonn, 2ª edição, 1981, pág. X do 1º volume).

Neste sentido de colaboração ao Parlamento, e para citarmos a prata da Casa, cabe recordar a elaboração do Código Civil Brasileiro, duradoura e maior obra legislativa de nosso direito, civismo e nacionalidade.

Se uma reforma financeira e tributária está sendo reclamada e se a reclamada abertura democrática está em marcha, é preciso que se inicie já uma campanha de informação, meditação e estudos sobre essa importante matéria, para que todas as pessoas experientes nas questões de fato e as habilitadas nas questões de direito possam contribuir com sugestões, críticas construtivas, enfim colaborar de uma ou outra forma para que o futuro Parlamento venha a empreender a melhor e mais duradoura obra legislativa nesse setor, tão necessária à justiça da tributação e ao desenvolvimento da Nação.

CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

TELMO CANDIOTA DA ROSA F.
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Administrativo da FAPCCA

O tema da classificação dos agentes públicos, no Direito Administrativo brasileiro, enseja sérias dificuldades para os juristas, face às divergências terminológicas bem como de qualificação das diversas categorias.

Há que distinguir o agente do funcionário. O conceito desse é dado pelo Direito Administrativo, o daquele pelo Direito constitucional. Governante e agente público são noções políticas. MARCEL WALINE esclarece o ponto:

"Il ne faut pas confondre non plus la notion de fonctionnaire, qui est une notion administrative, avec celle d'agent (par opposition au gouvernant), qui est une notion de droit constitutionnel, et qui a été particulièrement étudiée par Duguit.

"Est gouvernant toute personne qui participe à la gestion des affaires publiques, à la suite d'une désignation qui lui confère ou lui suppose une force politique propre (soit personnelle, soit par représentation).

"Est agent public toute personne qui participe à la gestion d'un service public, en régie ou au contrôle de l'État sur un service public quelconque sans être un gouvernant.

"Ce sont deux notions purement politiques."

(In' Manuel Élémentaire de Droit Administratif, 4 ed., Paris, 1946, P. 280.)

Ao definir os condutores políticos, afirma em brilhante estilo RUY CIRNE LIMA:

"Os homens, aos quais incumbem as funções de condutores políticos, não são meramente prestadores de energias; são, antes de tudo, portadores de idéias. Como a pintura em relação à tela prima, neste caso, a idéia sobre a energia física, que lhe condiciona a expressão objetiva".
(In' Princípios de Direito Administrativo, Sulina, 1964, p. 163.).

A jurisprudência tem sido taxativa em afirmar que os governantes e agentes públicos ou políticos não podem ser considerados funcionários públicos. Veja-se RT, 149/607, 143/199. Nesse acórdão transcrevem-se lições de Tito Prates e Pontes de Miranda nesse sentido. Há um nítido balizamento, pelos autores, de um campo onde o direito constitucional define os "portadores de idéias", na feliz expressão de Cirne Lima, e de um outro reservado à massa dos "meros prestadores de energia", conceituados pelo direito administrativo. No primeiro campo os agentes se subdivi-

dem em políticos propriamente ditos, ou governantes, e em agentes públicos, detentores de poder, órgãos de um poder, que "participam da gestão de um serviço público", como assinala Waline.

Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello estão corretos ao inserir a categoria dos magistrados no campo do direito constitucional. Outros autores pátrios, porém, sentindo a dificuldade do enquadramento na categoria de agentes políticos, onde tradicionalmente se colocam os governantes, trilham outro caminho. Temos como exemplo SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, que ao lado dos agentes políticos arrola os agentes públicos. São esses os servidores públicos, civis e militares, estando entre os civis os magistrados, "lato sensu" (ob. cit., pp. 142/3). NÉLSON SCHIESARI, menos tecnicamente, subdivide os titulares de cargos públicos em agentes políticos e funcionários públicos, não arrolando os juizes na primeira categoria, onde enumera os governantes apenas ("In" Direito Administrativo, TJ, Hemerion Edit. S.A., 1975, p. 165). Pontes de Miranda, no lugar citado antes, arrola apenas os governantes, titulares de cargos dos poderes executivo e legislativo. Os do judiciário ficam para uma segunda categoria de direito constitucional.

LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE apresenta classificação defeituosa, com a devida vênia, pois pretende que todos os profissionais do serviço público sejam "empregados públicos", incluindo os magistrados na categoria dos funcionários, contra a tradição de nossa doutrina e jurisprudência. Esquece o autor de separar os lindes do direito constitucional e do administrativo. (Veja-se Curso Moderno de Direito Administrativo, Saraiva, 1975, SP, p. 145.).

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO distingue os agentes da administração (pessoas jurídicas, sobretudo da administração indireta, e entes carentes de personalidade) e agentes administrativos, englobando aqui os governantes, os agentes públicos e os funcionários. Simplifica demasiadamente o problema, também com a devida vênia ("In" Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 1979, SP, p. 58).

Do exame da matéria conclui-se que a doutrina brasileira ainda não amadureceu devidamente o tema da classificação dos prestadores de serviço público ou titulares de cargos públicos. Estamos muito longe da unanimidade.

Poderíamos sugerir uma distinção fundamental para os agentes públicos: de um lado, aqueles cuja atividade se subsume no campo do Direito Constitucional, e de outra parte os situados no campo específico do Direito Administrativo. Os primeiros se subdividiriam em agentes políticos (Presidente da República, Governadores de Estado, Prefeitos, Senadores, Deputados, etc.) e não governantes (Magistrados, Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas, Promotores, etc.); os últimos seriam divididos em agentes da administração (servidores públicos e outros), agentes honoríficos e delegados, seguindo-se, para o campo do Direito Administrativo, os passos de Hely Lopes Meirelles.

Porto Alegre, 20 de agosto de 1982.

PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

JOSÉ NILO DE CASTRO

Procurador do Município de Ipatinga-MG

Mestre em Direito Público pela UFMG

Doutor em Direito Público pela Université de

Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de

Paris (Paris II).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. I. **CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE.** 1. Análise do princípio de legalidade: A. Aspecto histórico. B. Aspecto Jurídico. 2. As fontes do princípio de legalidade: A. Fontes não escritas da legalidade. B. Fontes escritas. II — **SANÇÕES DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE.** 1. Anulação dos atos administrativos: A. O poder da Administração. B. O poder do Judiciário. C. O controle do poder Legislativo. 2. Revogação dos atos administrativos: A. Competência da Administração Pública. B. Impossibilidade do Judiciário. III. **LEGITIMIDADE, CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.** 1. A legitimidade. 2. A constitucionalidade. 3. Princípio de legalidade e princípio de constitucionalidade. São dois ou um só princípio?

CONCLUSÃO. Bibliografia.

Em sentido vulgar, princípio designa o começo de alguma coisa.

Em linguagem jurídica, princípio é base e alicerce do Direito. Tem sentido mais relevante do que a própria norma ou regra jurídica. O respeito ao princípio é mais importante do que o respeito à lei. Ofender um princípio, diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é muito mais grave do que ofender uma simples regra, porque, neste caso, há agressão parcial, enquanto quem ofende um princípio ataca o sistema jurídico.

No plural, princípios são normas elementares, requisitos primordiais instituídos como base de alguma coisa no universo jurídico.

Nem sempre se inscrevem nas leis. São dogmas, axiomas jurídicos, servindo-se de fundamento da ciência jurídica universal, instituídos como axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal⁽¹⁾.

Esse o seu sentido jus-filosófico. Após haver-lhe extraído a noção, vejamos-lhe o exame.

(1) DE PLÁCIDO E SILVA, *Dicionário Jurídico*, Rio, Forense, 2ª edição, 1967, vol. III, p. 1220.

Nosso estudo se fará em três linhas principais, abrangendo três partes, a saber: as características do princípio de legalidade (1ª parte), suas sanções (2ª parte) e, por fim, a trilogia fundamental consistindo em enfoques da legitimidade, da constitucionalidade e da legalidade (3ª parte).

I — CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

O homem é um animal essencialmente social. Sua existência só se justifica no grupo. Daí dizemos que a história do naufrago Robinson Crusoe, protótipo do homem só, não passa apenas de **mera estória**, uma vez que, mesmo sozinho na ilha deserta, distanciado da sociedade dos homens, sempre pertenceu a ela.

A sociedade impõe comunidade de vida regular; vida regular implica na existência de regras gerais. Daí o Direito, que só tem explicação ontológico-existencial nas comunidades organizadas, onde pontifica a convivência humana. No caso específico, aqui considerado, destaca-se a menos imperfeita das sociedades, que é o Estado, a que está vinculada a idéia de poder. A vontade estatal se impõe, porque, dentro da hierarquia natural dos seres e das instituições, as entidades inferiores, como as pessoas, estão subordinadas à esfera superior, nascendo daí o direito recíproco entre elas.

Ora, neste contexto, exurgem os poderes superiores, do Estado, que são: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com os quais se patenteia o convívio do princípio de legalidade, cuja análise, porém, revela diversas conotações.

I. Análise do princípio de legalidade

A — Aspecto histórico

Como os homens, os princípios têm o peso de sua história. E o princípio de legalidade não foge à regra, já que não se lhe podem fixar abstratamente os elementos, mas apenas pelas referências às circunstâncias históricas, nas quais nasceu, é que se lhe caracterizam os aspectos.

Em verdade, a concepção da legalidade é também uma concepção histórica. Charles EISENMANN afirma que, no curso do século XIX, quando juristas e políticos lutaram pela submissão da Administração à lei..., a palavra legalidade visava apenas a lei propriamente dita (a lei formal) ⁽²⁾. É a tradição histórica, portanto do liberalismo, que era necessário refer. Como veremos, o princípio de legalidade possui um sentido verdadeiramente novo, portanto distanciado daquele outro, dentro da concepção histórica.

(2) EISENMANN C., *Cours de Droit Administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, Tome I, pp. 458/459.

B — Aspecto Jurídico

Designa, então, o princípio de legalidade certa forma de submissão de atos a certos tipos de regras. Indica a existência de relações entre dois elementos: o elemento limitado e o elemento limitador. Por aquele tem-se regrada uma ação, por este consubstancia-se uma submissão, na prática do ato, da autoridade à norma imposta.

O exercício da função administrativa é dominada, pois, pelo princípio fundamental da legalidade. Este princípio significa que as autoridades administrativas são obrigadas, nas decisões que tomam, a se conformar com a lei ou mais exatamente com a legalidade, isto é, com o conjunto de regras de direito, das quais muitas, mas não todas, são contidas nas leis formais ⁽³⁾.

Este princípio diz respeito a todas as atividades das autoridades administrativas. Primeiramente, as decisões administrativas individuais, pelas quais toda medida particular deve ser conforme com as regras gerais preestabelecidas; em segundo lugar, também os atos administrativos regulamentares ⁽⁴⁾ devem respeitar a legalidade.

Por conseguinte, o princípio de legalidade aplicado à Administração, diz VEDEL, exprime a regra segundo a qual a Administração deve agir conforme o direito. O que caracteriza, de maneira mais expressiva, o princípio de legalidade aplicado à Administração é que ele não exprime somente a submissão desta às regras de direito que lhe são exteriores, mas sua submissão às regras que ela mesma editou ⁽⁵⁾.

Essa definição contém o sentido amplo da palavra **legalidade**.

Embora doutrinariamente a melhor, vários autores não concordam com essa colocação. Por exemplo, Charles EISENMANN: para este grande publicista francês o princípio de legalidade tem sentido restritivo de limitação da administração pelas leis formais somente ⁽⁶⁾.

(3) LAUBADÈRE A., *Traité de droit administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 8e. édition, tome I, 1980, p. 251.

(4) Aqui estão incluídos os regulamentos, atos administrativos gerais e normativos, disciplinando situações previstas em lei e os regulamentos independentes (autônomos) que provêm situações não disciplinadas em lei.

(5) VEDEL G., *Droit Administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 6e. Édition, 1976, pp. 266/267.

(6) EISENMANN C., op. cit., p. 459. Seu argumento é impressionante, como o foi sua figura de homem e de jurista na Europa: "a concepção originária da legalidade compreende apenas as leis; não compreende nem os regulamentos... Não é ilógico tratar aqui leis e regulamentos formando um só bloco? Não é diferente a respeito das leis e dos regulamentos a situação da Administração? Os regulamentos são atos administrativos, são lavrados, feitos pela Administração, constituem obra dos agentes administrativos. Como se poderia assimilar-lhes as regras e as estabelecidas pela autoridade legislativa, superior à Administração? Tem-se o princípio de legalidade como um princípio que se refere a toda a Administração; ora os regulamentos são produtos da ação de alguns agentes administrativos... Não nos parece, justo colocar no mesmo plano, para definir os limites que se impõem à Administração e à sua ação, as leis propriamente ditas e os regulamentos".

Também SEABRA FAGUNDES afirma que "o princípio de legalidade se tem entendido como condicionamento de toda atividade à lei no sentido **formal** (regra emanada do órgão legislativo), não havendo meio juridicamente utilizável para estabelecer e manter" a distinção entre lei no sentido **formal** e no sentido **material** (norma de caráter geral e abstrato) ⁽⁷⁾.

Não achamos, "data venia", inteiramente procedentes essas colocações. Filiamo-nos à primeira, exposta pelo saudoso LAUBADÈRE e por VEDEL (submissão à legalidade, às regras do direito em geral). O sentido mais amplo o domina, porque a lei corresponde a uma das fontes da legalidade.

2. As fontes do princípio de legalidade

A — Fontes não escritas da legalidade

Como fontes não escritas da legalidade, citamos os princípios gerais de direito, que têm ora valor igual ou superior à lei ou igual à Constituição ⁽⁸⁾.

Também destacam-se os costumes, como fontes não escritas da legalidade. Pela sua prática continuada e aceita pela maioria nos agrupamentos humanos, incorporam-se à regra de direito. As decisões do Judiciário confirmam a existência dessas fontes não escritas da legalidade.

B — Fontes escritas

Não obstante o valor das fontes não escritas, entre as quais se insere o princípio de legalidade, as fontes escritas da legalidade, no sentido amplo que adotamos, é que se destacam consideravelmente.

Na hierarquia normativa, de nosso direito positivo, registramos: 1º) A Constituição e as Emendas Constitucionais; 2º) as leis complementares; 3º) as leis ordinárias; 4º) as leis delegadas; 5º) os decretos-leis; 6º) os decretos legislativos e 7º) as resoluções, dentro da competência de edição do direito, legislativamente falando.

Ora, ajuntam-se, aí, também, os julgados do Judiciário, que, se não têm força vinculativa direta (não são "**arrêts de règlement**" dos Corpos Judiciários franceses do Antigo Regime — "**Las parlements**"), possuem autoridade consolidada, tornando obrigatório mesmo o recurso a eles na apreciação jurisdicional de casos

(7) SEABRA FAGUNDES M., **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, Rio, Forense, 5ª edição, 1979, p. 95, nota 3.

(8) JEANNEAU B., **Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative**, Paris, Sirey, 1954.

semelhantes. Veja-se o direito sumular do Supremo Tribunal Federal. Fala-se até da existência de um poder legiferante do Supremo Tribunal Federal (SEABRA FAGUNDES).

No direito alienígena, os trabalhos do Juiz, sobretudo, do Juiz administrativo francês, revelaram até a construção do poder normativo jurisdicional ⁽⁹⁾. O Juiz, ao constatar os fatos, acolhendo pretensão de alguém, está **criando direito novo**.

Por isso também é que o princípio de legalidade se subsume no corpo da regra de direito "lato sensu".

O princípio de legalidade, diz SEABRA FAGUNDES, "nos interessa particularmente, quando relacionado com as atividades administrativas do Estado, mas é extensivo a todas as atividades estatais. A submissão à ordem jurídica não atinge apenas os atos do Poder Executivo" ⁽¹⁰⁾. Também à ordem jurídica de órbita constitucional se submetem os Poderes Legislativo e Judiciário.

A submissão da Administração Pública à ordem jurídica só se tornará efetiva pelo sistema de controle (ou autocontrole) de suas atividades, no mecanismo estatal. Onde:

II — SANÇÕES DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

A liberdade de ação do administrador explicita o alcance da lei, enquanto que a limitação desta só se torna eficaz através de certos procedimentos. Nenhum ato jurídico e até mesmo atos políticos estão afastados de controles. Todavia esses se realizam de duas maneiras, a saber, pela Anulação e Revogação dos atos administrativos.

I. Anulação dos atos administrativos

A — O Poder da Administração

O Executivo possui autocontrole de suas atividades. Reconhecendo no ato que lavrou vícios de **ilegalidade**, ex-officio ou através dos recursos administrativos, hierárquico ou gracioso, pode o Executivo (a Administração), invalidá-los. É um controle mais rápido e eficiente: restauração imediata da ilegalidade pelo controle administrativo interno, isto é, a própria justiça de casa.

B — O Poder do Judiciário

Sendo provocado, o Juiz anula pela sua decisão, atos administrativos ilegais (inexistentes — "Quod nullum est nullum produit effectum" — ou nulos — nulidade

(9) WALINE M., **Le pouvoir normatif de la jurisprudence**, Mélanges G. SCHELLE, II, p. 613.

(10) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., p. 95, nota 5.

absoluta, é a concebida em Direito público (HELY LOPES MEIRELLES). Relativa, pode ser concebida em direito administrativo em matéria contratual (LAUBADÈRE) e atos relativamente inválidos (SEABRA FAGUNDES). Sabemos que os vícios dos atos administrativos podem atingi-los em razão de competência, forma, motivo, objeto e finalidade (Lei da ação popular define tais vícios — art. 2º da Lei 4.117, de 29/06/1965 —, que são modalidades da ilegalidade).

Impõe-se-nos, aqui, o estabelecimento de três graduações de atos: o **ato administrativo** como gênero, o **ato político** como espécie e o **ato exclusivamente político** como subespécie ⁽¹¹⁾.

A Administração tem por objetivo realizar o direito, executá-lo.

O ato administrativo é o ato jurídico através do qual o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para sua formação ⁽¹²⁾. E cinco são os seus elementos, como sabemos (competência, forma, motivo, objeto e finalidade).

O ato administrativo político possui conceituação mais ampla e elástica, donde a dificuldade para encontrar-lhe definição, porque materialmente não se distingue do ato administrativo ⁽¹³⁾.

Através de indicadores, como a **finalidade** e o **conteúdo**, é que podemos avizinhar-nos de sua compreensão. Por exemplo, o ato exclusivamente político não afeta direitos individuais. Daí sua exclusão de controles. Na França, a construção da teoria dos atos de Governo ("actes de gouvernement"), que o Conselho de Estado consolidou, é explicada pelo fato de, sobre esses atos, não se exercer controle algum; por exemplo, os atos de nomeação de Ministros, o decreto de convocação da Assembleia Nacional, de sua dissolução. "Mutatis mutandis", não é diferente a situação em nosso direito positivo, pois que as questões políticas escapam, em absoluto, ao exame do Judiciário. Já o ato **não estritamente político**, por exemplo, a cassação de mandatos dos **agentes políticos**, interfere com o direito subjetivo (o direito ao exercício do mandato). Aqui o Judiciário é convocado e aprecia a questão de fundo, conhecendo-a integralmente, valorando-lhe os motivos.

C — O controle do Poder Legislativo

Aqui se desenvolve, no aspecto essencialmente político, verdadeiro controle, destinado à fiscalização das atividades administrativas, do ponto de vista geral de sua **legalidade** e conveniência do interesse coletivo ⁽¹⁴⁾.

(11) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., pp. 159/165.

(12) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., p. 7, nota I e p. 26, n.º 12.

(13) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., p. 159.

(14) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., pp. 103 e seguintes.

O texto constitucional federal alinha artigos neste sentido (arts. 40/42). Nos âmbitos estaduais e municipais, diferente não é o comportamento na atividade controladora.

2. Revogação dos atos administrativos

A — Competência da Administração Pública

Revogação significa o desfazimento do ato administrativo legítimo, ilegal, por conveniência do interesse público. A administração é o único juiz do desfazimento do ato, visando atender motivos não de legalidade, mas de pura conveniência administrativa. É a grande diferença com relação à anulação. Esta supõe sempre a existência de vícios no ato, isto é, sua ilegalidade; a revogação, ao contrário, pressupõe sempre a inexistência de vícios no ato; portanto, só se revogam atos legítimos e legais.

B — Impossibilidade do Judiciário

A declaração de nulidade de um ato administrativo é decidida pela Administração ou pelo Judiciário, como vimos anteriormente. No entanto, quanto à revogação, o Poder Judiciário é inoperante. Não pode jamais desfazer legalmente ato juridicamente válido. O único juiz da conveniência (do mérito) é a própria Administração na revogação do ato administrativo.

III — LEGITIMIDADE, CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE

Tendo em vista os liames existentes entre essas três categorias do direito, afigura-se-nos oportuno, dentro do contexto do princípio de legalidade, examiná-las sumariamente, evocar aspectos relacionados da Legitimidade, da Constitucionalidade e da Legalidade. Cada uma delas tem sua conotação própria, conceito e alcance, positivados no tráfico jurídico.

I. A Legitimidade

Etimologicamente, legitimidade provém do adjetivo **legítimo** (do latim - legiti-mus, referente à "lex"). É tudo que está conforme a regra jurídica, portanto, válido, puro, perfeito, regular.

Exprime a natureza do que é legítimo.

Juridicamente (ou meta-juridicamente) a legitimidade refere-se à Justiça e, de um modo geral, a valores suprapositivos (éticos, religiosos, filosóficos, políticos).

A legitimidade, conceito meta-jurídico possui campo de atuação maior do que o da legalidade. Legal é tudo aquilo que está de acordo com a lei, com as normas

jurídicas positivas. Mas legítimo é não só o que é legal, como o que se passa de harmonia com outros princípios éticos, religiosos, políticos, aceitos pela comunidade. Assim, praticar uma ilegalidade pode ser legítimo, desde que a lei infringida seja considerada injusta ou iníqua pela opinião dominante da coletividade.

À guisa de informação neste sentido, refere-se o Projeto de Constituição para o Império do Brasil de 30/08/1823, elaborado pela Comissão da Assembléia Constituinte (in Constituição do Brasil, Rio, Imprensa Nacional, 1948). São destaques os artigos 34 e 35.

"Art. 34 — se a lei não é lei senão no nome, se é retroativa, ou oposta à moral, nem por isso é lícito ao brasileiro desobedecer-lhe, salvo se ela tendesse a depravá-lo, e torná-lo, vil e feroz".

"Art. 35 — Em tais circunstâncias é dever do brasileiro negar-se a ser o executor da lei injusta".

Está aí, pois, contestado já o princípio rousseauiano: "**la loi ne peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même**".

Dentro desse raciocínio, chega-se ao aspecto político da legitimidade tão estudada atualmente.

"A legitimidade do poder político é, a bem dizer, a sua base ética, que pressupondo a aceitação da investidura pelo povo leva-o à obediência" (15). Essa obediência é "**imediata, natural e espontânea**".

O que é legítimo é sempre legal; todavia, nem tudo o que é legal é legítimo. Pode haver regras de direito ilegítimas, sem deixar, entretanto, de ser regras jurídicas.

A análise nos leva até à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Carta política por excelência, o primeiro documento de nível constitucional a afirmar que a nação é a detentora original da soberania (16). É, segundo SEABRA FAGUNDES, a consagração atual, na coletividade, como fonte de legitimidade, prescrita no artigo XXI, item 3, da Carta das Nações Unidas, de 1948:

"A vontade do povo será a base de autoridade do Governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto".

(15) SEABRA FAGUNDES M., **A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira**, Recife, Publicação da O. A. B./PE, 1982, p. 9.

(16) "Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément" (art. 1º, nº 3, da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789).

É o que as Constituições contemporâneas traduzem.

Todavia, diz SEABRA FAGUNDES, se essa é uma verdade, cuja proclamação vem sendo feita há quase dois séculos, sua trajetória, na prática, é diferente (17).

Veja-se a nossa trajetória constitucional, a esse respeito, desde a Independência do Brasil.

A Assembléia Geral Constituinte e Legislativa convocada por D. Pedro I, em 3 de junho de 1822, evidencia tecnicamente a vinculação do ordenamento jurídico, então criado, ao princípio legitimista monárquico. Ouviu-se o povo pelos seus representantes. Nossa primeira Constituição estabelecia, no seu artigo 12, que todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da Nação. Reconhecera-se, pois, o poder constituinte popular...

Ademais, esta legitimidade resultou, para o D. Pedro I, do exercício da Regência, anterior à Independência (18). O estatuto político é que veio com a Constituição de 1824, legítima, no entanto. Não estamos seguros, por outro lado, de que a **Primeira República** tenha nascido com legitimidade (19). O povo estava distante, na sua maioria, desta aspiração. As crises sucessivas provam-no, como as fraudes, somente ocorrendo a abertura do caminho da legitimidade do poder na promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934. Iniciava-se, aí, momento de verdadeira legitimidade institucional, quebrada, porém, em 1937, revivida em 1946, e destruída em 1964, com o movimento de 31 de março para 1º de abril de 1964.

Vivemos, portanto, sem a legitimidade institucional, sendo os textos constitucionais sucessivos apenas detentores de **lagallidade peculiar**, porque, desde aquela época — Ato Institucional nº 1/64 —, registra-se período de **continuidade da hermenêutica autoritária** (20). Daí o grito constante pela Constituinte para a recuperação da **legitimidade do poder**, portanto, **das leis**.

2. A Constitucionalidade

Embora, como acabamos de ver, não exista uma legitimidade institucional, há, no entanto, um ordenamento jurídico que, pela força, se tentou institucionalizar.

Sem possuir **legitimidade de origem** ou de **título**, quis-se adquirir a legitimidade **de exercício**. Esta é a roupagem, sob a qual se contém nossa constitucional-

(17) SEABRA FAGUNDES M., **A Legitimidade**..., op. cit., p. 12.

(18) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., pp. 15/16.

(19) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., pp. 16/17.

(20) RUBEM RUSCHEL R., **A Ilegitimidade da Constituição Vigente**, tese apresentada ao III Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, maio de 1982, p. 8.

dade, no momento. Como lei fundamental, embora ilegítima, impõe respeito, é o ordenamento jurídico vigente. Defluem daí regras positivas, princípios constitucionais, aos quais estão submetidos os poderes da Nação. O artigo 34 do Projeto de Constituição para o Império do Brasil, de 30/08/1823, citado há pouco, demonstra a exatidão da afirmativa.

Até a auto-destruição do grupo dominante ou a deterioração irremediável, reabrindo-se as portas da consulta ao povo (21) não há como negar a lei fundamental, a natureza constitucional das regras jurídicas dentro do permitido por esta mesma lei fundamental, na qual se subsume o princípio de legalidade.

3. Princípio de legalidade e princípio de Constitucionalidade. São dois ou um só princípio?

É dentro do bloco de constitucionalidade que tentaremos encontrar explicação para a questão.

A relação constitucional, isto é, de subordinação entre duas regras **constitucional e legislativa** (ou de nível legislativo), pode ser mais ou menos estreita, segundo é exigida uma conformidade ou simples compatibilidade entre estas duas regras.

A conformidade de um objeto a outro é a semelhança a este outro, que reproduz, que se encontra nele, sob cujo modelo se fez (C. EISENMANN) (22). Exigir para os atos dos órgãos administrativos relação de conformidade com a legislação é postular que tais atos sejam a realização concreta de seu esquema ou modelo predesenhado nesta regra jurídica.

Acreditamos que não são dois num só os princípios de legalidade e de constitucionalidade.

Senão vejamos.

A aproximação, que existe, com o princípio de legalidade facilita a compreensão do princípio de constitucionalidade (23).

A legalidade não é somente a conformidade com a lei, mas indica, progressivamente, a Constituição (os tratados internacionais — arts. 8º, I e 44, I, Constituição Federal), os regulamentos, os princípios gerais do direito, os costumes, as decisões

(21) SEABRA FAGUNDES M., *A ilegitimidade...*, op. cit., p. 25.

(22) EISENMANN C., *Le droit administratif et le principe de légalité*, Études et Documents du Conseil d'Etat, 1957, p. 32.

(23) FAVOREU LOUIS, *Le principe de constitutionnalité*, in Mélanges a C. EISENMANN, Édition Cujas, 1974, p. 47.

do Poder Judiciário; a constitucionalidade, por outro lado, designa a conformidade com um conjunto de regras que ultrapassam esses quadros normais de regra de direito (24), **impondo-se com autoridade incontestável**.

Não é o princípio de constitucionalidade um aspecto mais geral do princípio de legalidade? Não nos parece. Porque os dois se situam em níveis diferentes. Incluem os dois o controle de conformidade com a Constituição e se juntam no ápice, no fim. Mas, no seu ponto de partida, são diferentes: é supralegislativo para o princípio de constitucionalidade. Este exige relação de conformidade em sentido estrito. O princípio de legalidade o exige em sentido mais amplo, havendo margens de poder **discricionário**. O princípio de constitucionalidade se aplica à atividade **puramente normativa**, sendo, pois, a parte de competência vinculada necessariamente maior (25).

Um é de valor constitucional; outro é de valor infraconstitucional, na partida, no início.

No que tange aos princípios de constitucionalidade, em nosso direito positivo, destacam-se os princípios constitucionais **enumerados**, para cuja proteção existe uma técnica autônoma (iniciativa do interessado e competência do Procurador-Geral da República). Segundo o Prof. Raul MACHAHO HORTA, é o Supremo Tribunal Federal a jurisdição concentrada para o caso de preservação dos princípios constitucionais **enumerados** (por exemplo, art. 10, VII, da Constituição Federal) (26). Fora daí encontram-se os princípios **estabelecidos**, cuja proteção é também entregue ao Judiciário. O Supremo, continua o ilustre constitucionalista, é a Corte Constitucional da Federação no âmbito dos princípios constitucionais enumerados, detém o monopólio jurisdicional. Os princípios constitucionais **estabelecidos** (art. 13, p. exemplo), quando violados, são examinados pelo Judiciário, de modo geral, no exercício de jurisdição difusa (27).

Do exposto também deflui, dentro da "pirâmide jurídica" (KELSEN), a elasticidade envolvente dos princípios da constitucionalidade com referência da legalidade. É que "os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o ordenamento jurídico" (28).

(24) FAVOREU L., op. cit., p. 47.

(25) FAVOREU L., op. cit., p. 48.

(26) Trata-se, aqui, da **representação interventiva**, distinta da **geral e interpretativa** (Cf. NUNES LEAL V., *Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: Um aspecto inexplorado*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da O.A.B., Curitiba, maio de 1978.

(27) MACHADO HORTA R., *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, 1964, pp. 259/260.

(28) BARACHO J.A.O., *Hermenêutica Constitucional*, Revista da Faculdade de Direito da UFMG, maio de 1977, p. 180.

Conclusão

Retomando, para finalizar, as características do princípio de legalidade, suas sanções e o inter-relacionamento da legitimidade, da constitucionalidade e da legalidade, um dado evidente depreende-se também da análise: é que o ato administrativo, "em contínuo e eventual processo, possui força jurídica original: mesmo definitivo é contestável" (29); daí, portanto, a importância do princípio de legalidade, que, nascido no liberalismo, se coaduna com a liberdade e a ordem, que nos traz a sentença de ALAIN: "la liberté ne vaut pas sans l'ordre, l'ordre ne vaut rien sans la liberté".

BIBLIOGRAFIA

- BARACHO J.A.O., **Hermenêutica Constitucional**, Revista da Faculdade de Direito, UFMG, maio 1977, pp. 173/216.
- CAETANO M., **Direito Constitucional**, Rio, Forense, vol. I., 1977.
- CASTRO J.N., **L'autonomie communale en droit brésilien et en droit français**, Thèse de doctorat en droit, Paris, 1982.
- DE PLÁCIDO E SILVA, **Dicionário Jurídico**, Rio, Forense, 2ª edição, 1967, vol. III.
- EISENMANN C., **Le droit administratif et le principe de légalité**, Études et Documents du Conseil d'Etat, 1957.
- **Cours de droit administratif**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, tome I, 1982.
- FAVOREU L., **Le principe de constitutionnalité**, in Mélanges a C. EISENMANN, Édition Cujas, 1974, pp. 33/48.
- **L'Apport du Conseil Constitutionnel au droit public**, in *Révue POUVOIRS*, 1980, n° 13, pp. 17/26.
- JEANNEAU B., **Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative**, Paris, Sirey, 1954.
- LAUBADÈRE A., **Traité de droit administratif**, Paris, 8e. édition, tome I, 1980.

(29) SCHWARTZENBERG R.G., *L'autorité de chose décidée*, Paris, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1969, p. 419.

MACHADO HORTA R., **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**, Belo Horizonte, 1964.

MEIRELLES H.L., **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, ERT, 5ª edição, 1977.

NUNES LEAL V., **Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: Um aspecto inexplorado**, tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Curitiba, maio de 1978.

RUBEN RUSCHEL R., **A Ilegitimidade da Constituição vigente**, tese apresentada ao III Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, maio de 1982.

SCHWARTZENBERG R.G., **L'autorité de chose décidée**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

SEABRA FAGUNDES M., **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, Rio, Forense, 5ª edição, 1979.

— **A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira**, Recife, Publicação da O.A.B./PE, 1982.

TIMSIT G., **Le rôle de la notion de fonction administrative em droit administratif français**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

VEDEL G., **Droit Administratif**, Paris, Presses Universitaires de France, 6e. édition, 1976.

WALINE M., **Le pouvoir normatif de la Jurisprudence**, Mélanges G. SCHELLE, II, p. 613.

IMÓVEL URBANO E RURAL: CARACTERIZAÇÃO

TOSHIO MUKAI
Doutor e Mestre pela U.S.P.

1. Na doutrina ainda não se assentou claramente uma orientação segura para a caracterização do que seja imóvel urbano ou rural. Admite-se que possa haver um critério para a caracterização mencionada, exclusivamente para fins urbanísticos, e outro, para fins tributários.

Nesse sentido veja-se a lição de Hely Lopes Meirelles: "A delimitação da zona urbana deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos, como para efeitos tributários. No primeiro caso, a competência é privativa e irretirável do Município, cabendo à lei urbanística estabelecer os requisitos que darão à área condição de urbana ou urbanizável, e, atendidos esses requisitos, a lei especial delimitará o perímetro urbano, as áreas de expansão urbana e os núcleos em urbanização. No segundo caso (efeitos tributários), a lei definidora da zona urbana deverá atender os requisitos do C.T.N. (art. 32, §§ 1º e 2º), estabelecidos para fins meramente fiscais ("Direito Municipal Brasileiro", RT. p. 619/20).

Assim, para fins urbanísticos, a norma a ser cogitada é a da Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e que assim está redigida: "Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas ou de expansão urbana, assim definidos por lei municipal. (art. 3º).

Já para fins tributários a norma a prevalecer é a do art. 32, § 1º, do C.T.N. que assim dispõe: "Para efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

- I — meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
- II — abastecimento de água;
- III — sistema de esgotos sanitários;
- IV — rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
- V — escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3(três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º — A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior".

Verifica-se, assim, que a legislação tributária exige como critério para a caracterização do imóvel urbano, o da localização. Da mesma forma o faz quanto à caracterização do imóvel rural (art. 29 — O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, **localizado fora da zona urbana do Município**”).

Ocorre que, ainda para fins tributários, o Decreto-lei nº 57, de 18.11.66 alterou os arts. 29 e 32 do C.T.N. incluindo as chacaras ou sítios de recreio, em zona rural, na competência tributária do Município (art. 14) e excluiu destas as glebas situadas na zona urbana, desde que “comprovadamente” utilizadas em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, sujeitando-se ao imposto territorial rural (art. 15). Por sua vez o art. 6º da Lei nº 5.868, de 12.12.72 veio dizer o seguinte: “Para fins de incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, a que se refere o artigo 29 da Lei Nº 5.172, de 25.10.66, considera-se imóvel rural aquele que se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial e que, **independentemente de sua localização**, tiver área superior a 1 (um) hectare”.

“Parágrafo Único — Os imóveis que não se enquadrarem no disposto neste artigo, independentemente de sua localização, estão sujeitos ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, a que se refere o art. 32, da Lei nº 5.172, de 25.10.66”.

Verifica-se que esta última legislação tomou como critério, para a caracterização do imóvel rural, não o da localização, mas sim o da destinação do imóvel.

Já para fins urbanísticos, observe-se que o art. 3º da Lei 6.766/79 não admite loteamentos para fins urbanos na zona rural, e, dessa forma, embora não revogado (porque uma Lei Complementar - C.T.N., não pode ser revogada por lei ordinária), o § 2º do art. 32 do C.T.N. ficou sem eficácia, uma vez que, “os loteamentos aprovados, destinados à habitação, indústria ou comércio” ali referidos não mais podem existir fora da zona urbana ou de expansão urbana, como permite aquela disposição.

2. Esse panorama quanto ao imóvel rural ou urbano, para fins de tributação, onde havia uma conjugação de dois critérios (na legislação), o da localização e o da destinação do imóvel, veio recentemente de ser alterado, tendo em vista o reconhecimento, pelo Pleno do S.T.F., da inconstitucionalidade do art. 6º da Lei nº 5.868, de 12.12.72.

É a seguinte a Ementa do acórdão que declarou a referida inconstitucionalidade:

“Imposto Predial. Critério para a caracterização do imóvel como rural ou como urbano”.

— A fixação desse critério, para fins tributários, é princípio geral de direito tributário, e, portanto, só pode ser estabelecido por lei complementar.

— O C.T.N., segundo a jurisprudência do S.T.F., é lei complementar.

— Inconstitucionalidade do art. 6º, e seu parágrafo único da Lei Federal 5.868, de 12 de dezembro de 1972, uma vez que, não sendo lei complementar, não poderia ter estabelecido critérios, para fins tributários, de caracterização de imóvel como rural ou urbano diverso do fixado nos artigos 29 e 32 do C.T.N.

Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 6º e seu parágrafo único da Lei Federal 5.868, de 12 de dezembro de 1972 (R.E. nº 93.850-8-MG-Pleno-D.J.U. - 27.08.82 - Rel. Min. Moreira Alves)”.

Dessa forma, a nosso ver, e seguindo a mesma razão de decidir do S.T.F., pode-se entender como sendo inconstitucional o art. 15 do Decreto-lei nº 57/66, que, como vimos, excluía determinados sítios ou chacaras de recreio, mesmo que situados na zona urbana, da tributação pelo I.P.T.U.; quanto ao art. 14, que previa a tributação pelo Município de outras chacaras ou sítios de recreio (de lazer), situados em zona rural, perdeu qualquer sentido jurídico, porque, de acordo com o art. 3º da Lei nº 6.766/79, não pode mais haver loteamentos para fins urbanos fora da zona urbana ou de expansão urbana (e aqueles imóveis são para fins urbanos); além disso, se não se tratarem de imóveis oriundos de loteamentos ou desmembramentos, o art. 14 é inconstitucional, porque um decreto-lei não pode alterar o critério da localização disposto pelo C.T.N. (lei complementar) para a caracterização do imóvel urbano ou rural.

3. De tudo se conclui que não pode mais haver imóvel urbano na zona rural e vice-versa para fins tributários, embora o possa para fins urbanísticos (ou para fins de parcelamento do solo, especificamente).

Dessa forma, para fins tributários, é imóvel urbano somente aquele que estiver abrangido pela lei municipal delimitadora do perímetro urbano, segundo os critérios previstos no art. 32, § 1º do C.T.N. (o § 2º perdeu, em face do art. 3º da Lei nº 6.766/79, toda eficácia jurídica); conseqüentemente é imóvel rural, todo aquele que se enquadrar nas condições previstas no art. 29 do C.T.N.

A caracterização do imóvel rural ou urbano para fins tributários, portanto, obedece, diante do direito positivo brasileiro, a um único critério: o da localização.

4. Diante dessa conclusão, no entanto, restaria uma indagação de alta importância prática.

Segundo o art. 53 da Lei nº 6.766/79, toda alteração de uso rural para urbano depende de aprovação pelo Município, e audiência do INCRA e da autoridade me-

tropolitana, quando for o caso. Ocorrendo uma determinada alteração de uso nos moldes prescritos, o imóvel passa a ser tributado pelo Município? Ou continuará a ser tributado pelo I.T.R.?

Essa questão não pode ser respondida genericamente. Dependerá tudo da localização do imóvel cujo uso foi alterado.

Como se pode inferir, a norma mencionada (art. 53 da Lei 6.766/79) tem caráter eminentemente urbanístico. Ali se trata de alteração (ou transformação de imóvel) de uso, de rural para urbano, sem ser para fins tributários.

Nessa hipótese continua a prevalecer o critério de caracterização do imóvel rural acolhido pela legislação agrária brasileira, que é o da destinação do imóvel. Assim, se o uso, no caso, foi alterado, passando a ser urbano, para fins urbanísticos (e mesmo rurais) o imóvel não é mais, evidentemente, rural, independentemente de sua localização.

Contudo, para fins tributários, o imóvel cogitado poderá continuar a ser tributado pelo I.T.R. se estiver localizado fora da zona urbana do Município (art. 29 do C.T.N.); ou passará a ser tributado pelo I.P.T.U., se estiver localizado dentro do perímetro urbano.

Essa dicotomia de situação pode ocorrer, porque, como vimos, o direito positivo brasileiro exige como critério para caracterização do imóvel rural ou urbano, o da localização (para fins tributários), enquanto exige, ao contrário, como critério para fins de uso (rural ou urbano) o da destinação do imóvel:

PARECERES

INTERPRETAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 6.719/74

NEY SÁ

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.124

Licitação: interpretação da Lei Estadual nº 6.719, de 18 de julho de 1974, à luz do novo coeficiente de atualização monetária trazido pela Lei Federal nº 6.205, de 29 de abril de 1975.

Derrogação da Lei Estadual anterior, neste particular, pela Lei Federal superveniente: inexistência de direito adquirido.

A COMPANHIA ESTADUAL DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS (CEDRO) encaminha consulta a esta Procuradoria-Geral do Estado a propósito de questão suscitada pela sociedade comercial ALCIDES S. MILANI & CIA. LTDA. a respeito da retenção do percentual de 1% (um por cento) sobre o preço de obras públicas, estatuída na Lei Estadual nº 6.719, de 18 de julho de 1974.

Nos termos dessa lei, artigo 1º:

"Os órgãos da administração estadual, ao solicitarem obras cujo total seja superior a 3.000 salários mínimos, preverão no instrumento de licitação a obrigatoriedade de pagamento, pelo seu executor, à Fundação de Ciência e Tecnologia, criada segundo autorização contida na Lei nº 6.370, de 6 de junho de 1972, de importância correspondente a 1% a título de pagamento dos serviços que a mesma obrigatoriamente prestará, de verificação da qualidade dos materiais a serem empregados, bem como de garantia do bom desempenho da obra".

A questão levantada funda-se na Lei Federal nº 6.205, de 29 de abril de 1975, que proibiu a fixação de índices de correção monetária com base no salário mínimo, como decorre do texto do seu artigo 1º:

"Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito".

Nos termos da mesma lei, artigo 2º, "em substituição à correção pelo salário mínimo, o Poder Executivo estabelecerá sistema especial de atualização monetária", explicitando o parágrafo único desse dispositivo que "o coeficiente de atualização monetária, segundo o disposto neste artigo, será baseado no fator de reajustamento salarial a que se referem, os artigos 1º e 2º da Lei nº 6.147, de 29 de

novembro de 1974, excluído o coeficiente de aumento de produtividade. Poderá estabelecer-se como limite, para a variação do coeficiente, a variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional ORTN".

Oueixa-se a empresa suscitante de que a Companhia Estadual de Desenvolvimento Regional e Obras, procurando dar cumprimento à lei federal, passou a aplicar a Lei Estadual nº 6.719/74 fixou o valor mínimo, para a retenção antes aludida, em salários referência, critério este que redundou em diminuir consideravelmente o piso para o efeito aludido, em detrimento dos objetivos da lei federal, eis que tal critério importa em aumentar os custos para os empreiteiros que, pela lei local, estariam isentos da taxa de 1%.

O tema foi apreciado pela Consultoria Jurídica da CEDRO que, invocando precedentes estabelecidos pelo Tribunal de Contas do Estado, inclinou-se pela aprovação do procedimento do órgão paraestatal, sugerindo, porém, fosse a matéria submetida a exame desta Procuradoria-Geral.

É o relatório.

Vê-se que, na verdade, a lei federal teve por finalidade estatuir novo critério de atualização monetária.

Entretanto, é de se observar que quando o artigo 1º da lei em questão declarou não deverem ser considerados os valores monetários fixados com base no salário-mínimo "para quaisquer fins de direito", disse mais do que na realidade pretendia.

Equívocos dessa natureza ocorrem amiúde nos textos legais, sendo apontados tanto na legislação pátria como na alienígena que, igualmente, contém impropriedades bastante conhecidas e apontadas pelos estudiosos. A Constituição de Weimar, por exemplo, apesar de suas excelências sempre apregoadas, continha mandamento segundo o qual os Deputados ficavam autorizados a viajar gratuitamente em transporte ferroviário e a da Suíça continha em seu texto normas a respeito do abate de reses... Deslizes dessa monta, e outros, são freqüentemente apontados.

O nosso Código Civil, tantas vezes louvado e sempre admirado, contém exemplo nunca esquecido de impropriedade de linguagem consagrada no seu artigo 9º, § 1º, inciso I, segundo o qual a emancipação dos menores se dá por concessão do pai, ou, "se for morto" da mãe, quando se sabe que à mãe compete emancipar os filhos menores sempre que estiver no exercício do pátrio poder e não, apenas, "se for morto" o pai, como resultaria de uma interpretação estritamente literal do dispositivo legal. Este é um dos casos em que, tendo a lei dito menos do que queria, impõe-se ao aplicador a sua interpretação extensiva.

No caso ora sob exame, deu-se exatamente o contrário porque a lei, na verdade, ao declarar a ineficácia de qualquer disposição que visasse a estabelecer a correção monetária segundo o coeficiente estabelecido para o salário mínimo "para quaisquer fins de direito", disse mais do que pretendia.

De fato, como foi muito bem observado no parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República e constante dos autos do Recurso Extraordinário Criminal nº 87.548 — RJ (RTJ, 82/639):

"Ninguém ignora que, no ano de 1975, o Governo da República reputou insuficiente, ao estudar o quadro salarial dos trabalhadores, mera atualização correspondente à marcha inflacionária. Concedeu, destarte, autêntico aumento de seus ganhos. E, como era natural, quis evitar que tal medida repercutisse de modo indevido no panorama econômico, onde até então se vislumbrava no salário mínimo ascendente o fator demonstrativo dos índices da inflação, e, 'ipso facto', da justa correção monetária. Pareceu certo, na ocasião, que não se estava a extinguir o parâmetro salarial. Apenas, a partir de então, esse parâmetro deixaria de acompanhar a ascensão do próprio salário mínimo, passando a evoluir à base dos coeficientes de atualização monetária fixados pelo Poder Executivo."

Do voto do ilustre Ministro DJACI FALCÃO, proferido nesse acórdão e acolhido unanimemente pelos integrantes da 2ª Turma do STF, verifica-se que este tem sido o entendimento do Pretório Excelso, que limita a aplicação da Lei nº 6.205 a fins estritamente econômicos reconhecendo, assim, que o legislador teve em mira, ao editar a norma legal, tão somente impedir os efeitos inflacionários que poderiam decorrer da fixação do salário mínimo em níveis mais elevados do que os índices de atualização monetária estabelecidos pelo Poder Executivo.

Lê-se no voto em referência que

"... na verdade, a lei teve por finalidade estatuir novo critério de atualização monetária. Trata-se de regra de conteúdo meramente econômico. Aliás, o legislador não pretendeu, em qualquer oportunidade, suprimir da condenação a pena pecuniária devida por infração ao invocado artigo 281 do Código Penal. Tanto assim que, recentemente, a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 (prevenção e supressão de tóxicos), estabeleceu, por exemplo, como pena pecuniária, 'pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa'". (artigo 12).

Nesse voto lembra o Relator o precedente que se estabeleceu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 84.335, no qual o eminente Ministro MOREIRA ALVES, ao manifestar-se sobre a alegada negativa de vigência do artigo 1º da Lei nº 6.205, em tema de pena pecuniária criminal, acentuou que:

"É manifesta a improcedência da alegação, porquanto a proibição da citada lei visa, inequivocamente, a fins econômicos, impedindo que a variação do salário mínimo se constitua, em virtude de vinculação legal, em fator inflacionante". (RTJ., 82/639).

Essa orientação do STF parece tranqüila, podendo ser citado, ainda, o acórdão proferido no Recurso Extraordinário Criminal nº 89.556 — RS, de que foi Relator o ilustre conterrâneo, Ministro LEITÃO DE ABREU, onde reafirmada a tese de que "... a Lei nº 6.205/75 visa a fins econômicos, impedindo que a variação do salário mínimo se constitua... em fator inflacionante...". (RTJ., 91/303).

No caso em exame não há por que adotar entendimento diverso, tanto mais que, ao proceder da forma como vem fazendo a CEDRO, substituindo, no cálculo do piso estabelecido na lei estadual a referência em "*salário mínimos*" por "*salários de referência*", criou um fator inflacionante, aumentando os custos de obras que, segundo o critério legal, estariam isentas da contribuição de 1% do seu valor.

Ademais, essa alteração introduzida pela CEDRO foi arbitrária porque, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, "*fine*", da Lei nº 6.205/75 "*poderá estabelecer-se como limite, para a variação do coeficiente, a variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTN*", o que só se poderia estabelecer através da lei estadual que viesse a derrogar o dispositivo em exame, da Lei nº 6.719/74, chegando-se, assim, a resultado diverso do encontrado para efeito do estabelecimento de piso, calculado segundo os salários de referência.

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, somos do entender de que a Lei Estadual nº 6.719/74 não foi atingida pelas disposições da Lei Federal nº 6.205/75, cumprindo, assim, dar-lhe execução integral, nos mesmos termos em que se vinha procedendo anteriormente à edição da Lei Federal que alterou os critérios de correção monetária, descaracterizando o salário mínimo como fator de atualização da moeda.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 3 de dezembro de 1982.

Acolho o Parecer nº 5.124, da lavra do Conselheiro NEY SÁ, o qual foi aprovado, por maioria, em sessão do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado realizada no dia 24 de novembro do corrente ano.

Restitua-se o expediente à Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas.

Em 03-12-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

FUNCIONÁRIOS CEDIDOS A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E FUNDAÇÕES

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.150

FUNCIONÁRIOS CEDIDOS A SOCIEDADES DE
ECONOMIA MISTA E FUNDAÇÕES.

Revisão dos proventos de aposentadoria.

Determinou a Lei nº 6.657, de 12 de dezembro de 1973, que trata da cessão de funcionários a Sociedades de Economia Mista e Fundações organizadas pelo Estado, em seu artigo 4º, que

"Os proventos do funcionário que, estando cedido, vier a aposentar-se; terão em conta a remuneração paga pela Fundação ou Sociedade, desde que o funcionário haja permanecido na mesma Entidade por cinco anos contínuos ou dez intercalados".

A matéria já foi objeto de exame por esta Procuradoria, havendo dado margem ao Parecer nº 4.383.

Estabelecido, assim, que o funcionário cedido, que satisfaça a um dos requisitos temporais expressos naquela disposição, deve ser aposentado com proventos correspondentes ao montante que perceba da Sociedade de Economia Mista ou Fundação, surgem agora problemas no que tange à atualização de tais proventos.

Fixado o montante inicial dos proventos em correspondência com os vencimentos percebidos por ocasião da aposentadoria (e a parcela ou o total pagos pela Companhia ou Fundação ao cedido são vencimentos por definição legal), o que é feito no ato da inativação, o Tesouro do Estado, relativamente às revisões futuras, simplesmente vem aplicando, aos proventos iniciais, o percentual geral de cada reajuste concedido ao funcionalismo, sem considerar os pagamentos feitos pela Companhia ou Fundação.

Como as épocas de reajuste, para a Companhia ou Fundação, por um lado, e para o Estado, por outro, são geralmente diversas, e diversos também os percentuais, vem a ocorrer que alguns funcionários passam a perceber proventos sensivel-

mente inferiores e, outros, significativamente superiores aos de seus colegas em atividade nas mesmas condições; o que configura no primeiro caso uma iniquidade e, no segundo, além da iniquidade uma inconstitucionalidade.

O exemplo do peticionário que deu margem à consulta que ora se busca responder é bastante ilustrativo: foi aposentado em julho de 1982 com proventos de Cr\$ 100.006,00 mensais, correspondentes a seus vencimentos; ao ensejo do aumento seguinte do Estado, em 1º de outubro, que foi de 12,4948%, teve os proventos revistos para Cr\$ 112.501,55. Se tivesse sido aposentado em junho, quando percebia os mesmos Cr\$ 100.006,00 mensais, seus proventos iniciais do mesmo valor teriam sido reajustados em 1º de julho para Cr\$ 142.868,57 (enquanto os ativos continuaram a perceber Cr\$ 100.006,00), em 1º de outubro para Cr\$ 160.719,64 e em 1º de janeiro de 1983 para Cr\$ 225.007,50. De outro lado, os funcionários nas mesmas condições do peticionário, em atividade, percebiam de julho a 1º de outubro, Cr\$ 100.006,00, e de 1º de outubro em diante (valor que persistirá até 31 de março), Cr\$ 145.360,98.

Em quadro, teríamos o seguinte:

	ATIVO Cr\$	APOSENTADO EM JUNHO Cr\$	APOSENTADO EM JULHO Cr\$
junho de 1982	100.006	100.006	100.006
julho a setembro de 1982	100.006	142.868	100.006
outubro a dezembro de 1982	145.360	160.719	112.501
janeiro a março de 1983	145.360	225.007	157.501
abril de 1983 (provável)	200.600	225.007	157.501

As distorções resultam, como se vê, de estar sendo aplicado a uma situação, revestida de especial peculiaridade, um critério geral que não atende à dita peculiaridade.

O objetivo claro e inofuscável da Lei nº 6.654 foi precisamente assegurar ao funcionário, posto a trabalhar no órgão da administração indireta do próprio Estado, igualdade de tratamento pecuniário com os demais servidores em exercício naquele órgão. E, através do artigo 4º, manter essa equiparação quando o funcionário cedido passasse à condição de aposentado, desde que a cessão se houvesse prolongado por cinco anos consecutivos ou dez intercalados.

Embora o texto inicial não mencione expressamente que os reajustes decorrentes da perda de poder aquisitivo da moeda também terão em conta a remuneração percebida da Sociedade ou Fundação, não há como fugir a essa consideração. Não

seria racional aposentar alguém, por exemplo, com proventos correspondentes à remuneração de Médico da FEBEM, e revisá-los, daí em diante, tendo em conta a remuneração do cargo de datilógrafo ocupado na administração direta.

O assento da revisão é a desvalorização da moeda, e o recálculo do montante dos proventos tem como critério básico realçar o montante real percebido pelo servidor quando em atividade.

Esse critério se tem concretizado pela atribuição, ao inativo, de proventos iguais (ressalvada sempre a proporcionalidade ao tempo de serviço quando não se tratar de proventos integrais) aos percebidos por seus colegas, na mesma situação, agora em atividade.

Critério alternativo que poderia ser utilizado (mas não o tem sido, no Estado) seria periódico recálculo dos proventos mediante a aplicação de índices ou percentuais correspondentes à desvalorização da moeda ou ao aumento dos preços (ORTN, INPC, ...). Nesse caso, porém, o ponto de partida há de ser o momento do último reajuste da remuneração do servidor (e não o momento da aposentadoria) aplicando-se o novo reajuste, com o índice correspondente ao período, tão logo este tenha transcorrido. No exemplo figurado no Quadro acima, optasse o Estado pelo reajuste dos proventos nas mesmas épocas em que concede reajuste geral aos ativos, a remuneração do aposentado em julho de 1982 deveria ser acrescida, em outubro de 1982, do percentual de desvalorização da moeda de abril de 1982 (último reajuste na empresa) a outubro de 1982; a do aposentado em junho de 1982 deveria ser acrescida, em julho, do percentual correspondente ao período de abril a julho e, em outubro, do percentual correspondente ao período de julho a outubro. Em ambos os casos se alcançaria o mesmo resultado em outubro e, daí em diante, não mais ocorreriam discrepâncias. O que não é racional fazer, todavia, é aplicar índices ou percentuais de reajuste correspondente a seis meses a uma remuneração vigente há menos ou mais tempo, ou vice-versa. Esse segundo critério, entretanto, foge à praxe e à tradição legislativa do Estado.

Para que o objetivo visado pelo artigo 4º da Lei nº 6.654 seja, portanto, alcançado, o primeiro dos critérios referidos é o que há de ser aplicado, ou seja, os proventos do aposentado hão de ter em conta a remuneração paga pela Fundação ou Sociedade onde o funcionário tinha exercício; paga ao próprio funcionário, no momento de sua inativação, e paga aos servidores em atividade em igual situação, quando estes tiverem reajustada a sua remuneração.

A adoção desse critério, embora traga algum acréscimo de trabalho ao setor próprio, resguarda a manutenção dos proventos em montante atualizado, sem privilégios ou prejuízos decorrentes da oportunidade da aposentadoria.

E, de outra parte, como salienta o peticionário no requerimento que originou este expediente, procedimento análogo vem sendo de longa data adotado pelo Es-

tado relativamente aos seus funcionários aposentados pelo sistema previdenciário da União. Como o Estado deve complementar os proventos de aposentadoria desses inativos até o montante que perceberiam se em atividade estivessem, cada vez que há alteração nos proventos percebidos da Previdência o "quantum" pago pelo Estado sofre alteração, em momento que não corresponde, em geral, ao do reajuste de vencimentos e proventos concedido pelo Estado. Nova alteração há, no montante pago pelo Estado, cada vez que este concede reajuste de vencimentos e proventos. No caso dos aposentados com a remuneração de cedidos, o reajuste dos proventos ocorrerá apenas nos momentos de reajuste de remuneração pela Sociedade ou Fundação, eis que o Estado arca com a totalidade dos proventos.

Em resumo e conclusão, pois, os proventos dos aposentados de acordo com o artigo 4º da Lei nº 6.654, de 12 de dezembro de 1973, devem sempre corresponder à remuneração percebida na Sociedade ou Fundação pelo próprio aposentado ou pelos servidores em igual situação, procedendo-se à sua revisão, para tanto, cada vez que, em razão de perda do poder aquisitivo da moeda, se alterar a remuneração de servidores em atividade na Sociedade ou Fundação, observada, quando for o caso, a proporcionalidade ao tempo de serviço.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 27 de dezembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.150, da lavra do Procurador do Estado Doutor ALEXANDRE GRUZYNSKI.

Restitua-se o expediente à Casa Civil do Gabinete do Governador.

Em 27-12-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LICITAÇÃO

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

PARECER Nº 4.103

Licitação: privilégio a licitante domiciliado no Estado. Ao se inserir, em decreto que regula o julgamento de licitações, regra que favoreça licitante sediado no Estado, preterindo-se a outro de fora do Estado, mesmo num caso de empate de ofertas, se ingressa no terreno da inconstitucionalidade, por desrespeito ao princípio da isonomia assegurado na Constituição Federal vigente.

Entendimento harmônico ao Parecer nº 404/GAJ, desta Consultoria-Geral, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, a 24 de novembro de 1969.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR CHEFE DA CASA CIVIL DO PALÁCIO PIRATINI, DOUTOR AUGUSTO BORGES 8ERTHIER, solicita pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado, sobre a constitucionalidade e legalidade de proposição que envia ao Governo do Estado a douta Secretaria do Trabalho e Ação Social, na qual é sugerido que fique inserido no Decreto estadual nº 28.113, de 26 de dezembro de 1978, que regula o julgamento de licitações públicas, um dispositivo que permita aos órgãos do Estado, no caso de empate entre os licitantes, estabelecer vantagem às empresas gaúchas, ou àquelas que, tendo sede fora do Estado, aqui mantenham filiais operando há mais de três anos.

É o relatório.

2. O direito administrativo, que rege a relação jurídica de administração, persegue a realização do **fim legal**, e não, a da vontade individual:

"A atividade administrativa obedece, cogentemente, a uma finalidade, à qual o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais; e essa finalidade domina e governa a atividade administrativa, imediatamente, a ponto de assinalar-se, em vulgar, a boa administração pela impessoalidade ou, seja, pela ausência de subjectividade". (RUY CIRNE LIMA, Sistema de Direito Administrativo, Ed. S. Maria, P. Alegre, 1953, p. 26)

Efetivamente, em termos jurídicos, "Administrar é fazer executar a lei", vetusta lição escrita pelos publicistas belgas no século passado ("Administrer, c'est faire exécuter la loi", cf. *Éléments du Droit Administratif en Belgique*, publiés par les Auteurs du Code Constitutionnel Belge Expliqué, Bruxelles, 1837, Introduction, p. IX), e acolhida universalmente pelos administrativistas contemporâneos, embora variem suas palavras:

"El Estado constitucional ha introducido el principio de la "Administración reglada", es decir, la sujeción de la Administración a la ley".

.....
El Poder ejecutivo, la Administración, recibe de la ley el impulso para obrar".

(FRITZ FLEINER, Instituciones de Derecho Administrativo, Labor, Madrid, 1933, p. 107)

3. Na espécie em exame, o fim legal se instrumenta pelas leis que regulam o procedimento licitatório: o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, e suas alterações posteriores, a Lei Federal n.º 5.456, de 20 de julho de 1968, o Decreto Federal n.º 73.140, de 9 de novembro de 1973, e o Decreto Estadual n.º 28.113, de 26 de dezembro de 1978 (que menciona os critérios objetivos de julgamento das licitações).

4. Mas, é pressuposto também de legalidade, o conteúdo de moralidade administrativa (cujos fundamentos são originários da jurisprudência do Conselho de Estado da França, por iniciativa de MAURICE HAURIOU, no começo deste século, e foram recentemente, em 1974, retomados em seu exame jurídico, e desenvolvidos, e atualizados, pelo Professor MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO):

"Réglementation et moralité administratives aboutiissent, elles aussi, à la formation de règles juridiques auxquelles les administrateurs sont soumis dans les décisions qu'ils prennent pour l'accomplissement de leur mission".

"Quant à la moralité administrative, son existence provient de ce que tout être possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien et du mal. Comme l'administration possède une conduite, elle pratique forcément cette distinction, qui, pour elle, se ramène surtout à la discrimination de ce qui est ou n'est pas le sens de l'intérêt public et de l'intérêt du service. La moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité".

(MAURICE HAURIOU, Précis Élémentaire de Droit Administratif, 4e. éd., Sirey, Paris, 1938, p. 231-32)

Ou, em vernáculo:

"Regulamentação e moralidade administrativa dirigem-se, elas também, à formação de regras jurídicas, às quais os administradores estão submissos nas decisões que tomam para cumprimento de sua missão".

"Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de que todo ser, possuindo uma conduta, pratica forçosamente a distinção do bem e do mal. Como a administração possui uma conduta, ela pratica cogentemente esta distinção, que, para ela, se volta sobretudo à discriminação do que é, ou não é, o sentido do interesse público e do interesse do serviço. A moralidade administrativa é, repetidas vezes, mais exigente que a legalidade".

Não é outra lição de FRANCO SOBRINHO:

"Antes de mais nada, a função administrativa é uma função de moralidade".

"Esqueçam-se os atos de natureza excepcional. A potestade legislativa que não reconhece limitação legal alguma, mas que há de respeitar os princípios jurídicos e morais impostos pelas necessidades públicas que deve satisfazer".

"Se é verdade que a intenção (vontade) da Administração constitui um fator importante no direito, não deixa também de ser verdadeiro que a moral não é alheia ao comportamento administrativo". (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, O Controle da Moralidade Administrativa, Saraiva, S. Paulo, 1974, p. 135-36)

5. Um dos pressupostos inarredáveis do procedimento licitatório é a vinculação do Estado ao princípio constitucional da isonomia, ou seja, em termos de direito administrativo, a igualdade dos administrados (licitantes) frente à Administração (Constituição, artigo 153, § 1.º, primeira parte).

A regra geral de moralidade administrativa, e de legalidade de agir, é o respeito à isonomia, razão por que se tem por anticonstitucional quaisquer favoritismos, sobretudo de tratamento jurídico para situações iguais (como licitar). A própria Constituição da República fornece os indicadores isonômicos noutros dispositivos, que nada mais são que desdobramentos daquela garantia individual: "À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado criar distinções entre brasileiros (...)" (artigo 9.º, inciso I, primeira parte); também é vedado a essas mesmas pessoas de direito público "estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais" (artigo 19, inciso II); da mesma sorte, "É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo

o território nacional, ou que **implique distinção ou preferência** em relação a qualquer Estado ou Município, em prejuízo do outro" (artigo 20, inciso I); ainda, Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei" (artigo 97).

Assim, fica demonstrado que todo o desdobramento do princípio constitucional isonômico persegue a teleologia de equiparar iguais, em situações iguais.

6. Mas, e se a lei ou o decreto disserem diferente, particularizando a situação, como pretende a Secretaria de Estado do Trabalho e Ação Social, e discriminando uma preferência em favor de licitantes gaúchos, seja no caso de empate com licitantes interestaduais, seja classificando-se a oferta de empresa gaúcha segunda colocada, em desfavor de outra, estranha ao Estado, mas colocada em primeiro lugar?

Ou, em outras palavras: até que ponto teria juridicidade uma discriminação legal?

O Professor CELSO ANTONIO explica assim:

"O ponto nodular para exame da correção de uma regra, em face do princípio isonômico, reside **na existência, ou não, de correlação lógica entre o fato erigido em critério de discrimen e a discriminação legal**, decidida em função dele".

"Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada, procede afirmar: **é agredida a igualdade** quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos **não guarda** relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido, ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto".

"Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou forçada. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.

Segue-se que, se o fator diferencial **não guardar conexão lógica** com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida **afronta** o princípio da isonomia".

(CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, RT, S. Paulo, 1978, p. 47-9)

O Professor DARIO ABRANCHES VIOTTI, Juiz Federal da 2ª Vara de Brasília, decidindo mandado de segurança, assim apreciou o princípio isonômico, e o tratamento diferenciado de situações fácticas:

"As Constituições brasileiras de 1824 e de 1891, de índole liberal democrática, colocavam em primeiro lugar, na lista de direitos e garantias individuais, a proteção da liberdade. A Constituição de 1934, de índole social-democrática, influenciada diretamente pela Constituição de Weimar, colocou a proteção da igualdade em primeiro lugar. As demais Constituições brasileiras continuaram dando prioridade ao princípio de que todos são iguais perante a lei".

"Em relação à igualdade, porém, a Constituição não admite em caso algum qualquer derrogação legal ao princípio por ela estabelecido. Esse princípio ela o anuncia em termos absolutos ou plenarios, com isto se manifestando a intenção de que ele se torne efetivo em toda a latitude do seu sentido, e em qualquer circunstância, seja qual for a situação ou a condição da pessoa, a natureza da coisa, a espécie da relação, o estado de fato que a lei pretende reger. **Não haverá condições à igualdade perante a lei.** A lei será igual para todos e a todos se aplicará com igualdade. **É um direito incondicional ou absoluto.** Não tolera limitações, não admite exceção, seja qual for o motivo invocado; lei alguma, nenhum poder, nenhuma autoridade poderá, direta ou indiretamente, de modo manifesto ou sub-reptício, mediante ação ou omissão, derrogar ao princípio da igualdade".

(FRANCISCO CAMPOS, Direito Constitucional, F. Bastos, Rio, 1956, vol. II, p. 13 e 14)

"Ao dizer que os cargos públicos" — era o objeto dessa sentença — "são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, não quis a Constituição dar ao legislador ordinário o poder de criar requisitos arbitrários e iníquos, que estabeleçam desigualdades artificiais entre os brasileiros. Entender assim seria ignorar toda a evolução de nosso Direito, secularmente encaminhado no sentido da extinção de injustos privilégios.

Seria atribuir à Constituição o intuito contraditório de assegurar num artigo a igualdade, e noutro admitir que o legislador ordinário estabeleça a desigualdade (...).

Informa a "American and English Encyclopedia of Law (vol. X, pág. 302, verbete "Due Process of Law", de autoria do jurista Magrath) que, nos Estados Unidos, uma lei aplicável somente a um grupo ou classe de indivíduos, depende, para que seja considerada constitucional, de que preencha dois requisitos: 1º, que compreenda no seu âmbito todos os que se encontram ou venham a se encontrar em igual situação; 2º, que a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa". (apud San Tiago Dantas, Problemas de Direito Positivo, Forense, Rio, 1953, p. 46)

"A Corte Constitucional da Itália, em sentença de 18 de abril de 1967, afirmou sua competência para decidir sobre a racionalidade ("ragionevolezza") das limitações opostas, pelo legislador ordinário ao princípio da igualdade de todos perante a lei; esclarecendo, todavia, que o citado princípio de igualdade deve-se considerar infringido ou frustrado, somente no caso em que se constate **irracionalidade do tratamento diferenciado** preestabelecido pelo legislador, no exercício de seu discricionário poder normativo". (Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, 8. ed., Jovene, Napoli, 1969, n. 233, p. 719)

Desde PLATÃO se reconhece que a Justiça impõe a igualdade proporcional:

"Entre pessoas desiguais, a igualdade se torna desigualdade, se a proporção não é preservada, e são os dois extremos de igualdade e desigualdade que enchem os Estados de sedições... existem duas espécies de igualdade que recebem o mesmo nome, mas são na realidade, sob muitos aspectos, contraditórios... a preferível é a que atribui mais ao melhor ao pior, em proporção à natureza de cada um... Justiça é o tratamento exatamente proporcional às diferenças naturais". (Platão, *As Leis*, livro VI, n.º 757; baseei-me, para a tradução, no texto francês de E. Chambry, e no inglês de Benjamin Jowett)

Esse conceito é o mesmo que se encontra em texto célebre de RUI BARBOSA, na "Oração aos Moços":

"A regra da igualdade não consiste senão em quinhomar desigualmente os desiguais, **na medida em que sa desigualam**. Nesta desigualdade social, **proporcionada à desigualdade natural**, é que se acha a verdadeira lei da igualdade".

"Todos são iguais perante a lei significa simplesmente, doutrinou FRANCISCO CAMPOS, que o legislador deverá tratar como igual aquilo que (pessoa, fato, contrato, coisa ou estado de coisas, relação jurídica de qualquer espécie) seria arbitrário tratar como desigual..."

(FRANCISCO CAMPOS, o.c., vol. II, p. 34)

"O legislador há de estabelecer tratamento desigual para situações desiguais, mas se tratar desigualmente situações que não são desiguais, **o que sucede quando beneficia desarrazoadamente** determinadas categorias, incide em inconstitucionalidade". (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, S. Paulo, vol. III, 1975, p. 81) (Da sentença do Juiz Federal Dario Abranches Votti, de Brasília, in *Diário da Justiça da União*, de 19 de outubro de 1976, p. 9.046)

O Decreto-Lei n.º 200/67 estabelece:

"Artigo 133 — Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, **no interesse do serviço público**, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, **estabelecidas no edital**".

O Decreto Federal n.º 73.140/73, que regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviço de engenharia, enuncia regras objetivas para o julgamento das licitações, estabelecendo:

"Artigo 38 — Verificada **absoluta igualdade de condições** entre duas ou mais propostas, poderá a Administração proceder a nova licitação **entre os autores** das propostas empatadas. Se nenhum quiser ou puder apresentar proposta mais vantajosa para a administração do que as anteriormente oferecidas, ou caso se verifique **novo empate**, será a licitação decidida por **sorteio**."

Parágrafo único — **Em igualdade de condições**, os licitantes nacionais terão preferências sobre os estrangeiros".

Há solução regulamentar para o caso de empate entre licitantes: nova licitação entre os empatados, e, persistindo o empate, o sorteio é que decide. Estas alternativas não foram desconhecidas pela Secretaria do Trabalho e Ação Social, que as referiu, como se verifica no Parecer n.º 179/79, do ilustrado Consultor Jurídico, Dr. WILSON FERNANDES.

Não serve de paradigma (para se dar preferência ao licitante sediado no Rio Grande do Sul), o parágrafo que dá preferência ao licitante nacional sobre o estrangeiro, preenchido, ainda assim, o requisito da "igualdade de condições".

É que a Constituição assegura tratamento isonômico aos brasileiros e estrangeiros **residentes** neste País (artigo 153); mas, inúmeros dispositivos protegem os nacionais: "A sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, **em benefício** do cônjuge ou dos filhos **brasileiros, sempre** que lhes não seja mais favorável a lei pessoal do de cujus" (§ 33, do artigo 153); a fixação de porcentagem (a maior) de empregados brasileiros nas concessões de serviço público e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e industriais (inciso XII, artigo 165); a propriedade e a administração de empresas jornalísticas de qualquer espécie, inclusive televisão e radiodifusão, **são vedadas** a estrangeiros e a sociedades que tenham como acionistas ou sócios, estrangeiros, cabendo a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa dessas empresas jornalísticas, **somente a brasileiros natos** (artigo 174, incisos I e III, e § 1.º).

No Estado de São Paulo, a Lei n.º 89, de 27 de dezembro de 1972, dispondo sobre obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica do Estado, **não** se referiu à hipótese de preferência entre licitantes nacionais e estrangeiros.

O Município do Rio de Janeiro editou a Lei nº 6, de 27 de junho de 1977, regulando a outorga de prioridade a firmas e sociedades nacionais nas concorrências públicas em que a Prefeitura Municipal seja a principal contratante, verbis:

Artigo 1.º — Nas concorrências promovidas pela Prefeitura Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, entidades autárquicas ou sociedades de economia mista municipais, para a compra de bens e serviços, as firmas e sociedades constituídas segundo a lei brasileira terão prioridade, desde que o limite dos preços oferecidos pelos participantes nacionais não exceda de 20% (vinte por cento) ao apresentado pelos concorrentes estrangeiros.

“Artigo 2.º — Em igualdade de condições e de preços, entre firmas e sociedades nacionais, será escolhida como vencedora de concorrência promovida pela Prefeitura, entidades autárquicas ou sociedades de economia mista municipais, aquela que contiver menor parcela de capital estrangeiro em seu capital votante.

Parágrafo único — Será concedida prioridade à firma ou sociedade em cujo capital votante seja inferior a 20% (vinte por cento) a parcela em poder de residentes no exterior, quando os seus preços excederem de apenas 5% (cinco por cento) os de participantes de concorrência pública com maior parcela de capital estrangeiro.

Artigo 3.º — Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

Essa proteção ao súdito nacional, mais rara no direito interno, e sempre notável no direito externo (internacional público ou privado) é dever do País de que seja súdito o nacional. Daí, a legitimidade de a lei estabelecer preferência ao licitante nacional em desfavor do estrangeiro, mas, “em igualdade de condições” (sinala o referido parágrafo do Decreto Federal nº 73.140/73), vale dizer, no caso de empate entre as ofertas.

Todavia, no direito interno, entre pessoas brasileiras, não cabe a preferência, nem no caso de empate, para o licitante local, sul-rio-grandense, em desfavor do licitante interestadual. Os critérios, empatados os ofertantes, serão de nova proposta de preço entre os mesmos empatados, ou sorteio, se persistir o empate, ou se não for possível nova proposta. Nem mesmo vantagens adicionais **fora** do edital seriam possíveis.

8. No Estado do Rio Grande do Sul vigeu, em matéria de licitações, a Lei nº 5.086, de 8 de novembro de 1965, cujo artigo 4.º (com a redação da Lei nº 5.661, de 19 de outubro de 1968) estatuiu:

“Artigo 4.º — Entre os proponentes julgados idôneos e admitidos à licitação, o vencedor será aquele que oferecer menor preço, salvo se a Comissão Julgadora, por motivos técnicos, considerar outra proposta mais conveniente. Ao proponente estabelecido no Estado, nas licitações de que participar, será assegurado o privilégio-estímulo de até 10% (dez por cento) sobre preços em relação ao proponente de outras unidades da federação”.

Esta parte final do artigo 4.º foi objeto de exame nesta Consultoria-Geral, que ensejara os pronunciamentos constantes dos Pareceres nº 1864/GAJ, de 7 de junho de 1971, da lavra do eminente Consultor Jurídico, Dr. ALMIRO DO COUTO E SILVA, e o nº 404/GAJ, de autoria do ilustre Consultor Jurídico, Dr. JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, este aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, a 24 de novembro de 1969, ambos apontando a inconstitucionalidade da parte final do preceito mencionado.

Aliás, o que propõe a Secretaria do Trabalho e Ação Social é a repristinação do intitulado “privilégio-estímulo”, sob nova roupagem legal.

A propósito, escreveu o Professor GERALDO ATALIBA:

“Pode haver favorecimento de uns licitantes em detrimento de outros?”

Evidentemente não pode. O favorecimento é inteiramente proscrito pelo direito público brasileiro. Aliás, o instituto da licitação existe precisamente para evitar — da maneira mais eficiente possível — que haja favorecimento de determinadas pessoas, ou detrimento de outras, nas suas relações com a Administração Pública.

O princípio da igualdade de todos perante a lei preside à elaboração legislativa no Brasil, e à interpretação de toda e qualquer lei.

É em virtude do princípio da igualdade de todos diante das oportunidades que o Estado dá ou oferece — em matéria de fornecimento de bens e serviços — que se tornou necessária a edição de legislação em torno das licitações”.

“Basta estudar doutrinariamente o instituto da licitação para se compreender que a sua finalidade precípua é exatamente evitar — por todas as formas — qualquer tipo de favorecimento a qualquer licitante”. (GERALDO ATALIBA, Licitações, in RDP 17, julho-setembro de 1971, p. 240).

Outro não é o magistério do Professor HELY LOPES MEIRELLES:

"O que o princípio da igualdade entre os licitantes **veda é a cláusula discriminatória**, ou o julgamento faccioso que desiguale os iguais ou iguale os desiguais, **favorecendo** a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis" (a sede neste Estado) "para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos" (as firmas rio grandenses).

"Essa é a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a igualdade entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo desiguando os proponentes por critérios subjetivos de predileção ou repúdio pessoal do administrador, mas sem nenhum motivo de interesse público, e sem qualquer vantagem técnica ou econômica para a Administração". (HELY LOPES MEIRELLES, Licitação e Contratos Administrativos, RT, S. Paulo, 1973, p. 14)

9. Não discrepa desse posicionamento a doutrina alienígena:

"Otro de los presupuestos fundamentales del procedimiento de contratación, es que los sujetos concurrentes a una licitación tengan **igualdad de posibilidades** en la adjudicación de la obra, suministro u objeto del contrato de que se trate.

Como há dicho Jêze: "debe ponerse a todos los proponentes en pie de igualdad. Es la consecuencia de la competencia. **No debe existir ningún motivo de preferencia**, fuera de las ventajas que se dan a la Administración. Debe elegirse a quien le hace las mejores ofertas. La igualdad entre los competidores comprende, pues, dos aspectos: 1) **Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores**. 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas mas ventajosas para la Administración".

"Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, **todos** los licitadores u oferentes **se encuentren en la misma situación**, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas". (JOSÉ ROBERTO BROMI, La Licitación Pública, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 136-37)

Não diverge desse entendimento outro tratadista argentino:

"La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de **"igualdad"**.

Tal exigência constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo ínsito a ella". (MIGUEL S. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, (1974), Tomo III-A, p. 203)

9. ISTO POSTO, concluímos:

ao se inserir, em decreto que regula o julgamento de licitação, regra que favoreça licitante sediado no Estado, preterindo-se a outro de fora do Estado, mesmo num caso de empate de ofertas, se ingressa no terreno da inconstitucionalidade, por desrespeito ao princípio da isonomia assegurado na Constituição Federal vigente.

Aliás, é entendimento harmônico ao Parecer nº 404/GAJ, desta Consultoria-Geral, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, a 24 de novembro de 1969.

É o parecer, sub censura.

PORTO ALEGRE, 9 de julho de 1979.

Acolho, por seus fundamentos, a conclusão do Parecer nº 4.103, da lavra do Consultor Jurídico Doutor ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL.

À superior consideração do Senhor Governador.

Em 9-7-79.

MÁRIO BERNARDO SESTA
CONSULTOR-GERAL DO ESTADO

POSSE EM CARGO PÚBLICO

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

PARECER Nº 5.154

POSSE EM CARGO PÚBLICO.

O mero indiciamento em inquérito ou acusação em processo não constitui prova da má conduta de um cidadão, para efeito de impedir sua posse em cargo para o qual tenha sido nomeado.

MARCOS AURÉLIO DA SILVA REIS, Delegado de Polícia aposentado, foi nomeado para exercer, na Secretaria da Segurança Pública, o cargo em comissão de Diretor de Departamento, padrão CC-9. Estando indiciado em inquérito policial, por falso testemunho (C.P., artigo 342, § 1º), dúvidas surgiram, na Secretaria da Administração, sobre a possibilidade de sua posse no referido cargo, vindo então o respectivo processo para esta Procuradoria-Geral, com pedido de parecer sobre o assunto.

2. O Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952) estabelece em seu artigo 11, inciso V, que a boa conduta pública e privada é requisito para o provimento em cargo público. Como não conceitua o que seja *boa conduta pública e privada*, deve-se entender que atribui ao administrador o encargo de determinar o seu sentido, considerando cada caso particular. Para isso deve ele fazer, em primeiro lugar, o confronto entre a natureza das funções do cargo a ser provido e a índole do cidadão, demonstrada por atos comprovadamente praticados por ele. Como já foi lembrado com inteira procedência por CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, para o exercício de funções burocráticas, por exemplo, não estão impedidos, de modo geral, os transgressores do Código Penal, na parte em que este dispõe sobre lesões corporais. O mesmo não acontece, segundo o mesmo autor, para os que desejarem exercer atividades policiais, quando a presunção de violência, oriunda da condenação por lesões corporais, é evidente, incapacitando o cidadão para o exercício do cargo policial (cfr. **Revista de Direito Administrativo**, 66/226). A Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, a propósito, já teve até mesmo a oportunidade de afirmar que uma pessoa não pode ser considerada como indivíduo de má conduta apenas pela prática de um fato delituoso, nem ser incompatibilizada, por esse fato, para o exercício de qualquer função pública (v. **Revista da Procuradoria-Geral da Guanabara**, 7/650). Nesse mesmo sentido é o entendimento de A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, quando escreve que o bom procedimento, como requisito a ser preenchido pelo empossando, deve traduzir-se na

conduta habitual do cidadão, na maneira de agir, não bastando ao conceito de procedimento, como conduta ou comportamento do cidadão, a prática de ato isolado, sem qualquer sentido de continuidade. Segundo ele, "*é necessário que a pessoa tenha o hábito de agir desta ou daquela forma, para que se possa admitir ser bom ou mau o seu procedimento. A transgressão isolada de preceitos de conduta não pode indicar por si só um mau proceder. Não é injusto aquele que apenas um ato contrário à justiça praticou, porém o que continuamente atenta contra ela*". (**Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado**. Rio, Freitas Bastos, 1957. v. 1, p. 171-2).

Assim, somente diante de inequívocas provas do reiterado mau procedimento do empossando deve a Administração negar-lhe a investidura no cargo para o qual foi nomeado, sendo necessário ter sempre bem presente que o reconhecimento da má conduta de um cidadão é de suma gravidade, pois implica negar-lhe o exercício de um direito político, qual seja o do acesso aos cargos públicos, hoje erigido em princípio constitucional. Na dúvida, deve-se decidir pela posse no cargo, restando à Administração Pública todo o período de estágio probatório para avaliar detidamente a conduta do funcionário e confirmá-lo, ou não, no exercício do cargo. No caso de provimento em cargo de confiança, sempre poderá o servidor ser imediatamente afastado da função pública, tão logo fique evidenciada sua má conduta. Simples suspeitas de mau comportamento é que não podem, nunca, servir de base que a posse seja negada.

Nessa linha de entendimento, deve-se entender que a instauração de processo contra um cidadão não é elemento suficiente para provar a sua má conduta, pelo simples fato de haver, então, **apenas uma acusação** contra sua pessoa. Por essa razão, certamente, da Declaração Universal dos Direitos do Homem consta o preceito de que "*todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*" (**Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, J.M. Carvalho Santos, Rio, Borsoi, v. 18. Verbete Direitos do Homem. p. 60). Também é pelo mesmo motivo, e porque a boa conduta é exigida tanto para o **ingresso como para a permanência** no serviço público, que as leis estatutárias prevêem como causa de demissão do funcionário a sua **condenação** pela prática de crimes por elas enumeradas, mas nunca a mera sujeição a qualquer processo. Em dois pronunciamentos desta Casa (Pareceres n.ºs 2.004 e 2.378), o Procurador do Estado Doutor JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, hoje membro do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, manifestou-se no sentido de que a existência de processo penal, pendente de julgamento, não constitui, em princípio, impedimento para o ingresso no serviço público estadual.

Dessa forma, somente a sentença condenatória passada em julgado pode servir de elemento probatório da má conduta de um cidadão, para efeito de impedir sua posse em cargo para o qual tenha sido nomeado, não servindo para esse efeito, por-

tanto, a mera existência de inquérito ou processo contra a sua pessoa. Ainda no caso de sentença condenatória passada em julgado há, contudo, exceções, como já se viu, podendo o réu condenado ingressar no serviço público desde que a natureza do fato delituoso e das funções do cargo a ser provido assim o permitam.

3. No presente caso, entendo que não existe obstáculo jurídico que impeça a posse do interessado no cargo para o qual foi nomeado, pois o seu simples indiciamento em inquérito policial, segundo certidão de fls. 11/PGE, não é prova suficiente de má conduta. Mesmo a denúncia, com base no inquérito, não o seria, já que na hipótese existiria apenas uma **acusação** e não uma prova da prática de um delito.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 07 de janeiro de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer n.º 5.154, da lavra do Procurador do Estado Doutora ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Administração.

Em 07-01-83.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA LEGISLAR SOBRE LICITAÇÃO

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

PARECER Nº 5.097

LICITAÇÃO

A competência estadual para legislar sobre matéria de licitação é de fonte constitucional.

Inaplicabilidade da Lei federal nº 6.946, de 17 de setembro de 1981, aos Estados, a não ser no que tange às normas gerais do procedimento licitatório.

Em vigor a Lei estadual nº 6.499, de 22 de dezembro de 1972, até que seja editado novo texto estadual atualizando os limites de valores para as diferentes modalidades de licitação

A SECRETARIA DA FAZENDA, através de sua Contadoria e Auditoria-Geral encaminha expediente a esta Procuradoria onde consulta a respeito da legislação reguladora dos limites de valores aplicáveis às diferentes modalidades de licitação.

A dificuldade suscitada origina-se, em síntese, da emissão da Circular CAGE nº 10, em 21 de setembro de 1981, onde comunicou-se aos órgãos da Administração Pública Estadual uma atualização daqueles limites, com base em lei federal recentemente editada, Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981.

Dado que a orientação emitida por aquela Contadoria e Auditoria provocou inúmeras consultas por parte dos agentes destinatários da referida Circular, o Diretor da Divisão de Estudos e Orientação vem solicitar pronunciamento deste Órgão para dirimir a controvérsia instaurada.

É o relatório.

2. Objetivando o correto encaminhamento da matéria em exame, entendemos necessário referir, ainda que brevemente, o direito positivo que rege o instituto da licitação, destacando, com ênfase, a competência dos Estados-membros, no que lhes concerne.

Embora não haja unanimidade na doutrina administrativa a respeito, pode-se afirmar com alguns autores, (HELÍ LOPES MEIRELLES, em **Licitação e Contrato Administrativo**, SP, 1973, p. 19 e seguintes) que o fundamento maior que legitima a competência da União para legislar sobre licitação advém do texto constitucional que lhe confere o poder de:

"Art. 8º
XVII — legislar sobre:
c) normas gerais sobre orçamento, despesa, **gestão patrimonial e financeira de natureza pública**".

Quer dizer, dentro desta linha de argumentação em matéria atinente a Direito Administrativo e, portanto, ao instituto da licitação, a União tem competência para editar **normas de caráter geral**. Ressalvada está, inteiramente, a competência concorrente estadual, em decorrência do parágrafo único do mesmo artigo 8º da Emenda Constitucional nº 1/69.

3. Não se ignora a celeuma existente a respeito do enquadramento das regras sobre licitação na alínea c do inciso XVII do artigo 8º da Constituição. Dos muitos artigos de doutrina já escritos a respeito e dos capítulos destinados a este ponto nas monografias acerca da licitação, por autores brasileiros, colhe-se que há duas escolas, com posicionamentos diferentes sobre a matéria: uma que coloca a temática do procedimento licitatório como atinente a direito financeiro e outra como sendo exclusivamente de Direito Administrativo, resultando uma série de consequências quanto à competência legislativa a partir destes dois posicionamentos.

Haveria ainda uma solução intermediária, esposada de passagem por JOSÉ AFONSO DA SILVA, (em RDP/7/53 seguintes) quando afirma que:

"Partimos da premissa de que as disposições federais sobre licitação não constituem normas gerais de direito financeiro, embora o possa envolver. Se assim é, a tese é de que a lei federal não é obrigatória para os Estados nem para os Municípios que, no entanto, podem adotá-la como melhor lhes parecer. O princípio da licitação para compras, alienações, serviços e obras deve ser seguido por Estados e Municípios, como regra de probidade administrativa, agasalhada em nossa Constituição.

Esposada a corrente que postula pela inclusão das regras licitatórias no âmbito exclusivo de Direito Administrativo, a competência para legislar a respeito é antes de tudo reconhecida às entidades federadas (artigo 13 da Emenda Constitucional nº 1/69) e aos Municípios (artigo 15, II). A União retira sua "fatia" competencial da própria natureza do princípio federativo.

4. Para esclarecer ainda mais esta **questão competencial em matéria de licitação**, que é indiscutivelmente o ponto nodal para a solução do problema ora suscitado, permitimo-nos transcrever aqui algumas passagens do parecer PGE nº 4614, de 12 de fevereiro de 1981, de nossa autoria, onde se tratou incidentalmente da mesma questão. Registrou-se ali que:

"Dúvida não existe acerca de que a 'matéria é estritamente de Direito Administrativo, dizendo portanto com um campo de competência própria das pessoas jurídicas de capacidade política (União, Estado e Município) pelo que cada qual legislará para si próprio em sua esfera específica". (cfr. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em Licitação, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1980, p. 6).

Rigorosamente o que está aqui em questão é o princípio federativo, assente na pedra angular que é a autonomia dos Estados-membros, assegurado que os mesmos organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem (Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 13).

5. *A se ficar, por outro lado, com a tese da competência estadual concorrente, fundada no parágrafo único do artigo 8º, está demonstrado, em definitivo, por PONTES DE MIRANDA (em seus Comentários à Constituição Federal de 1967. Tomo II, p. 165) que a União não pode ir além das gerais". Resulta que o "direito dos Estados-membros a legislar é direito constitucional próprio, e não em virtude de delegação material ou formal"* (sublinhado no original).

6. O ponto central que se quer aclarar aqui, independentemente da escola que se abraça na fundamentação da competência estadual em matéria de licitação, reside em que **poder legislativo estadual é exercido em razão da previsão constitucional**. Este poder não é em absoluto haurido em lei federal que contenha qualquer dispositivo neste sentido, como o fazia o ora revogado artigo 2º da Lei federal nº 5.456. Desnecessário fazê-lo e de má técnica legislativa, posto que a **lei federal não é fonte de competência legislativa**.

Qualquer que seja a orientação adotada, para a competência legislativa da União em matéria de licitação, vale sobremodo a intuição de FORSTHOFF segundo o qual qualquer atribuição de competência representa, sempre e ao mesmo tempo, uma **autorização** e uma **limitação**.

7. Ora, no exercício desta competência, a União legislou minudentemente sobre os princípios licitatórios via Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e, de tal modo o fez, que transcendeu o mero balizamento do perfil do instituto. Isto gerou nos administrativistas críticas duras no sentido de que este regramento é ou inconstitucional ou confuso (cfr. ADILSON DALLARI, em **Aspectos Jurídicos da Licitação**, SP, p. 37).

Ademais de ter-se editado com excessivo detalhamento as "Normas Relativas às Licitações para Compras, Obras, Serviços e Alienações" (Título XII do Decreto-Lei nº 200/67), o legislador federal emitiu a Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968 estendendo aos Estados e Municípios aquelas normas (art. 1º). A respeito desta lei e da contrariedade que provocou na doutrina, ciosa do respeito ao princípio federativo, vale transcrever as palavras de DALLARI reveladoras da indignação dos nossos publicistas:

"Esta nova lei veio apenas proporcionar ao jurista uma dentre duas alternativas: considerá-la inútil e perfeitamente dispensável ou considerá-la inconstitucional e inteiramente inaplicável." (em **Aspectos Jurídicos da Licitação, SP, p. 37**).

E não se furta em responder:

"(...) a Lei nº 5.456 somente poderá ser considerada inconstitucional. Ela não poderá obrigar Estados e Municípios que, pela Constituição são entidades politicamente autônomas e, em consequência, tem competência para organizar sua administração e disciplinar suas atividades. Esta lei jamais poderia obrigar essas pessoas jurídicas de capacidade política a obedecer aos mandamentos de uma norma administrativa alheia". (op. cit., p. 38).

8. De qualquer forma, posteriormente foi editado o Decreto federal nº 85.230, em 02 de outubro de 1980, que veio revogar o artigo 94 do Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973 (Decreto regulamentar das normas licitatórias do Decreto-lei nº 200/67). Isto significou a inaplicabilidade das disposições federais constantes daquele Decreto aos Estados e Municípios, o que a doutrina já inferira da natureza mesma do **princípio federativo** e da essência das autonomias estaduais.

Agora, a Lei federal nº 6.946, de 17 de setembro de 1981, revoga expressamente (art. 9º) o artigo 2º da malsinada Lei nº 5.456/68, onde se atribuía aos Estados e Municípios a fixação dos limites de valores para as várias formas de licitação, dando o parâmetro máximo de 50% para os Estados e 25% para os Municípios a contar do teto válido para a União.

9. A grande questão que ora se coloca pode ser cunhada nos seguintes termos:

(a) a revogação deste artigo 2º da Lei nº 5.456/68 significa que Estados e Municípios deverão adotar necessária e obrigatoriamente os tetos de valores instituídos pela lei federal recém editada ou,

(b) por outra, dado que foram revogados expressamente os parágrafos 5º e 6º do artigo 127, do Decreto-lei nº 200 aos quais o referido artigo era remetido, a revogação teve tão-somente o significado de "retirar a voz" de um dispositivo que teria ficado sem objeto?

A resposta para a 2ª parte da indagação formulada acima não oferece maiores dificuldades, posto que enquadrável perfeitamente no princípio segundo o qual "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, § 1º).

Dada a incompatibilidade entre a lei federal superveniente (Lei nº 6.946/81) e o artigo 2º da Lei nº 5.456/68 posto que ficaram revogados os parágrafos 5º e 6º do artigo 127 do Decreto-Lei nº 200, sua retirada do ordenamento jurídico impunha ser feita em nome da nova sistemática legal instaurada pela lei federal.

10. Mas esta constatação que parece ser indiscutível, não afasta a primeira parte da indagação acima registrada. E para atender a esta questão, que é o ponto nodal do problema suscitado, temos já alinhavados os principais pressupostos. Assim, pode-se dizer com segurança que a aplicação dos limites fixados pela Lei federal nº 6.946, de 1981, aos Estados dar-se-ia uma vez atendidas as seguintes condições:

a) se a Lei nº 6.946/81 contivesse "*normas gerais*", de modo a ficar no âmbito de sua competência constitucional;

b) se a Lei nº 6.946/81 fosse **lei nacional** e não lei federal, de modo a atingir obrigatoriamente as três esferas da Federação, diferentemente da **lei federal** que só obriga a União, condição esta diretamente ligada à enunciada acima;

c) se o Estado-membro assumir em seu corpo legislativo próprio as disposições da lei federal, mediante **lei estadual**.

Não vemos como considerar que a fixação de valores aplicáveis às diferentes modalidades de licitações seja compatível com o entendimento cediço do que são **normas de teor geral**, consagradoras de princípios, o que parece não envolver a noção de valores monetários, a não ser no caso de uma política monetária nacional como foi o caso da Lei (nacional) nº 6.205, de 29 de abril de 1975.

Ademais, vê-se grande dificuldade, senão impossibilidade de aplicar indistintamente a todos os Estados e Municípios brasileiros os novos limites trazidos pela Lei Federal nº 6.946/81, considerando a existência de entidades federadas de pequeno porte, onde a contratação de compras e serviços, ou de obras, é, ao menos em parte, relativa à capacidade dos minguados recursos orçamentários próprios. Para estes Estados quase que se estaria a dispensar, em regra, todo procedimento licitatório, vez que, v.g., para proceder a **obras**, o limite de dispensabilidade, é de contratações cujos valores sejam inferiores a 125 vezes o maior valor de referência. Isto para o **convite**, a mais singela das formas de certame público.

Estes argumentos de ordem factual não têm outra pretensão senão a de indicar a imprestabilidade de um critério único de limite de valores para todo o País, indistintamente, ignoradas as enormes peculiaridades regionais e locais.

Oo ponto de vista estritamente jurídico, que é onde nos fixaremos, o balizamento consiste em que o direito federal superveniente, regulador do instituto da licitação, só corta a lei estadual se trouxer **nova norma geral** incompatível com o direito local.

11. Ora, fundado em sua competência legislativa, constitucionalmente prevista, o Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei nº 6.499, de 22 de dezembro de 1972, onde fixou os valores limites licitatórios, usando como índice, então, o salário-mínimo. Com a superveniência da Lei federal nº 6.205, de 29 de abril de 1975, deu-se a descaracterização do salário-mínimo como fator de correção monetária e instaurou-se novo marco referencial para sua fixação: o valor referência. De modo que ali onde lia-se "salário-mínimo", leia-se valor referência, mantendo-se, no mais, a normatividade estadual a respeito.

12. Assim, somos de parecer que a edição da Lei federal nº 6.946/81 não revogou as leis estaduais que dispunham sobre limites para os procedimentos licitatórios. A revogação expressa do artigo 2º da Lei nº 5.456/68 não tem o condão de retirar a competência estadual para legislar sobre a matéria, eis que esta atribuição de competência não é gerada por força de dispositivo federal, mas nasce do texto constitucional.

A assunção pelo Estado dos novos limites trazidos pelo legislador federal para a contratação de compras, obras e serviços da União, poderá dar-se pela via legal. Inobstante, enquanto não for editado novo texto estadual, permanecem em vigor as disposições constantes da Lei estadual nº 6.499, de 22 de dezembro de 1972.

É meu parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 12 de novembro de 1982.

APROVO o parecer nº 5.097, de lavra do Procurador do Estado SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO, cujas conclusões foram acolhidas pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, na sessão do dia 10 de novembro do corrente ano.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Fazenda.

Em 12-11-1982.

MÁRIO BERNARDO SEXTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.122

AS ENTIDADES COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, de cujo capital Sociedade de Economia Mista Estadual participe majoritariamente, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 7º, da Lei Federal nº 6.223/75.

A fiscalização do Tribunal de Contas deve se limitar ao controle da legitimidade dos atos e da exatidão das contas.

Compatibilização da Lei nº 6.223/75 com a legislação geral e específica, face ao estatuto no § 2º, de seu artigo 7º.

Em ofício encaminhado ao Senhor Procurador-Geral do Estado, expõe o Senhor Presidente da BANRISUL ARMAZENS GERAIS S/A os seguintes fatos:

É A BANRISUL ARMAZENS GERAIS S/A uma sociedade anônima regulada pela legislação específica, cuja finalidade é a guarda e armazenagem de mercadorias, aplicando-se-lhe, ainda, as disposições pertinentes contidas no Decreto Federal nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, e no Código Comercial. Tendo como acionista majoritário o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, no artigo 34 de seus Estatutos, fez-se constar, em obediência ao Decreto Estadual nº 23.974, de 8 de agosto de 1975, a seguinte regra:

"ARTIGO 34 — De acordo com o disposto no Decreto nº 23.974, de 8 de agosto de 1975, a sociedade:

- a —
- b — proporcionará as condições indispensáveis para a eficiência do controle interno a cargo da Contadoria e Auditoria Geral do Estado e controle externo.

PARÁGRAFO ÚNICO — Para observância desses princípios, critérios e condições, a sociedade adotará naquilo que lhe for próprio a legislação estadual pertinente".

Em cumprimento a tal regra, a sociedade vem permitindo a fiscalização financeira de suas atividades pelo Tribunal de Contas competente. Não obstante isso, entende que o órgão fiscalizador está a exigir documentos, com fundamento na Lei Federal nº 6.223, de 14 de julho de 1975 (que estabelece normas de fiscalização financeira aplicáveis às entidades de direito privado nas quais o Poder Público detinha a totalidade ou a maioria de ações ordinárias) e, ainda, nos artigos 53 e 54 da Constituição Estadual, 42 da Lei Estadual nº 6.850 de 1974 e Resolução nº 216 do Tribunal de Contas, os quais não se sente obrigada a fornecer, eis que tal exigência enseja a presunção de que estaria a arguir do próprio mérito das operações ao invés de se restringir à verificação da *"simples veracidade dos registros contábeis da Companhia"*.

Invoca o parecer nº 4964 desta Procuradoria, no qual se firmou o entendimento de que seriam inexigíveis pelos Tribunais de Contas, no exercício da fiscalização de que trata a Lei Federal nº 6.223, documentos que implicassem na quebra do sigilo bancário (artigo 38 da Lei 4.595/64) e não previstos no artigo 10 da primeira lei citada.

Frente a estas colocações passa a consultar:

1 — Uma sociedade anônima, constituída conforme o direito comum, cuja maioria do capital, no entanto, pertença a uma Sociedade de Economia Mista, está também sujeita ao controle e fiscalização do Tribunal de Contas do Estado e de forma idêntica?

2 — Sendo positiva a resposta, quais as limitações ao órgão fiscalizador do Estado com relação a esse tipo particular de empresa subsidiária de uma sociedade anônima de economia mista?

3 — Se, a exemplo do ocorrido com o Parecer nº 4964, também para a consultante prevalece o primado do artigo 10 da Lei Federal nº 6.223/75 sobre o disposto no artigo 42 da Lei Estadual nº 6.850/74?

4 — Se, respondido afirmativamente o quesito anterior, as afirmações a prestar estão limitadas aos documentos elencados no artigo 10 da Lei Federal nº 6.223/75?

O fenômeno da intervenção do Estado no campo tradicionalmente reservado à iniciativa privada é característica de nossos dias, e consequência da ampliação da atividade administrativa fazendo aí incluir os serviços industriais e comerciais, agora, prestados pelo Estado. Assumindo ou criando pessoas jurídicas submetidas ao regime de direito privado, delas se serve o Poder Público para agilizar seus serviços, dando-lhes maior flexibilidade nos moldes da economia privada, transformando-se, assim, em Estado prestador de bens e serviços.

Exemplo dessa forma de proceder é a adoção pelo Poder Público, na consecução de seus objetivos, da sociedade de economia mista, na qual toma por empréstio

mo ao Direito Comercial a norma reguladora das sociedades comerciais, temperando-a, contudo, por fazer incidir sobre as mesmas, regras de Direito Administrativo, através das quais, controlar-lhes-á o desempenho vinculado à finalidade para a qual foram criadas.

Não se tornam por isso entes sujeitos exclusivamente ao Direito Público, conservando a personalidade jurídica de direito privado.

Tal é o entendimento que meridianamente se extrai do texto do artigo 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67, que definiu, no âmbito federal, sociedade de economia mista como *"a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta"*.

A par do disposto no artigo 170, § 2º da Constituição Federal, que poderia levar a supor que a sociedade de economia mista estariam sujeitas exclusivamente a regras de direito privado, é de ressaltar que a própria Constituição fez sobre as mesmas incidir regras de Direito Público, que não se aplicam às demais sociedades privadas (artigos 34, 99, 153, § 2º, 205, entre outros), sujeitando-as ademais disso, através de Lei, ao controle do Executivo e ao Controle Externo do Tribunal de Contas (Lei nº 6.223/75).

A âmbito estadual e municipal, discutiu-se a possibilidade de existência de sociedades de economia mista, dado que à União compete legislar, com exclusividade, sobre Direito Comercial (artigo 8º, XVII, **b**), da Constituição Federal, vedando-se, por consequência, ao legislador estadual a imposição de normas outras sobre sociedades comerciais que não as decorrentes de legislação federal.

A Doutrina majoritária, no entanto, firmou-se no sentido de que as regras editadas por Estados-membros e Municípios, no que respeitem às respectivas sociedades de economia mista, não constituem regras de Direito Comercial mas o exercício legítimo de competência para editar normas de Direito Administrativo.

Esse o entendimento manifestado por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO "in" *Prestação dos Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed., Ed. RT, SP, 1979, págs. 107/108, "verbis".

"Com efeito, uma vez que Estados e Municípios não têm obrigação de se enquadrar no regime de direito mercantil, podem adotá-lo em parte. Ao se subtraírem de tal regime manifestam um poder legítimo. As demais regras de cunho especial — diversas das mercantis — são editadas em nome de uma competência de direito administrativo que não lhes pode ser recusada. a sociedade que nasce da conjugação destas disposições

não é, realmente uma sociedade comercial como outra qualquer; é um ser distinto, novo: é justamente a sociedade de economia mista." (grifado no original).

"Porém, traz em si a originalidade de ser um meio de ação do Poder Público estadual ou municipal, e, bem por isso, trai em certas regras a marca do interesse governamental que nelas se insculpe."

Reconhecida a possibilidade de criação de sociedades de economia mista pelos Estados-membros e, na ausência de regulamentação legal, sua conceituação há de ser buscada frente aos ensinamentos da Doutrina que, observa-se, não é uníssona no elencar os elementos necessários a sua configuração. Assim, a maioria entende necessária a criação da entidade por lei ou mediante lei autorizativa, enquanto outros pensam ser suficiente a conjugação de capitais públicos e privados somada ao fato de o Estado assumi-la como instrumento de sua atuação administrativa.

O certo, porém, é que todos concordam em que a simples participação do Estado no capital social da empresa não a transforma, "ipso facto", em sociedade de economia mista.

Nesse sentido a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"A verdade é que, salvo disposição legal que exija supremacia acionária do Poder Público (como faz o Decreto-Lei n.º 200 ao dispor sobre as sociedades de economia mista vinculadas à órbita federal) é irrelevante para o jurista saber se o Estado detém maioria ou minoria de ações.

Tal circunstância não acarreta, por virtude própria, inserção da pessoa ou exclusão do quadro das sociedades de economia mista"). (ob. cit. pág. 97).

Hoje, porém, e desde o advento da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, por força de seu artigo 236, a constituição de companhia de economia mista, independentemente da órbita federal, estadual ou municipal na qual se situe, depende de autorização legislativa.

As considerações até aqui expendidas permitem concluir que a empresa consulti não chegou a se constituir como sociedade de economia mista, porque, não tendo sido criada por lei ou mediante autorização legal, a simples participação majoritária de entidade da Administração Indireta estadual na formação de seu capital não a transmuda em sociedade de economia mista, mormente quando de seu ato constitutivo não deflui a intenção do Estado de assumi-la como instrumento de sua atuação.

Ademais, a redação dada ao § 2.º do Decreto Estadual n.º 19.801, de 8 de agosto de 1969, que dispõe sobre a Organização da Administração Estadual, leva à con-

clusão de que o Poder Executivo quis incluir em sua Administração Indireta apenas as pessoas jurídicas de direito público ou privado nas quais o Estado — pessoa jurídica de direito público interno — por força de lei ou de participação acionária, detenha, no todo ou em parte o controle administrativo, entendimento esse que é confortado pelo disposto nos Decretos Estaduais n.ºs 28.652, de 15 de março de 1979, 29.041, de 23 de julho de 1979, 29.472, de 2 de janeiro de 1980 e 29.926, de 8 de dezembro de 1980 quando, ao arrolar as entidades integrantes de sua Administração Indireta, deixou de aí incluir a sociedade consultante.

Cabe, pois, verificar se o só fato de ter como acionista majoritário o Banco do Estado do Rio Grande do Sul (sociedade de economia mista estadual) a sujeita à fiscalização financeira estabelecida pela Lei Federal n.º 6.223, de 14 de julho de 1975.

Dispõe o artigo 7.º da precitada lei, com a redação que lhe deu a Lei n.º 6.525, de 11 de abril de 1978:

"ARTIGO 7.º — 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".

A lei, pois, submeteu ao controle dos Tribunais de Contas, não apenas as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta, mas também aquelas nas quais qualquer pessoa caracterizada como integrante da Administração Indireta federal, estadual ou municipal fosse detentora da maioria ou da totalidade das ações ordinárias.

Esse, aliás, o entendimento manifestado por ALMIR DD CDUTO E SILVA "in" Controle das Empresas Estatais, RDP 55/56, pág. 121:

"Torna-se assim patente que as entidades com personalidade jurídica de Direito Privado, de cujo capital, a União, o Estado, o Distrito Federal ou qualquer entidade da respectiva Administração Indireta seja detentora da totalidade ou da maioria das ações ordinárias não passam 'ipso facto' a qualificar-se como entidades da Administração Indireta em 'sensu stricto'. São, bem ao contrário, entidades estranhas a esta, ainda que abrangidas pelo controle externo". (grifamos).

"Conclui-se, pois, pela competência do Tribunal de Contas Estadual para exercer a fiscalização financeira da empresa consultante, com fulcro na Lei 6.223, de 14 de julho de 1975.

Impõe-se, em consequência, a análise das limitações a que fica sujeito o órgão fiscalizador no exercício da competência referida.

Dispõem os §§ 1º, 2º e 3º do retrotranscrito dispositivo legal e mais o artigo 10, da Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975:

"ARTIGO 7º —

§ 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.

§ 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".

"ARTIGO 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".

Inicialmente, é de ser observado que a lei supracitada foi editada com fundamento no artigo 45, da Constituição Federal e com base na competência assegurada à União pelo artigo 8º, XVII, c, competência esta que limitou o legislador federal à edição de normas de caráter geral, ressalvado aos Estados-membros, com fundamento no parágrafo único do artigo 8º referido, legislar supletivamente sobre a matéria.

Oportuno por isso, no particular, referir o magistério de PONTES DE MIRANDA:

"A Constituição distingue a competência da Legislação fundamental e a competência da legislação concorrente indistinta, isto é, a do artigo 8º, XVII, c e q e a das demais apontadas.

.....

A importância não está em que tenham os Estados-membros de obedecer às regras jurídicas que o legislador central edictar, como pretende FRITZ STIER-SOMLO (Die Verfassung des Deutschen Reichs, 3ª ed., 96; cf. JULIUS HATSCHECK, Deutsches und Preussisches Staatsrecht, I, 88) — não podia ser de outro

modo, desde que há regra jurídica de competências mas em que a competência da União não é ilimitada, não esgota o assunto, não no exaure, e a Constituição impõe que se restrinja a normas fundamentais, a diretrizes, a regras jurídicas gerais. Deixa-se campo aos Estados-membros, o que exclui a "codificação" pelo menos a codificação no sentido material, a codificação exaustiva.

.....

Temos de distinguir (A) os casos de existência de legislação federal e (B) os casos de inexistência, tratando-se das letras **d, e, n, e v** do artigo 8º, XVII. No que diz respeito às letras **c e q**, não cabe praticamente, a distinção, porque a União se tem de restringir a normas gerais e diretrizes e bases. Havendo ou não havendo a lei federal, o Estado membro legisla e tem de abster-se de normas jurídicas gerais e das bases que existam.

O artigo 8º, XVII, **c e q** só atribui à União o legislar sobre normas gerais e diretrizes e bases. Existe diferença entre essa competência estadual tirada ex-argumento e a competência geral do artigo 8º, XVII **c, d, e, n e o**. A Constituição de 1967 impõe que a atividade legislativa dos Estados-membros não esteja ali submetida indistintamente à regra jurídica "Direito federal corta direito local". (Comentários à Constituição Federal de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, Tomo II, pág. 169, 173 e 175).

Impende ressaltar que a par de ser vedado à União, "in casu" editar normas que regulassem exaustivamente a matéria, consciente da vedação constitucional, limitou-se o legislador federal a estatuir normas de caráter geral, entendimento que se extrai da atenta leitura do artigo 10 supratranscrito, pois ali determinou que os Tribunais competentes, no julgamento das contas tomassem **por base** os documentos que elenca. Ora, base é fundamento, é ponto de partida, é o mínimo indispensável, pressuposto necessário sem o qual eivado de nulidade se tornaria o julgamento que eventualmente, na ausência de qualquer dos documentos ali mencionados fosse proferido.

Oportuno trazer à colação que a mesma técnica foi usada pelo legislador constitucional, quando no artigo 70, § 4º da Constituição Federal determinou que o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis da Administração Direta fosse **"baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas"** (grifamos), sem prejuízo das inspeções realizadas no exercício da auditoria financeira e orçamentária.

Comentando o mencionado dispositivo Constitucional é ainda uma vez o incomparável PONTES DE MIRANDA quem ensina:

"A Constituição de 1967, no artigo 70, § 4º, exige levantamento contábil, certificado de auditoria (isso é documento em que a auditoria expõe o que apurou, o seu parecer ou até mesmo as suas dúvidas) e, se é o

caso, pronunciamento (= enunciados de fatos), por parte das autoridades administrativas. O cumprimento de tais pressupostos para o julgamento pelo Tribunal de Contas de modo nenhum afasta a determinação, por ele, de inspeções que reputa necessárias". (grifamos) (ob. cit. Tomo III, pág. 223).

Dir-se-á que o artigo 10, da Lei nº 6.223, não ressaltou a realização de inspeções. Há que ter presente, no entanto, a disposição contida no parágrafo 2º, do artigo 7º, da mesma lei, ao estabelecer que *é vedado a imposição de normas não previstas na legislação geral ou específica*"

Ao contrário do que poderia parecer, num primeiro momento, não se limitou o legislador a repetir, aí, desnecessariamente, o mandamento insculpido no artigo 153 § 2º, da Constituição Federal que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Antes, pelo contrário, quis revelar, de maneira expressa, que as demais normas constantes da legislação geral e específica sobre fiscalização financeira aplicavam-se às pessoas jurídicas de direito privado destinatárias da norma do artigo 7º da Lei nº 6.223/75, com as limitações ali contidas.

Há, pois, que buscar na legislação pertinente as normas a que se refere o legislador. Estabeleceu a respeito o Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), a nível federal, em seu artigo 42, § 1º, quando regulou o julgamento das contas dos administradores das entidades da Administração Indireta:

ARTIGO 42 —

§ 1º — *A decisão do Tribunal, que poderá ser precedida de inspeção na forma do artigo 36, inciso IV, será comunicada à autoridade administrativa a que estiver vinculada*".

E, no § 2º, do referido artigo 36, determinou que *"nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal de Contas em suas inspeções sob qualquer pretexto"*.

Os dispositivos supramencionados do Decreto-Lei nº 199/67 encontram, a nível estadual, correspondência nos artigos 53, §§ 5º e 6º da Constituição Estadual e 42 e 45 e seus parágrafos da Lei nº 6.850/74.

Não há, pois, que invocar o princípio de que superveniente direito federal corta o direito local, em primeiro lugar, porque competindo à União a edição de normas de caráter geral, sempre haveria de ser deixado à esfera estadual o branco onde fizesse inserir as regras de sua competência e, em segundo lugar, porque limitou-se o legislador estadual a repetir, com respeito à ordem jurídica que lhe é peculiar, os mesmos preceitos constantes no ordenamento federal, cuja vigência, ademais disso, o § 2º, do artigo 7º da Lei nº 6.223/75, expressamente, assegurou.

Concluir-se-ia, então, com base no exposto que a fiscalização financeira a que ficam submetidas as pessoas jurídicas de direito privado elencadas no artigo 7º citado, corresponderia, em tudo e por tudo, àquela estabelecida para a Administração Direta da União e entidades de personalidade jurídica de Direito Público interno?

Parece-nos que não. Há que se ter em conta as restrições que a Lei nº 6.223 trouxe em seu bojo.

Primeiramente há que distinguir que duas são as atividades:

1 — a de fiscalização prevista no artigo 7º:

2 — a de julgamento prevista no artigo 10.

A primeira prepara, fornece dados e documentos que, somados àqueles elencados no artigo 10 (esses tidos como pressupostos indispensáveis) permitirá ao órgão fiscalizador o julgamento fundamentado em elementos de convicção plena.

Com relação à primeira — de fiscalização — no que pertine com a Administração Direta, assim se manifesta PONTES DE MIRANDA, comentando o artigo 70º, § 3º, Constituição Federal:

"Tais investigações não têm limites que resultem da inviolabilidade de correspondência e de sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (artigo 153, § 9º), se não vai além daquilo que diz respeito ao que há de constar de contas a serem prestadas, ou já prestadas. Dá-se o mesmo que ocorre no tocante às comissões de inquérito que o Congresso Nacional, ou a Câmara de Deputados ou o Senado Federal cria (artigo 37)". (ob. cit., Tomo III pág. 223).

Observe-se que, no particular, o inigualável mestre entende inoponível à atividade fiscalizadora dos Tribunais de Contas até mesmo regras de sigilo que o legislador elevou à categoria de garantia constitucional.

Mas, voltando às restrições constantes no artigo 7º, estas essencialmente se constituem em:

a — respeito às peculiaridades de funcionamento da entidade;

b — verificação limitada à exatidão das contas e legitimidade dos atos;

c — obrigatoriedade de levar em conta os objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia.

Exemplo característico da restrição apontada no item a é o fato de serem as destinatárias da norma pessoas jurídicas de direito privado, eventualmente, socieda-

des anônimas regidas pelas normas de direito comercial e submetidas, ainda, ao regime do Decreto nº 1.102/1.903, pelo que ser-lhes-ia facultada a manutenção do sigilo assegurado aos comerciantes pelo Código Comercial.

No caso específico, estariam os livros da Companhia consulente protegidos pela norma do artigo 17, do Código Comercial, que veda a *"qualquer autoridade, Juízo ou Tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, ... praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício"*.

O próprio Código Comercial, no entanto, em seus artigos 18 e 19 excepcionou a regra contida no artigo 17, facultando à autoridade judicial determinar a exibição total ou parcial dos livros mercantis.

Legislação posterior, tal como o Código Tributário Nacional, a Legislação sobre o Imposto de Renda, o Regulamento Geral da Previdência Social determinou que não prevaleceria frente à Fazenda Pública, bem como frente ao Órgão Previdenciário o disposto nos artigos 17 e 18 do Código Comercial.

Aliás, a regra contida no artigo 17 do Código Comercial, como bem observa JOÃO EUNÁPIO BORGES *"visou impedir que, sob pretexto de verificar se o comerciante tem livros e os escritura devidamente, pudesse qualquer autoridade, juiz ou tribunal violar e comprometer, a seu arbítrio, aquele segredo do qual os comerciantes são tão ciosos, porque tradicionalmente considerados como "a alma do negócio"*.

"Observe-se, porém, que hoje tal segredo praticamente deixou de existir. Além das devassas que o sujeitam periodicamente os funcionários do imposto de consumo, de renda e do selo, assim como os dos inúmeros I.A.P. que resolveram os problemas da previdência social, além disso, deixou, há muito, comerciante de ser o senhor dos possíveis segredos de sua empresa." (Curso de Direito Comercial Terrestre, 3ª ed., Ed. Forense, R.J., 1967, pág. 239).

No mesmo sentido preleciona RUBENS REQUIÃO:

"O sigilo, sobretudo em torno dos livros comerciais, já representou importante papel na vida do empresário. Hoje como lembra WALDEMAR FERREIRA, o que importa ao comércio é mais a publicidade do que o sigilo."

As leis tributárias e, depois, os regulamentos previdenciários, revogaram os princípios do Código Comercial, permitindo que os fiscais de-

vassassem os livros e arquivos da empresa, opondo-lhes a sanção no caso de indevida divulgação, fora do âmbito funcional."

Disseminando-se a constituição das sociedades anônimas, cuja lei especial determina ampla publicidade de seus atos constitutivos e de seus balanços anuais, dos relatórios da diretoria e do parecer do conselho fiscal, decaiu ainda mais o princípio e a importância do sigilo." (Curso de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 3ª ed., 1973, pág. 105).

Inobstante isso, e a despeito dos ensinamentos invocados sempre caberia à empresa consulente alegar que os retromencionados diplomas legais revogaram o estatuído no artigo 17 do Código Comercial apenas no que se refere às pessoas e órgãos por eles referidos, permanecendo íntegro no que diz com os demais.

Impende sinalar que o invocado sigilo comercial constitui direito assegurado ao comerciante, interesse individual que a lei procurou resguardar e que se não compara nem confunde com o dever imposto pelo artigo 38 e seus parágrafos, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, cuja quebra, fora dos casos ressalvados ou justificados pela lei, importa na prática de crime punível com a pena de reclusão de um a quatro anos.

Uma e outra regra não tem, pois, o mesmo alcance, não cabendo no bojo do presente trabalho analisar se o dever imposto pelo artigo 38, da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, deve ceder ante as regras da Lei nº 4.223, de 14 de julho de 1975. Importa, isso sim, que seja fixado que o sigilo dos livros comerciais, é facultado, direito assegurado ao comerciante, tendo pois cunho protetivo individual que o tempo, os usos e costumes, as relações comerciais e, principalmente, o direito posto se encarregaram de paulatinamente enfraquecer, pois tantas foram as exceções que se lhe impôs que hoje, *"praticamente deixou de existir"*, como observa JOÃO EUNÁPIO BORGES (ob.cit., pág. 239).

Isto examinado, a extensão da competência atribuída ao Tribunal de Contas, no particular, há de ser aferida pela justaposição das restrições apontadas nos itens **a** e **b**, isto é, há que se ver se a regra de sigilo pretensamente violada o foi para consecução de uma daquelas atividades impostas ao Tribunal de Contas, ou seja, para a verificação da exatidão das contas ou da legitimidade dos atos, no exercício da fiscalização financeira.

Ao contrário do que possa parecer à empresa consulente, conforme deixa claro à fl. 4, a atividade do órgão fiscalizador não se deve cingir pura e simplesmente *"à simples veracidade dos registros contábeis da companhia"*.

E bem de ressaltar que o legislador, a par da verificação da exatidão das contas, mero cálculo contábil, atribuiu ao Tribunal de Contas o exame da legitimidade dos atos, exame este que só se perfaz através do controle da legalidade, visualizado desde uma perspectiva teleológica, que permita ao julgador aferir a adequação do ato à finalidade para a qual foi criada a empresa, pois como ensina MIGUEL REALE *o vício do mérito se resolve em vício de legitimidade, toda vez que o ato administrativo conflita com a finalidade que razoavelmente se possa considerar inerente à norma legal*". (Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, ed. Forense, 2ª ed. R.J., 1980. pág. 84).

Nem é outro ensinamento de SÉRGIO FERRAZ ao comentar a controvertida Lei nº 6.223/75, "verbis":

"Destaque-se, ainda, que o papel do Tribunal de Contas, neste contexto, é amplíssimo, não se limitando a ser um simples homologador e aferidor aritmético das operações numéricas oferecidas pela empresa fiscalizada. Cabe-lhe, diz a lei textualmente, dizer também da legitimidade — mérito, pois, e não simples dado formal de legalidade — dos atos praticados pela empresa. Como, em Direito Público, o texto que atribui dever-direito da competência, implícita ou explicitamente confere as potestades a tanto necessárias, pode o Tribunal de Contas examinar a fundo, e no cerne a vida da empresa, promovendo diligências, inspeções, pedindo esclarecimentos, requisitando contratos ou quaisquer outros documentos, tudo desde que inserível na categoria execução orçamentária e financeira". (Revista dos Tribunais de Contas do Município de São Paulo, nº 30, ano IX, dez. 1980, pág. 28).

Concluindo, pois, afigura-se-nos que os limites que encontra o órgão fiscalizador, no exercício da atividade prevista na Lei nº 6.223/75, há de ser buscado frente aos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA e SÉRGIO FERRAZ, não podendo a empresa fiscalizada negar-se ao fornecimento do documento solicitado se o pedido guarda consonância ou *"não vai além daquilo que diz respeito a que há de constar de contas a serem prestadas ou já prestadas"*, vez que ao Tribunal compete não só examinar a exatidão das contas mas *"cabe-lhe, diz a lei textualmente dizer também da legitimidade, — mérito, pois e não simples dado de verificação formal da legalidade dos atos praticados pela empresa"*. (obs. págs. cit.).

ISTO POSTO, passa-se a responder à consulta:

1 — Sim. Estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas competente não só as entidades com personalidade jurídica de direito privado integrantes da Administração Indireta Estadual, mas também aquelas nas quais qualquer entidade da Administração Indireta do Estado seja detentora da maioria ou da totalidade das ações ordinárias.

2 — As limitações ao órgão fiscalizador, no caso específico da empresa consulente, são aquelas decorrentes do texto do artigo 7º da Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, com a redação que lhe deu a lei nº 6.525, de 11 de abril de 1978. Limitar-se-á a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, sendo-lhe reconhecido o dever-direito de requisitar informes, promover inspeções, suscitar dúvidas, desde que enquadráveis na categoria fiscalização financeira e, dentro desta, nas atividades de verificação de contas e legitimidade de atos, com vistas ao julgamento previsto no artigo 10.

3 — Inexiste conflito entre as disposições da Lei Federal nº 6.223/75 e as da Lei Estadual nº 6.850/74, visto que a primeira expressamente ressaltou a imposição, às destinatárias de seus mandamentos, das normas contidas na legislação geral e específica.

4 — Prejudicado em face da resposta ao quesito 3.

É o parecer, s.m.j.

PORTO ALEGRE, 1º de dezembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5122, da lavra do Procurador do Estado Doutora EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES.

Restitua-se o expediente à BANRISUL ARMAZÊNS GERAIS S/A.

Em 1º-12-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TEMPO DE SERVIÇO PARA APOSENTADORIA DE MAGISTRADO

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

PARECER N.º 4.867

MAGISTRADO. APOSENTADORIA.

Cômputo de tempo de atividade privada sujeita ao regime da Lei Federal n.º 3.807/60.

Lei Estadual n.º 7.057/76.

A exigência contida no inciso II do artigo 2.º persiste para os servidores estaduais e magistrados mesmo após a edição da Lei Federal n.º 6.864/80.

Por solicitação do SENHOR CHEFE DA CASA CIVIL DO GABINETE DO GOVERNADOR veio ter a esta Procuradoria-Geral do Estado, para pronunciamento, pedido de aposentadoria facultativa formulado pelo Doutor SÉRGIO SANTOS COSTA, Juiz de Direito da Comarca de Viçosa.

O postulante tem averbado, até 1.º de outubro de 1981, o seguinte tempo de serviço: 6.531 dias ou 17 anos, 10 meses e 26 dias de serviço prestado a empresas privadas; 1 ano e 19 dias de serviço prestado ao Exército Nacional; 2 anos e 3 meses também de tempo de serviço privado mas prestado como contribuinte autônomo e 3.449 dias ou 9 anos, 5 meses e 19 dias de tempo de serviço público estadual, sendo que deste último período somente seis anos foram de magistratura.

É o relatório.

2. Seguindo a trilha da legislação federal, o Estado do Rio Grande do Sul, através da edição da Lei n.º 7.057, de 30 de dezembro de 1976, passou a admitir que seus funcionários pudessem, para fins de aposentadoria e cálculos dos respectivos proventos, adicionar ao tempo de efetivo serviço público o lapso temporal no qual exerceram atividade privada vinculada ao regime da Lei Federal n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960.

3. Esta mesma lei, cujo artigo 3.º determinou que suas disposições se aplicassem também para os magistrados, estabeleceu determinadas condições mediante as quais o Estado aceitaria a contagem do referido tempo. Entre elas, além de não ad-

mitir a contagem em dobro ou condições especiais, a contagem de tempo concomitante ou ainda de tempo já utilizado para aposentadoria em outro sistema, ficou expressamente consignado: "Não será levado em consideração o tempo de atividade que exceder ao tempo de efetivo serviço público". (artigo 2º, II).

Em outras palavras, para que os servidores públicos estaduais, inclusive os magistrados, possam se utilizar do favor legal ali instituído, é necessário que possuam, pelo menos, 50% de tempo de serviço exclusivamente público.

No caso da Magistratura, havendo aposentadoria especial aos trinta anos de serviço, é mister existir, no mínimo, 15 anos de atividade pública.

O postulante não satisfaz este pressuposto, pois somado o tempo de serviço público estadual e federal, perfaz apenas 10 anos, 6 meses e 8 dias de atividade pública.

4. A argumentação desenvolvida pela Assessoria Especial da Presidência do Tribunal de Justiça, ao apreciar pedido de averbação formulado pelo magistrado ora requerente, no sentido de que a exigência contida no artigo 2º inciso II, da Lei nº 7.057/76 tenha sido afastada com a edição da Lei Federal nº 6.864, de 1º de dezembro de 1980, não resiste a um confronto com as linhas mestras da Constituição Federal na parte referente à técnica de distribuição de competência legislativa perante as unidades federadas.

5. Com efeito, vige na ordem constitucional brasileira, o sistema de enumerar-se os poderes que competem à União (artigo 8º) e aos Municípios (artigo 15), ficando os Estados-Membros com os poderes remanescentes, conforme reza, expressamente, o parágrafo 1º do artigo 13 da Lei Fundamental, "verbis":

"Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição".

6. É de se convir, não obstante, em face de uma centralização cada vez maior, que a competência estadual se encontra cada vez mais reduzida. Não é menos verdade, porém, que o campo do Direito Administrativo e seus desdobramentos é uma das poucas áreas que resta para a manifestação legislativa dos Estados.

7. Dentro deste campo, em matéria de funcionalismo, é pacífico que cada uma das entidades políticas — União, Estados e Municípios — legisla para si, fixando as regras que melhor lhes aprouverem para a organização e disciplina de seus serviços e quanto aos direitos e deveres de seus funcionários, respeitados sempre os princípios constitucionais que sobre a matéria possam ter repercussão.

A União, através de iniciativa exclusiva do Presidente da República, editará normas apenas sobre o "regime jurídico dos servidores públicos da **União do Distrito**

Federal e dos Territórios" (artigo 109, I da Constituição Federal — grifei). Além disso, disporá, em caráter nacional sobre a "forma e as condições de provimento dos cargos públicos" e as condições para aquisição de estabilidade" (artigo 109, II e III).

Estas restrições (artigo 109, II e III) e mais os limites máximos de remuneração de servidores (artigo 13, V) são as únicas que podem advir de lei federal para os Estados. Fora disso, não há prevalência da legislação federal sobre a legislação estadual em matéria de funcionalismo.

Neste sentido ensina a doutrina (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos**, S. P. Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 41/44; MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 4ª ed. atualizada, S. P. Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 387/389, entre outros).

Obedecidos estes postulados, as normas estaduais são livres para estabelecer, no regime público, os direitos e deveres de seus funcionários e, especialmente, o tempo de serviço que será levado em consideração para a aquisição de determinada vantagem. É o que fez previamente a Lei Estadual nº 7.057/76, dentro da área de competência que lhe é constitucionalmente reservada.

8. Quanto aos Magistrados, é de convir que não se incluem eles na categoria de funcionários públicos "stricto sensu". Os membros da Magistratura têm seus direitos básicos regulados na Constituição e na Lei Complementar a que especialmente alude o artigo 112, parágrafo único da Lei Fundamental, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Trata-se de lei complementar, de caráter nacional que não se confunde com as leis federais de caráter ordinário.

A Lei Complementar nº 35, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, não subtraiu, porém, dos Estados o direito de legislar sobre a sua justiça, porque a própria Constituição lhes faculta tal direito, no artigo 144.

Não foram, em consequência, revogadas as normas estaduais que dispunham sobre a computação de tempo para aposentadoria dos magistrados, quando não colidentes com a referida Lei Complementar.

Foi dentro desta linha que nosso Tribunal de Justiça, em pelo menos dois julgados, decidiu precisamente a respeito da vigência da Lei nº 7.057/76, em relação aos magistrados:

"A LOMAN não ab-rogou o art. 3º da Lei Estadual nº 7.057/76, que faculta aos magistrados a contagem recíproca de tempo de serviço para

fins de aposentadoria". (Ementa do acórdão proferido na Apelação Cível nº 36.001, julgada pela 2ª Câmara Cível, em 24 de setembro de 1980, sendo relator o Desembargador Ruy Ruben Ruschel).

"Magistrado. Tempo de serviço particular. Cômputo para a aposentadoria na conformidade de lei estadual. Inalterabilidade dessa situação frente à Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Esse tempo de serviço, entretanto, não adquire a qualificação de serviço público. Voto vencido". (Ementa proferida no acórdão da Apelação Cível nº 36.358, julgada pela 2ª Câmara Cível, em 8 de outubro de 1980, sendo relator o Desembargador José Barison, publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado, vol. 83/498).

9. Em razão das assertivas até aqui expostas, não há como se afirmar que a Lei Federal nº 6.864, de 1º de dezembro de 1980, tenha abrangência para os servidores públicos dos Estados, no que pertine com a aposentadoria pelo regime estatutário e tampouco para os Magistrados estaduais, **aos quais, aliás, nem fez referência.**

A Lei Federal em questão, ao dar redação ao artigo 3º da Lei nº 6.226, de 14 de julho de 1975, assim dispôs:

"Art. 3º — o disposto nesta Lei estender-se-á aos servidores públicos civis e militares, inclusive autárquicos, dos Estados e Municípios que assegurem, mediante legislação própria, a contagem do tempo de serviço prestado em atividade regida pela Lei nº 3.807⁽²⁾, de 26 de agosto de 1960, para efeito de aposentadoria por invalidez, por tempo de serviço e compulsória, pelos cofres estaduais ou municipais".

Esta lei, dentro da área de competência da União para legislar a respeito de previdência social, expressamente consignada no artigo 8º, inciso XVII, letra "c" da Constituição Federal, teve o fito de assegurar, no âmbito dos Estados e Municípios, o que já existia no plano federal desde a edição da Lei nº 6.226/75, isto é, a contagem efetivamente recíproca de tempo privado e público para fins de aposentadoria. Vale dizer, não só os servidores públicos das diversas entidades políticas que possuíam legislação permissiva poderiam adicionar tempo privado para a aposentadoria, mas também os segurados do INPS, agora podem se valer do tempo de serviço prestado aos Estados e Municípios para obterem a inativação perante os cofres da previdência social federal.

Onde o artigo 3º da Lei nº 6.226/75, com a redação dada pela Lei nº 6.864/80 diz que *"o disposto nesta Lei estender-se-á aos servidores públicos civis e militares, inclusive autárquicos, dos Estados e Municípios"*, há de se entender que o que se estende para estes servidores é apenas a possibilidade de, perante a **previdência social federal**, contar o tempo de serviço prestado aos Estados e Municípios.

Dentro desse contexto é que o Decreto Federal nº 85.850, de 30 de março de 1981, adaptando o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social às alterações introduzidas pela Lei nº 6.864/80, dispôs:

"Art. 201 —

Parágrafo único — É contado também o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e respectivas autarquias, desde que estes assegurem aos seus servidores, mediante legislação própria, a contagem de tempo de serviço em atividade vinculada ao regime da previdência social urbana, para efeito de aposentadoria, por invalidez, tempo de serviço e compulsória, pelos cofres estaduais ou municipais".

10. Não possuindo a União competência para legislar sob a forma ordinária a respeito do regime jurídico dos funcionários estaduais nem sobre normas de computação de tempo para aposentadoria de membros da magistratura dos Estados, não se pode extrair outras consequências da Lei nº 6.864/80 tal a de que tenha determinado que as disposições da Lei Federal nº 6.226/75 que regularam, para os servidores da **área federal**, o modo e as condições de aceitação do tempo de serviço privado para aposentadoria pelo regime público (e onde não se contém a exigência de que o tempo de atividade privada não possa exceder o de efetivo serviço público) sejam aplicáveis para os servidores e magistrados estaduais. Para estes, continuam valendo, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, as normas da Lei nº 7.057/76, especialmente o contido no inciso II do artigo 2º.

Se interpretarmos de modo diverso a lei federal em questão, teremos que admitir que a União extrapolou de sua competência legislativa, invadindo área estadual, o que tornará a norma incompatível com a Lei Fundamental. E é básico, de acordo com os princípios de hermenêutica que o intérprete tem o dever de sempre que possível, dar às regras legais exegese que não as conduza a vício de inconstitucionalidade.

11. Aliás, nem pode ser outro o entendimento a ser extraído porque é a própria Lei Federal nº 6.864/80 que expressamente admite que os Estados e Municípios possam dispor mediante *"legislação própria"* a respeito da *"contagem de tempo de serviço prestado em atividade regida pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, para efeito de aposentadoria por invalidez, por tempo de serviço e compulsória, pelos cofres estaduais e municipais"*.

De outro lado, a Exposição de Motivos nº 017, de 25 de junho de 1980, encaminhada juntamente com a minuta do anteprojeto de lei cujo texto final consubstanciou-se na referida Lei nº 6.864/80, reconhece que os Estados e Municípios possuem competência para legislar sobre esta matéria, afirmando que o extensível da Lei nº 6.226/75 ao funcionalismo estadual e municipal é a contagem recíproca de tempo de serviço. Isto porque, a comunicação total dos dois regimes

existentes para os servidores federais desde a vigência da Lei n.º 6.226/75 inexistia para os servidores estaduais e municipais vez que os Estados e Municípios não dispunham de competência para obrigar a previdência social federal ante o comando do artigo 165, XVI "in fine" e parágrafo único da Constituição Federal.

Os Estados e Municípios possuíam competência legislativa apenas para admitir que seus servidores computassem tempo privado. Quanto à possibilidade destes servidores contarem tempo de serviço estadual e municipal perante a previdência social federal, tal faculdade só poderia advir de lei federal e foi precisamente este o objetivo da Lei n.º 6.864/80.

O que está também a evidenciar que apenas foi este o objetivo da lei é a constatação de que a preocupação manifestada pelo Senhor Ministro da Previdência e Assistência Social referente a algum vício de inconstitucionalidade que pudesse macular o anteprojeto se restringe ao problema de fonte de custeio (artigo 165, parágrafo único da Constituição Federal), problema superado ante a consideração de que "o aumento de despesas relativo ao ingresso de novos segurados na previdência social urbana será idêntico à diminuição do ônus em função da saída desses segurados para os regimes estaduais e municipais, não sobrecarregando, assim, o custeio". (item 4 da Exposição de Motivos).

12. O Grupo de Trabalho especialmente designado por Portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social para estudar a respeito concluiu no Relatório de Atividades, item 10, "que a implantação da contagem recíproca de tempo de serviço público estadual e municipal para fins de aposentadoria deverá ser feita através de lei federal cabendo aos Estados e Municípios, se assim o quiserem, promulgar lei que disponha sobre a matéria, nos termos da **legislação específica**".

Em outras palavras, a implantação desta contagem recíproca deve advir de lei federal, mas só se tornará viável quando efetivamente existir legislação específica nos Estados e Municípios que permita também a contagem de tempo de atividade privada para aposentadoria pelo regime público.

Tal a razão de estar inserto na Exposição de Motivos a afirmação de que o anteprojeto "permite também, que os Estados e Municípios que, por razões de ordem econômica, não possam adotar de imediato, as disposições da Lei n.º 6.226/75, venham a fazê-lo no momento em que julgar em contar com os recursos financeiros próprios" (item 7, "in fine").

13. Por último, ainda, é de se contra-argumentar que mesmo admitindo-se que as condições de aceitação de tempo de serviço previstas na Lei Federal n.º 6.226/75 seriam extensíveis para os servidores estaduais e municipais, no que pertine com a aposentadoria pelo regime público, o que entendemos inaceitável frente às razões até aqui expostas, mesmo assim não estaria afastada a exigência contida no inciso II

do artigo 2.º da Lei Estadual n.º 7.057/76 vez que é próprio diploma federal, em questão, em seu artigo 4.º, "caput" que determinou: "o tempo de serviço ou de atividade conforme o caso será computado de acordo com a legislação **pertinente**, observa as seguintes normas".

Ora, sem dúvida alguma, para os servidores e magistrados pertencentes ao Estado do Rio Grande do Sul, a legislação pertinente no caso é a aludida Lei n.º 7.057/76, que não deve ficar afastada ante a circunstância de não ter a lei federal mencionado a exigência de que o tempo de atividade privada não possa exceder o tempo de efetivo serviço público.

14. São as razões pelas quais opino. EM CONCLUSÃO, pelo indeferimento do pedido de aposentadoria formulado pelo Dr. SÉRGIO SANTOS COSTA visto que ele não possui, até o momento, o lapso temporal de efetivo serviço público exigido para que possa computar tempo privado, tudo de acordo com as disposições da Lei Estadual n.º 7.057/76.

É, "sub censura", o parecer.

PORTO ALEGRE, 12 de janeiro de 1982.

Acolho a conclusão do Parecer n.º 4.867, da lavra do Procurador do Estado Outora ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH.

Restitua-se o expediente à Casa Civil do Gabinete do Governador.

Em 12-1-82.

MÁRIO BERNARDO SEXTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ESTÁGIO PROBATÓRIO

MARISA SOARES GRASSI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.024

FUNCIONÁRIO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. ESTÁGIO PROBATÓRIO.

Previsão nos diplomas legais pertinentes à espécie, quanto à possibilidade de funcionário optar pelos vencimentos do cargo em comissão.

Conforme a Lei n.º 1.751/52, o estágio probatório é no serviço público estadual, e não no cargo.

Viabilidade, no caso, de cumprimento do estágio em outra posição na órbita estadual.

Versa o expediente sobre o pedido de MARIA LUCIA FERNANDES MÉDICI, aprovada no concurso público para o cargo de Agente de Segurança Penitenciária e nomeada através do Boletim n.º 1.656/82, publicado no Diário Oficial de 14 de abril de 1982, **pela opção de vencimentos do Cargo em Comissão CC-8** de Assistente Especial, lotado na Supervisão de Telecomunicações da Secretaria da Segurança Pública, que titula desde a nomeação pelo Boletim n.º 3.870/70, publicado no Diário Oficial de 31 de dezembro de 1976.

Informa a peticionária e comprova o ofício de fls., que foi posta à disposição da Pasta de lotação do cargo de confiança, desde a posse no cargo de provimento efetivo, dia 23 de abril do ano em curso.

O processo vem a esta Casa por solicitação do Senhor Secretário de Estado da Segurança Pública para exame da matéria.

2. A consulta envolve a análise sobre a viabilidade jurídica de o funcionário, provido em cargo de provimento efetivo, optar pelos vencimentos do cargo em comissão.

3. Conforme as normas de direito administrativo, nenhum funcionário poderá ter exercício em serviço ou repartição diferente daquela em que estiver lotado, salvo os casos previstos no Estatuto ou prévia autorização do Chefe do Poder competente (art. 35 da Lei n.º 1.751/52).

4. Tratando-se de cargo do Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas do Serviço Civil do Estado, aplicável também é o art. 54 da Lei nº 4.914, de 31 de dezembro de 1964, que prescreve:

"O preenchimento dos cargos em comissão e das funções gratificadas será feito optativamente, considerado o interesse da Administração, sob uma ou outra forma de provimento, fazendo-se correspondência entre as mesmas pela coincidência de padrões".

5. Posteriormente, ao regulamentar a Lei nº 1.751/52, o Decreto nº 21.112, de 12 de maio de 1971, dispôs:

*"Art. 15 —
§ 1º — Nenhum funcionário poderá ser posto à disposição de outro órgão da administração estadual senão para exercer, no mesmo regime horário de trabalho, as atribuições próprias de seu cargo (Lei nº 1.751, art. 277).*

§ 3º — O disposto nos parágrafos anteriores não impede a investidura em cargo em comissão, inclusive sob a forma de função gratificada".

6. Prevendo a possibilidade de exercício de função de confiança fora do órgão em que estiver lotado o funcionário, reza o art. 16 do Decreto nº 21.112:

"A nomeação ou a designação de funcionário para cargo em comissão, ou função gratificada ou de assessor (Lei nº 4.937, art. 49), em órgão ou Secretaria diferente da em que estiver lotado, para o que se observará o disposto nos incisos I, II e IV, do artigo 15, deste Decreto, terá o efeito de colocá-lo à disposição do órgão em que vá exercê-la. Cessada a investidura, o funcionário retornará, imediata e automaticamente, ao órgão de lotação".

7. Ora, pelos dispositivos transcritos, permite o direito positivo vigente a opção pelos vencimentos da função de confiança, na hipótese de Cargo em Comissão CC-8, de Assistente Especial, lotado na Supervisão de Telecomunicações (SUTEL) da Secretaria da Segurança Pública.

8. Cabe ainda destacar que, tratando-se de cargo lotado em órgão de assistência e assessoramento direto e imediato do Secretário de Estado, não incide o art. 16 da Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980 (Estatuto dos Servidores da Polícia Civil) pelo qual *"o exercício de Cargos em Comissão e de Funções Gratificadas, nos órgãos in-*

tegantes da respectiva estrutura, é privativo dos servidores da ativa da Polícia Civil, podendo, excepcionalmente, as funções de assessoramento serem exercidas por servidores inativos".

9. No entanto, a problemática dos autos exige outro enfoque, por tratar-se de funcionário em estágio probatório, que pretende afastar-se do exercício daquele de provimento efetivo.

10. Na espécie, mister analisar inclusive os dados referentes à posição titulada pela peticionária. Assim, o cargo de Agente de Segurança Penitenciária integra o Quadro dos Funcionários Penitenciários do Estado, cuja carreira foi estabelecida em classes A, B, C, e D, pela Lei nº 6.502, de 22 de dezembro de 1972. O provimento dos cargos da Classe A, inicial da Carreira, é efetuado mediante estágio de preparação, realizado nos moldes da Lei nº 4.914, de 31 de dezembro de 1964, consistente em curso específico ministrado na Escola de Serviço Penitenciário, com ingresso nos termos do Estatuto, Lei nº 1.751/52. Aprovado em prova seletiva, o estagiário é provido em cargo da Classe A, da carreira, mediante nomeação em estágio probatório, salvo se ocupante anteriormente de cargo público com estágio completo.

11. Dispõe a respeito o art. 14 da Lei nº 1.751 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado):

"Estágio probatório é o período de setecentos e trinta dias de exercício do funcionário, durante o qual é apurada a conveniência ou não de sua confirmação, mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I — idoneidade moral;

II — disciplina;

III — assiduidade;

IV — dedicação ao serviço; e

V — eficiência".

12. O dispositivo contido no art. 17 do mesmo diploma legal determina o cômputo do tempo de serviço, para fim de estágio, em outros de provimento efetivo, desde que não tenha havido solução de continuidade.

13. O instituto do estágio probatório, cuja relevância é posta em destaque pela doutrina, não tem merecido, salvo no caso de carreiras específicas, a preocupação do legislador, no sentido de garantir o seu cumprimento efetivo. Por outro lado,

nossos estatutos gerais, tanto no plano estadual quanto no federal (Leis 1.751/52 e 1.711/52), não exigem o preenchimento dos requisitos no cargo, mas sim no serviço público estadual.

14. É o que diz MENEGALE, a propósito do instituto do estágio, ao comentar a Lei nº 1.711/52, de redação análoga ao da Lei nº 1.751/52:

*"Nem a lei especifica, direta ou obliquamente, que o estágio se relaciona com o cargo, nem a concepção do estágio é outra senão a de provar aptidões, é bem de ver, comuns para a generalidade dos cargos". MENE-
GALE, J. GUIMARÃES. "O Estatuto dos Funcionários", (vol. I, Foren-
se, Rio, 1ª edição. 1962, pág. 121).*

E mais adiante:

*"Instamos que os requisitos do funcionário a apurar no período do está-
gio não são de índole técnica, antes correspondem a atributos pessoais
alheios aos conhecimentos de que já deu prova no concurso, e indepen-
dentes logo, da natureza do cargo ocupado pelo estagiário. Os quatro re-
quisitos enfileirados no art. 15, § 1º, convêm indiferentemente assim ao
oficial administrativo, como ao cônsul ou ao mecânico, todos, por igual,
porfiosos em ser moralmente idôneos, e assíduos, e disciplinados, e efi-
cientes, se quiserem permanecer no serviço público". (autor e obra cita-
dos pág. 122).*

15. No caso dos autos, sendo aplicável a regra do art. 14 da Lei nº 1.751/52 pela qual os requisitos ali postos são observados no serviço público e não no cargo, é viável o cumprimento do estágio em outra posição na órbita estadual. Inafastável, no entanto, a exigência do preenchimento dos requisitos dispostos na lei no que tange ao estágio probatório, ainda que no exercício de função de confiança.

16. Assim, entendemos compatível o cumprimento do estágio probatório e o exercício de cargo em comissão, ainda que, pelas características da função — Agente de Segurança Penitenciária —, recomendável que o legislador impusesse a exigência de cumprimento de estágio no cargo, como ocorre com outras categorias de servidores, cujo vínculo com a Administração é regulado por estatutos próprios (é o caso do magistério, no art. 23 da Lei nº 6.672/74), a bem da boa realização do serviço público e na busca de um funcionalismo cada vez mais eficiente.

17. Portanto, partindo do pressuposto de que, pelas normas estatutárias gerais, o estágio probatório é no serviço público, e que na espécie, a lei que disciplina a Carreira de Agente de Segurança Penitenciária nada dispõe em contrário, e mais, consi-

derando a previsão nos diplomas legais pertinentes quanto à possibilidade de opção pelo vencimento de cargo em comissão, opinamos pelo deferimento do pedido da requerente.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 6 de agosto de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5024, da lavra do Procurador do Estado Doutora MARISA SOARES GRASSI.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Segurança Pública.

Em 6-8-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ESTABILIDADE

JOSÉ QUADROS PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.038

ESTABILIDADE. TEMPO DE SERVIÇO.

A implementação, em primeiro lugar, dos pressupostos para a aquisição da estabilidade extraordinária, afasta a possibilidade de ocorrência posterior da estabilidade ordinária.

Para fins de estabilidade, a apuração do tempo de serviço prestado por servidor subordinado ao regime trabalhista deve ser feita de forma corrida, desde o início até o final do contrato, independentemente do tempo de trabalho realmente prestado.

NAIR SOARES VIEIRA, Servicial regida pela legislação trabalhista, com lotação na Secretaria da Agricultura, requereu, em 26 de julho de 1981, sua estabilidade no serviço público e posterior efetivação, com base no artigo 165, inciso XIII, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei nº 7.511, de 15 de julho de 1981.

De acordo com a certidão de tempo de serviço anexa, a requerente foi efetiva no exercício de suas funções desde o ano de 1959, do seguinte modo: no mês de abril: dez dias; de maio a dezembro: cinco dias em cada mês. Em 1960 e 1961: cinco dias em cada mês. Em 1962: de janeiro a junho: cinco dias em cada mês; julho: dez dias; agosto: seis dias; setembro: dez dias; outubro e novembro: seis dias em cada mês; dezembro: vinte e quatro dias. Em 1963: janeiro a abril: seis dias em cada mês; maio: oito dias e meio; junho: sete dias e meio; julho e agosto: oito dias em cada mês; setembro: nove dias; outubro: nove dias e meio; novembro: nove dias; dezembro: trinta e um dias. Em 1964: janeiro a novembro: dez dias em cada mês; dezembro: vinte e dois dias. Em 1965: janeiro a junho: dez dias em cada mês; julho: dezoito dias; agosto a novembro: dez dias em cada mês; dezembro: quinze dias. Em 1966: janeiro: vinte e quatro dias. Do mês de fevereiro em diante teve efetividade normal, com mês cheio até 24 de janeiro de 1967, data da promulgação da Constituição Federal, perfazendo um total de aproximadamente 1.023 dias de exercício.

A Secretaria da Administração acolheu o pedido com base no artigo 165, inciso XIII, da atual Carta Federal, combinado com o artigo 492 da Consolidação das Leis do Trabalho. A Unidade de Assessoramento Jurídico da Casa Civil, entretanto, fun-

damentou o ato declaratório da estabilidade no artigo 177, 2º da Carta Magna de 1967. Aí o impasse. A Secretaria da Administração concluiu que a peticionária, face ao reduzido número de dias de exercício, não completou cinco anos de serviço público em 24 de janeiro de 1967. Mas, como tinha mais de dez anos de serviço e estava subordinada ao regime trabalhista, elaborou minuta de ato estabilizatório com fulcro no artigo 165, inciso XIII, da Lei Maior. A Casa Civil, por sua vez, através de sua Unidade de Assessoramento Jurídico, entendeu que, tratando como se tratava, de servidor regido pela legislação obreira, não se podia utilizar o mesmo critério imposto pelo Estatuto do Funcionário Público Civil para fins de contagem de tempo de serviço prestado por funcionário em sentido estrito, qual seja: mediante o cômputo dos dias de exercício; mas, sim, o mesmo sistema estabelecido na Consolidação para apurar o decênio necessário para a aquisição da estabilidade comum, ou seja: o do decurso do tempo de duração do contrato de trabalho. Sendo a postulante servidora desde o mês de abril de 1959, teria mais de cinco anos de serviço público na data da promulgação da Constituição Federal de 1967 e, por isso, o ato estabilizatório deveria ser embasado no artigo 177, § 2º, desta Carta Magna.

Dai a remessa a esta Procuradoria-Geral do Estado.

É o relatório.

2. Conforme revelam os autos, a requerente iniciou suas atividades no mês de abril de 1959 e, apesar de sua efetividade apresentar claros durante os primeiros sete anos, a prestação de trabalho prolongou-se no tempo, de forma continuada. Subordinada ao regime trabalhista, optou pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em 1º de abril de 1974, todavia, como o ato de opção não chegou a ser homologado pela Justiça do Trabalho, segundo manda a lei, não surtiu eficácia.

3. Por isso, tanto a Secretaria da Administração como a Casa Civil concordam que a requerente faça jus à estabilidade. A divergência consiste unicamente no tipo de estabilidade: se a garantida pelo artigo 165, inciso XIII, da atual Constituição Federal, em decorrência da aplicação do artigo 492 da Consolidação das Leis do Trabalho; ou se a assegurada de modo excepcional pelo artigo 177, § 2º, da Carta Magna de 1967.

4. Tais dispositivos estabelecem:

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

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

"Art. 492 — O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Parágrafo único — Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador".

Art. 177, § 2º — São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço público".

5. A estabilidade contemplada no artigo 492 da Consolidação das Leis do Trabalho é a comum, adquirida pelo empregado não optante após contar mais de dez anos de serviço no emprego, aquisição essa que se opera com o simples decurso do tempo, sem a necessidade de qualquer ato formal para sua cristalização.

6. A estabilidade proposta no § 2º do artigo 177 da Constituição Federal de 1967, ao contrário da normal é de caráter excepcional e tem por finalidade regularizar a situação daqueles servidores não titulares de cargos e cujo vínculo funcional com a Administração é de natureza precária.

7. Isto é, o Poder Constituinte entendeu de considerar estáveis no serviço público aqueles servidores que, à data da promulgação da Lei Maior de 1967, contassem, pelo menos, cinco anos de serviço público.

8. Entendeu-se, à época, que essa estabilidade extraordinária, em virtude do texto conter a expressão "servidores" no lugar de "funcionários", alcançava também aqueles elementos subordinados ao regime trabalhista, desde que não optantes pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, pois a escolha por este sistema implicava em renúncia expressa àquela garantia constitucional. Mas, o único efeito operado pela incidência do benefício constitucional consistia na abreviação de dez para cinco anos no período necessário para a aquisição da estabilidade comum do artigo 492 do texto consolidado, permanecendo tais servidores regidos pelo Direito do Trabalho.

9. Uma vez outorgada a estabilidade a todos quantos satisfizeram o disposto no artigo 177, § 2º, antes citado, entendeu o legislador de prodigalizar também a efetivação desse pessoal. Para tanto, editou a Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, que dispôs:

"Art. 1º — Os atuais servidores da Administração Direta e das Autarquias, estáveis em decorrência de disposição constitucional, serão considerados efetivos desde que, sob pena de decadência do direito ora conferido, o requeiram no prazo de 180 (cento e oitenta) dias do início da vigência desta Lei".

10. Nessa oportunidade, em razão de emendas apresentadas pelo Legislativo, o Executivo vetou, dentre outras expressões, a contida no § 1º desse artigo primeiro, o qual fazia menção expressa aos servidores regidos pela legislação trabalhista, nestes termos:

"Tratando-se de servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, a efetivação dar-se-á com a posse, condicionada esta à prévia rescisão do contrato de trabalho, observadas as formalidades previstas no seu artigo 500"

11. Em decorrência desse veto entendeu-se que a Lei nº 7.133/78 excluía de seu rol os servidores regidos pela legislação consolidada e que somente mediante novo provimento legislativo é que poderiam vir a ser efetivados (Parecer nº 4.082/79 PGE). Tal comissão foi suprida, em seguida, pela Lei nº 7.300, de 29 de março de 1979.

12. Por último, então, foi editada a Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981 que, interpretando a Lei nº 7.133/78, esclareceu:

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

13. Por essa lei concluiu-se que podiam ser efetivados, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 7.133/78, além dos servidores celetistas contemplados com a estabilidade extraordinária de apenas cinco anos de serviço, nos termos do artigo 177, § 2º, da Carta Magna de 1967, todos os demais que tivessem adquirido a estabilidade comum, de dez anos de serviço, até a data do início da vigência dessa lei, ou seja: 16 de janeiro de 1978.

14. Efetivamente, assim manifestou-se a Procuradora do Estado EUNICE NEQUETE MACHADO por meio do Parecer nº 4.841/81-PGE, cuja ementa diz:

"São destinatários da regra contida no artigo 2º da Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981, para o efeito previsto no artigo 1º da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, os servidores que houverem adquirido estabilidade, nos termos do artigo nº 492 da CLT, até 16 de janeiro de 1978, data do início da vigência daquela lei"

15. Dito isso, e voltando ao caso dos autos, conclui-se que: se a requerente não fosse contemplada com a estabilidade excepcional, por não apresentar tempo de serviço superior a 1.821 dias até a data da promulgação da Carta Federal de 1967, fatalmente teria direito à estabilidade prevista na CLT, eis que seria apanhada pela Lei nº 7.511/81. Resta apenas esclarecer qual o tipo de estabilidade que deve prevale-

cer, se a excepcional do artigo 177, § 2º da Constituição Federal de 1967 ou se a comum do artigo 165, XIII, da atual Carta Magna, combinado com o artigo 492 da CLT.

16. Consoante foi mencionado no início, há dois tipos de estabilidade: a ordinária e a extraordinária. A primeira vem contemplada, **para os estatutários**, no artigo 100 da Constituição Federal em vigor e, no âmbito estadual, no artigo 171 da Lei nº 1.751/52, nos seguintes termos:

"Art. 100 — São estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso"

"Art. 171 — Adquire estabilidade, depois de dois anos de exercício, o funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo, nomeado em virtude de concurso"

E, **para os celetistas**, segundo vimos, a estabilidade comum ou ordinária, é assegurada pelo artigo 165, inciso XIII da Lei Maior em vigor, nos termos do artigo 492 da Consolidação das Leis do Trabalho.

17. Cotejando-se os dispositivos referidos, verifica-se que, enquanto a estabilidade ordinária estatutária fala em **tempo de exercício**, a estabilidade comum celetista refere-se a **tempo de serviço**. Assim, ao passo que aquela é obtida mediante o decurso do tempo de exercício, de forma real ou ficta, mas de modo continuado; esta é adquirida com o decurso do tempo de serviço, não importando se houve ou não exercício das funções, ou seja, a real prestação do trabalho durante o período em que o empregado permaneceu à disposição do empregador.

18. A segunda, isto é, a estabilidade extraordinária (que alcança tanto os estatutários como os celetistas), é a prevista no artigo 177, § 2º, da Carta Federal de 1967, retrotranscrito, pelo qual se verifica a referência a **tempo de serviço** público ao invés de **tempo de exercício**. É que essa estabilidade excepcional, de resto já inserida no capítulo das disposições transitórias, teve por objetivo convalidar, de modo excepcional, a situação funcional daqueles servidores que, pelas vias normais, jamais viriam a adquirir estabilidade no serviço público face à precariedade do vínculo que os jungia à Administração Pública.

19. Esse dispositivo constitucional, ao utilizar a expressão "**servidores**" no lugar de "**funcionários**" e ao exigir determinado **tempo de serviço** ao invés de **tempo de exercício**, revelou a intenção do Poder Constituinte em outorgar um autêntico benefício, ensejando, de acordo com os melhores critérios hermenêuticos, uma interpretação mais benígna e mais abrangente, donde, tanto a jurisprudência

administrativa como judicial manifestou-se pela sua incidência também sobre os servidores sujeitos ao regime trabalhista, conservando-os, nesse regime. A passagem para o regime estatutário ocorreu somente com o advento da Lei nº 7.511/81.

20. Portanto, se a estabilidade extraordinária tem como destinatários também os servidores celetistas e se exige para a sua aquisição a comprovação do **tempo de serviço** e não a do **tempo de exercício**, não há que perquirir para esses empregados se prestaram efetivamente ou não o serviço, bastando, para tanto, verificar a existência do pacto laboral e a permanência do empregado à disposição da empresa durante o período de vigência do contrato, contando-se todo esse tempo, de forma contínua, para os fins preconizados no artigo 177, § 2º, da Lei Fundamental de 1967.

21. De acordo com a jurisprudência trabalhista, embora a lei faça distinção entre tempo de serviço efetivo e tempo de serviço na empresa, o que conta, para fins de estabilidade, é o tempo de serviço na empresa, conforme mostra a seguinte decisão:

"Estabilidade — Despedida Obstativa — Tempo de Serviço — Como se conta — Inteligência dos artigos 492 e 499, § 3º, da CLT, e da Súmula 26 do TST.

A Lei distingue entre tempo de serviço efetivo e tempo de serviço na empresa. A propósito da estabilidade e da despedida obstativa da mesma, de que tratam os artigos 492, 493, § 3º, CLT, e Súmula 26, TST, o que conta é o tempo de serviço na empresa. Isto é, o tempo de serviço é contando pelo calendário, entre a data do início do contrato e da sua ruptura. E não como o período em que o empregado, está, efetivamente, à disposição do empregador. De trabalho realmente prestado, ressalvadas as suspensões legais". (LTR. 37/826).

22. Como se vê, tendo a postulante ingressado no serviço público no mês de abril de 1959, a partir daí, apesar dos claros verificados em sua efetividade, estabeleceu-se o marco para o início da contagem do tempo de serviço, ultrapassando, portanto, o quinquênio exigido na data da promulgação da Constituição Federal de 1967 para fins de aquisição da estabilidade excepcional.

23. **Face ao exposto**, conclui-se que a requerente, em virtude de possuir mais de cinco anos de serviço público à data da promulgação da Carta Magna de 1967, contados na forma do texto consolidado, ao qual estava subordinada e em cuja situação foi considerada destinatária da norma constitucional transitória, preencheu os requisitos para a concessão da estabilidade excepcional prevista no artigo 177, § 2º, da Constituição Federal de 1967.

Assim, a requerente é estável no serviço público e, por isso, tem direito à efetivação. Como verificou-se em primeiro lugar a estabilidade excepcional, ocorreu o afastamento da estabilidade comum. Sendo assim, o ato de estabilidade deve ser editado com base no artigo 177, § 2º, da Constituição Federal de 1967.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 24 de agosto de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5038, da lavra do Procurador do Estado Doutor JOSÉ QUADROS PIRES.

Restitua-se o expediente à Casa Civil do Gabinete do Governador.

Em 24-08-1982.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

PROVENTOS DE APOSENTADORIA

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER N.º 5.067

CARGO EM COMISSÃO. Inviabilidade de inclusão nos proventos de aposentadoria anterior do valor que o remunera.

Acumulação autorizada pela Carta Magna Federal, cujos princípios têm superioridade hierárquica sobre qualquer legislação ordinária, devendo por isso ser respeitados.

Efetivo exercício de cargo em comissão por mais de cinco anos e aposentadoria condicionada ao cômputo de mais de quarenta anos de serviço público em geral, não utilizados pelo funcionário para esse efeito jurídico.

Necessidade de a Lei RS n.º 4.451/62 afeiçãoar-se ao regramento constitucional que cuida da inatividade e acúmulo de funções ou cargos públicos.

Nomeação ou exoneração de ocupante de cargo em comissão é ato de livre iniciativa da autoridade competente.

Hipóteses constitucionais de inatividade nessa posição funcional.

PARECERES N.ºs 3200/75, 4792/81 e 4963/82, desta Procuradoria-Geral do Estado.

AGOSTINHO MARTINS PINTO, Assessor Administrativo inativo, da Secretaria da Segurança Pública, acumulava proventos com vencimentos do Cargo em Comissão (CC-8), nesse permanecendo em exercício durante onze anos.

Pretendendo incorporar ditos vencimentos aos ganhos do cargo em que se inativou e invocando a Lei RS n.º 4.451, de 27 de dezembro de 1962, não obteve êxito na postulação dirigida ao Secretário da Administração, que, acolhendo a Informa-

ção nº 164/81, de sua Assessoria Jurídica, observou que "os vencimentos do Cargo em Comissão não se vinculam aos proventos da inatividade uma vez que se trata de situações independentes (Acumulação, artigo 99, § 4º, C. F.)".

Inconformado, o interessado recorreu ao Governador do Estado, anexando cópias de julgados do magistrado da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e do Tribunal de Justiça do Estado, além de outros documentos através dos quais arrima o pedido, que, finalmente, vem à audiência desta Procuradoria-Geral, por solicitação da Chefia da Casa Civil.

2. Prescreve a Lei n.4.451/62:

"Art. 1º — As disposições relativas à aposentadoria também se aplicam ao funcionário público provido em comissão e ao titular de função gratificada que contar mais de cinco anos de exercício efetivo em cargos ou funções dessa natureza, desde que tenham mais de quarenta anos de serviço público".

3. Esteia-se a incorporação do valor que retribui a função gratificada ao provento ou à aposentadoria no cargo em comissão, na combinação dos artigos 182 e 271, do Estatuto Funcional (Lei RS nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952). Para que isso aconteça é necessário que o servidor conte "mais de cinco anos de exercício efetivo e ininterrupto em cargos de provimento dessa natureza". (artigo 182).

4. Por seu turno, dispondo do modo como o fez, a Lei nº 4.451/62 assegurou ao mesmo servidor o mesmo direito, porém, **sem a exigência do exercício ininterrupto durante um quinquênio**, condicionando-o, é certo, ao cômputo de mais de quarenta anos de serviço público.

5. Nesse rumo, a sentença do Juiz da Segunda Vara dos Feitos da Fazenda Pública e o acórdão da 2ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado, que o recorrente traz à colação. Ou seja: a predita lei "modificou o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, arts. 182 e 271", já que não subordina, no caso ali analisado, a incorporação da função gratificada ao exercício ininterrupto durante cinco anos, vale dizer, autorizou o cômputo de períodos descontínuos que somem um quinquênio, garantindo-se a inclusão ao provento, desde que o servidor tenha mais de quarenta anos de serviço público.

6. Todavia, não prescinde a espécie do exame das regras constitucionais, isto é, cumpre verificar se as disposições da legislação ordinária se afeiçoam às normas superiores, de observância obrigatória pelos Estados-membros e Municípios, em respeito ao princípio da hierarquia das leis. Desse modo, se preceito constitucional disciplinar determinada relação jurídica, e se do confronto com ordenamento inferior

resultar conflito de dispositivos, a adequação da lei ordinária aos comandos constitucionais é inevitável, porque indispensável à preservação daquele princípio, da ordem e das próprias instituições.

7. De fato, a Carta Magna vigente determina que os Estados respeitem as normas relativas aos funcionários públicos, expressas na Constituição (artigo 13, V), bem como legitima o acúmulo de proventos com o vencimento do cargo em comissão (artigo 99, § 4º), fixa, ademais, o tempo de serviço necessário à aposentadoria voluntária (artigo 101) e o correspondente provento (artigo 102, I e II). Não permite, entretanto, que proventos da inatividade excedam a remuneração da atividade, ressalvando, apenas, com a hipótese de revisão em virtude de o poder aquisitivo da moeda refletir-se nos vencimentos dos funcionários em atividade (artigo 102, §§ 1º e 2º).

8. Pois bem. Utilizou o requerente para aposentar-se voluntariamente no cargo de Assessor Administrativo, o tempo de serviço estabelecido na Constituição Federal.

Então, parece óbvio que esse tempo não pode ser novamente aproveitado para idêntico efeito, como deseja o interessado, ou seja, contando onze anos como exercente de cargo em comissão, tal período nessa condição trabalhado, não pode intitulá-lo ao direito previsto no artigo 1º, da Lei RS nº 4.451/62, a menos que se verificasse a hipótese de inatividade por invalidez, consoante orientação assente no PARECER nº 4.963/82-PGE, ouvido previamente o Departamento de Perícia Médica.

Dessa sorte, descabe nova aposentadoria, voluntária ou facultativa, no cargo em comissão desempenhado pelo peticionário, que, de resto, inobstante lícito o acúmulo dos respectivos vencimentos com proventos, não perde a qualidade de cargo, posição funcional independente, que, como tal, deve ser vislumbrada quando se cogitar de aplicar preceitos concernentes à inatividade.

9. Por outro lado, a aposentadoria do suplicante no cargo de Assessor Administrativo, deu-se a 10 de abril de 1969. A partir dessa data e durante onze anos foi ocupante de cargo em comissão, do qual foi exonerado em 3 de junho de 1980, por ato da Administração, válido e eficaz, porque, como é notório, se inscreve entre os atos discricionários da autoridade, ou seja, pode ela praticá-los, ou deixar de praticá-los, a seu exclusivo arbítrio.

Portanto, a nomeação ou a exoneração de detentor de cargo em comissão constitui ato de livre iniciativa do Chefe do Poder Competente, conforme, aliás, dispõem os artigos 12, I, 66, II, da Lei RS Nº 1.751/52; 90, da Carta Estadual de 1970, e 97, § 2º, da Lei Magna da União.

10. Entrementes, não será demais lembrar que a Lei RS Nº 4.451/62 autoriza a contagem de períodos intermitentes de tempo de serviço para a aposentadoria dos

ocupantes de cargo em comissão ou designados para função gratificada, desde que exercidos efetivamente durante cinco anos e que conte o servidor mais de quarenta anos de serviço público.

Dessa maneira prescrevendo, não visou a lei outra coisa senão permitir que, possuindo o servidor longo tempo de serviço público, pudesse aproveitá-lo e inativar-se, percebendo a título de proventos, o valor da função gratificada incorporada, ou a remuneração do cargo em comissão. E os pressupostos legais, já se sublinhou, são contar mais de quarenta anos de serviço público, **não utilizado em inatividade anterior**, e cinco anos de efetivo exercício, portanto, **não ininterruptos**, em função gratificada ou cargo em comissão.

11. Nesse passo parece oportuno frisar que a condição de titular a função gratificada no momento de aposentar-se é requisito essencial à incorporação do valor do correspondente padrão aos proventos. Sim, porque se o servidor dela for dispensado antes de passar à inatividade e quisesse acrescentar aos proventos tal gratificação, teria sua pretensão obstada por disposição expressa da Lei Maior. E isso pelo simples motivo de ganhar como aposentado mais do que se em atividade estivesse, o que é defeso pelo artigo 102, § 2º, do mesmo ordenamento constitucional de 1967, com a emenda 1/69.

12. Sucede que na espécie não há que falar em função gratificada. Por essa razão, são ininvocáveis as decisões judiciais anexadas por cópia no expediente, já que versam situações de inativos que lograram incorporar a respectiva gratificação aos proventos.

Cogita-se no presente processo de cargo em comissão, cuja aposentadoria de quem o exerça dependerá da satisfação dos pressupostos constitucionais, ou sejam, trinta e cinco anos de serviço público nesse cargo, ou setenta anos de idade, ou ainda invalidez por força da incidência do artigo 110, da Constituição Federal, comandos prevalentes sobre qualquer outro ordenamento legal, conforme concluíram a Informação acerca do Processo nº 2.236/81 e o PARECER nº 4.792/81, ambos desta Procuradoria-Geral.

13. Em síntese, a teor do que ali ficou assente, pode-se anotar que:

a — inexistente hipótese inativatória por tempo de serviço que se oponha aos princípios constitucionais antes referidos;

b — a Lei nº 4.451/62 será válida e eficaz se e enquanto não contrariar o Estatuto Supremo Federal;

c — a aposentadoria do titular de cargo em comissão, quer acumule essa posição com proventos da inatividade (Constituição Federal, artigo 99, § 4º), quer não

(Constituição Federal, artigo 97, § 2º), só pode ocorrer legitimamente se verificada uma das hipóteses antes aludidas (invalidez, compulsória ou por tempo de serviço) e de acordo com a legislação pertinente;

d — as inovações da Lei nº 4.451/62, são, em essência, a incorporação dos valores fixados para as funções gratificadas ou para os cargos em comissão, relativamente ao funcionário que, no momento da aposentadoria, em um deles se encontre investido, possua mais de quarenta anos de serviço público e cinco anos não ininterruptos, em tais cargos ou funções, tudo nos termos seguintes:

APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA — Função gratificada ou cargo em comissão (este, necessariamente funcionário efetivo que optou pela remuneração do cargo em comissão): incorporação integral.

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA — Função gratificada: incorporação integral; cargo em comissão provido por funcionário efetivo e que optou pela remuneração daquele: incorporação integral;

e — a interpretação liberal do artigo 1º, da Lei nº 4.451/62, no sentido de permitir a aposentadoria em cargo em comissão, considerando tempo de serviço já utilizado em ato inativatório anterior, é inadmissível, porque inconstitucional;

f — qualquer tempo de serviço público é computável para a aposentadoria voluntária, preenchidos os limites constitucionais, e, quando obtido esse efeito, não poderá ser aproveitado em futura inatividade.

14. Ora, à vista de seus assentamentos funcionais, tem-se que o recorrente se aposentou no cargo de Assessor Administrativo, a 10 de julho de 1969, com direito a perceber proventos integrais, inclusive a FG-8, de Diretor da antiga Divisão de Coordenação e Orientação Administrativa, da Direção Geral de Administração, da Secretaria da Segurança Pública, além de outras vantagens previstas em lei. Na mesma data foi nomeado para exercer o cargo em comissão (CC-8), de Diretor da mesma Divisão (Boletim nº 162, DOE, de 10 de abril de 1969), sendo dessa posição exonerado pelo Governador do Estado (Boletim nº 5.730/80—SEA, DOE, de 3 de junho de 1980).

15. De outra parte, apesar de incensurável a investidura do suplicante no cargo em comissão — respaldada pelo artigo 99, § 4º, da Constituição Federal, permissivos de acúmulo do correspondente vencimento com o provento —, tal nomeação não pode comunicar-se com a inatividade anterior, já que configura situação autônoma, independente, imiscível com o cargo que deu causa à aposentadoria decretada em 1969. Assim, pretender valer-se do tempo de serviço aproveitado para esse efeito, seria absurdo e juridicamente inviável.

Nessa altura, parece também oportuno invocar o PARECER Nº 3200/75-PGE — propugnando pela manifesta inconciliabilidade com as disposições constitucionais pertinentes, da aposentadoria voluntária do exercente de cargo em comissão já inativado em outro cargo —, quando tratou de anteprojeto de lei submetido a exame e pronunciamento deste Órgão Consultivo.

16. ANTE TODO O EXPOSTO, parece, salvo melhor juízo, deva ser indeferida a petição recursal enviada ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, não merece guarida a pretensão de incorporar o vencimento do cargo em comissão ao provento do requerente, e, por igual, descabe a solicitação de revogar a exoneração havida nessa posição funcional, por traduzir ato de livre iniciativa da autoridade competente para praticá-los, inserto nas Cartas Federal e Estadual vigentes, bem como na legislação estatutária aplicável.

Este o parecer.

PORTO ALEGRE, 28 de setembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.067, da lavra do Procurador do Estado Doutor JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO.

Restitua-se o expediente à Casa Civil do Gabinete do Governador.

Em 28-09-1982.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LOTEAMENTO FECHADO

HELLY LOPES MEIRELLES
Advogado e Professor de Direito Administrativo
em São Paulo

- Competência do Município para ordenação de seu território
- O loteamento fechado ou em condomínio é regido pela Lei 4.591/64
- As vias internas do loteamento fechado pertencem ao condomínio
- As diretrizes para o loteamento fornecidas pela Prefeitura, vinculam o Município e suprem a legislação urbanística local
- Cabimento de mandado de segurança para invalidar indeferimento ilegal de plano de loteamento.

PARECER

A CONSULTA

SAMARITÁ — COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA., por seu ilustre advogado, Dr. Luiz Arthur Caselli Guimarães, expõe que, como proprietária de uma gleba de terras com área de 392.238 m², situada na zona urbana de Campos do Jordão, deliberou realizar um condomínio horizontal, a que denominou "Condomínio Vêu da Noiva", nos moldes da Lei Federal 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para o que requereu e obteve da Prefeitura local, as diretrizes para execução desse condomínio, conforme consta da comunicação oficial de 28 de abril de 1980.

De posse desse documento oficial, a Consulente elaborou o memorial e as plantas necessárias, requerendo em 16 de março de 1981, sua aprovação para subseqüente inscrição no Registro de Imóveis da Comarca, tudo em conformidade com a citada Lei Federal 4.591/64 e com as diretrizes fornecidas pela Prefeitura. Ocorre, porém, que o Senhor Prefeito até esta data (2.1.1982), não despachou o mencionado requerimento, a despeito da reiteração do pedido, protocolada em 25 de setembro de 1981 e da solicitação de informações de 4 de novembro do mesmo ano, em resposta à qual o Chefe do Expediente informou, pelo ofício de 18 do mesmo mês e ano, textualmente que "estamos aguardando a aprovação da Lei dos condomínios".

Diligenciando para esclarecimento dessa situação, a Consulente foi informada verbalmente que a Prefeitura aguarda a aprovação de um projeto de lei de iniciativa

do Senhor Prefeito sobre "condomínio residencial fechado, em plano horizontal", no qual estaria sendo proposto que as áreas livres (15% do total), deverão passar à propriedade do Município.

Considerando ilegal e lesiva ao seu patrimônio, tanto a omissão da Prefeitura na aprovação do condomínio, quanto a exigência de serem transferidos ao domínio da Municipalidade os espaços livres que integram o plano condominial, mas desejando respaldar-se em parecer jurídico sobre essa conduta do Poder Público local a Consulente, apresentando a documentação que instruiu os seus requerimentos, pede-nos um exame da matéria e formula-nos os seguintes quesitos:

"1.º) Face ao fornecimento de Diretrizes de 28.4.80, a exigência contida no Ofício n.º 1.948/81, de 18 de novembro de 1981, é legal, ou tem a Consulente direito adquirido de ver o seu projeto aprovado segundo as diretrizes da própria Prefeitura de Campos do Jordão?"

2.º) A superveniência de uma lei conflitante com as diretrizes fornecidas pela Prefeitura altera ou invalida o direito da Consulente?"

3.º) A disposição contida no § 2.º do art. 4.º do projeto de lei de iniciativa do Prefeito, quanto à transferência das áreas livres do condomínio admitido pela lei federal 4.591, de 16 de dezembro de 1964, é legítima e está na competência do Município?"

4.º) A omissão da Prefeitura ou o indeferimento da aprovação do pedido de condomínio horizontal, é coibível por mandado de segurança?"

As respostas conclusivas a esses quesitos exigem prévias considerações sobre a competência do Município para o ordenamento de seu território, bem como sobre as características do condomínio horizontal ou loteamento fechado, e ainda sobre a conduta da Prefeitura no presente caso.

É o que faremos a seguir.

I — A COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA ORDENAÇÃO DE SEU TERRITÓRIO

1. Como é sabido e consta da Constituição Federal, o Município tem competência para realizar a sua administração em tudo que diz respeito ao seu peculiar interesse (art. 15, II). Essa competência, no que tange à ordenação de seu território, abrange todos os aspectos urbanísticos, notadamente o traçado urbano, o sistema viário, as áreas livres, a construção urbana até a estética da cidade, e se expressa em limitações legais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar ao homem as melhores condições de vida na comunidade.

2. Bem por isso já escrevemos em obra largamente difundida que as limitações urbanísticas são preceitos de ordem pública derivados do poder de polícia e exteriorizados em imposições de **uso** da propriedade, sob a triplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar de fazer). Distinguem-se das imposições civis, comumente chamadas restrições de vizinhança, que visam a proteção da propriedade particular em si mesma, a segurança, o sossego e a saúde dos que a habitam. Ambas incidem sobre bens e atividades privadas, mas com finalidades diversas: as restrições civis amparam os vizinhos reciprocamente considerados nas suas relações individuais; as limitações urbanísticas protegem a coletividade na sua generalidade. Uma e outras condicionam o uso da propriedade, restringem direitos individuais, coarctam atividades particulares, tolhem a liberdade de construção, mas em nome de interesses diferentes. Por isso mesmo a competência para editá-las é diversa, como diversos são os instrumentos em que se podem corporificar, e diversas são as condições em que atuam (cf. nosso **Direito Municipal Brasileiro**, 4.ª ed. RT, São Paulo, 1981, pp. 430 e segs.).

3. As limitações urbanísticas incidem sobre a utilização da propriedade enquanto que as imposições civis incidem sobre o direito de propriedade em si mesmo. Por isso aquelas são da competência do Município, ao passo que estas são da competência privativa da União, por expressa reserva constitucional (Const. Fed., art. 8.º, XVII, b). Oaí por que o Município só pode legislar sobre o **uso** da propriedade urbana ou urbanizável, ao passo que a União legisla sobre o **direito** de propriedade na sua substância e nas suas transformações dominiais, ou seja, no modo e forma de aquisição e de alienação da propriedade, principalmente da propriedade **imóvel**.

4. Só a União pode dispor sobre o domínio e o condomínio, restando para o Município a ordenação dos usos dos espaços habitáveis, vale dizer da área urbana, em que o homem exerce as quatro funções fundamentais de sua atividade comunitária: **habitação, trabalho, circulação e recreação**. Só a União pode dispor sobre a translação da propriedade de um titular para outro. Ao Município só compete estabelecer como a propriedade urbana será utilizada. Oaí resultam as leis locais de zoneamento e de loteamento, só abrangendo os aspectos urbanísticos destinados à ordenação espacial da cidade, para sua maior funcionalidade e conforto de seus habitantes. A União diz como se adquire, se preserva e se transfere a propriedade; o Município diz como se utiliza a propriedade na área urbana. Assim sendo, as normas federais regem o domínio e o condomínio em geral; as normas locais regem a utilização desse domínio ou condomínio dentro da cidade ou nos núcleos de sua formação, ordenando o traçado urbano e suas construções, bem como as áreas livres que devem compor o agregado humano: a cidade no seu aspecto estrutural e social, que se inicia com os loteamentos, segundo as imposições e restrições do zoneamento urbano.

II — O LOTEAMENTO CONVENCIONAL E O "LOTEAMENTO FECHADO"

5. O modo convencional de loteamento "é a divisão voluntária do solo em unidades edificáveis (lotes), com abertura de vias e logradouros públicos, na forma da lei

gislação pertinente" (cf. nosso **Direito de Construir**, 3ª ed. RT, 1979, pp. 120 e segs.). Esse loteamento fica sujeito a normas civis estabelecidas pela União (Código Civil e Lei 6.766/79) e normas urbanísticas impostas pelo Município na legislação edilícia adequada às peculiaridades locais. As unidades loteadas e compromissadas à venda regem-se por normas específicas da lei federal, tendentes a compeli-las os contratantes ao cumprimento do avençado e a regulamentar a forma do contrato e de sua rescisão. Assim, o loteamento urbano convencional está disciplinado por legislação própria — federal e municipal — que ordena desde a sua formação até a alienação e utilização das unidades edificáveis, dos espaços livres e das vias públicas de uso comum do povo.

6. Diversamente, os **loteamentos especiais**, também conhecidos por "condomínio horizontal" ou "loteamento fechado", vêm sendo implantados consoante a permissão genérica da Lei Federal 4.591/64 (art. 8º), mas, na maioria dos casos, sem normas locais regulamentares de seus aspectos urbanísticos. Tais loteamentos são bem diferentes dos convencionais, pois que continuam como áreas particulares, sem vias públicas e com utilização privativa de seus moradores. A propósito já escrevemos que:

*"Os loteamentos especiais estão surgindo principalmente nos arredores das grandes cidades, visando a descongestionar as metrópoles. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente a sua formação, mas nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas adequadas a essas urbanizações. E tais são os denominados "loteamentos fechados", "loteamentos integrados", "loteamentos em condomínio", com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas, e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para auto-suficiência da comunidade. Essas modalidades merecem prosperar. Todavia, impõe-se um regramento legal prévio para disciplinar o sistema de vias internas (que em tais casos não são bens públicos de uso comum do povo) e os encargos de segurança, higiene e conservação das áreas comuns e dos equipamentos de uso coletivo dos moradores, que tanto podem ficar com a Prefeitura como com os dirigentes do núcleo, mediante convenção contratual e remuneração dos serviços por preço ou taxa, conforme o caso". (in nosso **Direito Municipal Brasileiro**, cit., p. 467).*

No mesmo sentido preleciona o Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA neste tópico:

"A denominação de loteamento fechado vem sendo atribuída a certa forma de divisão de gleba em lotes para edificação, que, embora, materialmente se assemelhe ao loteamento, na verdade deste se distancia no seu regime como nos seus efeitos e resultados. Não se trata, por isso, de instituto do parcelamento urbanístico do solo, ainda que possa ser considerado uma modalidade de urbanificação, porque se traduz

num núcleo populacional de caráter urbano. Modalidade especial de aproveitamento do espaço, não pode o Direito Urbanístico desconhecer-lhe, a despeito de reger-se por critérios do direito privado entre nós, sob forma condominial.

Então, o chamado "loteamento fechado" constitui **modalidade especial de aproveitamento condominial de espaço para fins da construção de casas residenciais térreas ou assobradadas ou edifícios**. Caracteriza-se pela formação de lotes autônomos com áreas de utilização exclusiva de seus proprietários, confinando-se com outras de utilização comum dos condôminos. O terreno, assim "loteado", não perde sua individualidade objetiva, conquanto sofra profunda transformação jurídica".

.....

*"O regime jurídico dessa modalidade de desenvolvimento urbano, como acabamos de indicar, é o do direito privado com base no art. 8º da Lei 4.591/64, com natureza jurídica, como visto de condomínio privado" (JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Direito Urbanístico Brasileiro**, 1ª ed. RT, São Paulo, 1981, pp. 400-402 — grifos do próprio autor).*

E conclui o autorizado mestre:

"Na modalidade de aproveitamento condominial de espaço, prevista no art. 8º da Lei 4.591/64, temos uma situação complexa configurada pela existência de unidades autônomas (casas térreas ou assobradadas ou edifícios ou ambos), uma parte de terreno edificado, uma parte de terreno reservada como de utilização exclusiva para jardins ou quintal, uma fração ideal sobre a qual constitui o condomínio (edifício com unidades autônomas: apartamentos) e ainda as áreas que constituem passagens comuns para as vias públicas ou para as partes utilizadas entre si, ou os caminhos de acesso a praia, a pontes, a lugar aprazível". (autor e obra citados, p. 404).

Idêntica é a opinião de ÁLVARO PESSOA, proficiente Diretor do Departamento de Assistência Jurídica aos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, que assim se expressa:

*"As questões que emergem da modalidade de expansão urbana denominada **condominial**, são sobretudo as seguintes: ocorrências de praças e ruas particulares (não são logradouros públicos); possibilidade de bloquear o acesso ao condomínio, aos comuns do povo, através de **portão** ou portaria dividindo solo público e privado".*

E conclui afirmando que:

"Inexistem, por conseguinte, estradas ou vias públicas na área condominial de que cuida o mencionado artigo 8º da Lei especial de incorporação e condomínio". (ÁLVARO PESSOA, O loteamento e o condomínio no desenvolvimento urbano brasileiro, in "Boletim Informativo da Secretaria da Justiça" — RJ 40/2).

O mesmo publicista invoca a opinião do Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, autor da Lei de Condomínio, que anota:

"Diversamente da propriedade horizontal típica, em que cada unidade se vincula apenas a quota ideal do terreno e partes comuns, aqui existe uma unidade autônoma, uma parte de terreno edificado, uma parte de terreno reservada como de utilidade exclusiva para jardins ou quintal, e ainda a fração ideal sobre o que constitui o condomínio.

Discriminar-se-ão, ainda, as áreas que se constituem em passagem comum para as vias públicas ou para as partes utilizadas entre si, ou os caminhos de acesso à praia, à ponte, ao lugar aprazível". (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Condomínio e Incorporações, ed. forense, 1965, p. 59).

7. O que todos os autores acentuam é que, nessa modalidade de "loteamento fechado" ou "condomínio horizontal", não há nem ruas, nem praças, nem áreas livres públicas. Tudo que compõe o condomínio é de propriedade e uso exclusivo dos condôminos. Assim sendo, não pode a lei urbanística municipal considerar de domínio público as vias e áreas livres internas, nem impor o seu transpasse para o patrimônio do Município, mesmo porque tal matéria é de direito civil, só regulável por lei federal. E neste particular a norma da União (Lei 4.591/64) não estabeleceu a transferência automática de qualquer via interna ou área do condomínio para a Municipalidade, diversamente do que ocorre nos loteamentos convencionais em que, inscrito o plano e a planta no registro imobiliário, transferem-se automaticamente para o domínio todas as ruas, praças e áreas livres, consoante estabelece a vigente lei de parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79, art. 22).

8. Portanto, a lei aplicável aos **loteamentos fechados** ou **condomínios horizontais** é a 4.591/64, por força do art. 3º do Decreto-Lei 271/67, e aos **loteamentos abertos** ou **convencionais** é a 6.766/79. E assim já foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, neste expressivo acórdão:

"As partes comuns em condomínio fechado, regulado pela Lei 4.591/64, são de uso comum dos condôminos, não podendo a Prefeitura gravá-las como bens públicos. Não se confunde esse condomínio (loteamento fe-

chado) com o loteamento (aberto ou convencional), no qual as ruas e praças passam para o domínio público" (TJRJ, in Rev. Dir. Imobiliário 7/82).

E no corpo desse venerando acórdão lê-se:

"Ficou positivado que a Municipalidade aprovou a incorporação de um condomínio previsto na Lei 4.591/64 que não se confunde com o loteamento regido pelo Dec.-Lei 58/37 (agora substituído pela Lei 6.766/79), este sim, que transfere à Municipalidade as vias de acesso, praças, serviços de infra-estrutura.

D caso, entretanto, está amparado pela Lei 4.591, de dezembro de 1964, que regula o condomínio fechado.

Assim, as ruas, praças e as partes comuns do condomínio não podem sofrer a alienação por parte da Prefeitura e nem ser gravadas como bem público, como quer a autoridade impetrada".

Nessa mesma linha são mencionados dois outros julgados do mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pelo Prof. ÁLVARO PESSOA, no estudo retro citado, o que confirma a jurisprudência que distingue os **loteamentos convencionais** (Lei 6.766/79) dos **loteamentos** ou **condomínios fechados** (Lei 4.591/64, art. 8º e Dec.-Lei 271/67, art. 3º).

III — A CONDUTA DA PREFEITURA NO PRESENTE CASO

9. No presente caso, a conduta da Prefeitura de Campos do Jordão se revela inteiramente **ilegal** em três aspectos, a saber: na proibição de loteamentos constantes da Lei 1.154/79 que, aliás, nem se aplica à espécie em exame; na omissão de despacho do requerimento de "loteamento fechado", elaborado em conformidade com as diretrizes da própria Prefeitura; na disposição do projeto de lei sobre "condomínios residenciais fechados", ao estabelecer que as áreas livres passam à propriedade do Poder Público e que deverão ter acesso independentemente do sistema viário do condomínio (art. 4º, § 2º do Projeto).

10. Com efeito, a vedação de loteamentos durante o prazo de cinco anos é manifestamente inconstitucional por estar o Município legislando sobre direito civil, privativo das normas da União (art. 8º, XVII, b). Tal disposição afeta a substância do direito de construir, do qual o loteamento urbano é uma de suas modalidades, dependendo unicamente da licença para sua realização consoante as normas locais de urbanismo. Ora, a vedação total e indiscriminada de lotear gleba urbana particular, importa na proibição de uso da propriedade, o que extrapola da competência do

Município para editar normas urbanísticas convenientes à ordenação de seu território. Tal proibição aniquila o uso da propriedade, quando o Município só tem poderes para **condicionar essa uso**, vale dizer para permitir a utilização do solo urbano, atendidas as normas de zoneamento e os preceitos da edificação. Tanto isto é exato que o Código Civil dispõe que "o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos" (art. 572). Regulamentos administrativos são as normas locais condicionadoras da construção, ou mais precisamente, do uso da propriedade urbana. Condicionar o uso não é o mesmo que vedar o uso.

11. O Município não pode impedir o uso normal da propriedade urbana que é a edificação, e para a qual se faz mister o parcelamento da gleba através do loteamento. Impedir este ato de parcelamento do solo urbano equivale a estancar o uso do imóvel e aniquilar o direito de propriedade, o que só poderia ser feito através da desapropriação. Nunca, a pretexto de ordenação da cidade. A missão da Prefeitura é a de controlar o uso normal do solo urbano; jamais proibir totalmente a edificação ou o loteamento, ainda que por um tempo determinado. No presente caso, a Lei Municipal 1.154/79 veda o loteamento pelo longo período de cinco anos, com infringência da garantia constitucional de utilização do bem pelo proprietário e do direito de construir assegurado pelo Código Civil. A lei em exame é, pois, inconstitucional e de nenhum efeito.

12. Outra ilegalidade na conduta do Prefeito está na omissão de despacho do requerimento da Consulente com apresentação do plano de loteamento em conformidade com as diretrizes fornecidas pela própria Prefeitura. Essas diretrizes são vinculantes para o particular que as requereu e para a Municipalidade que as expediu. Tais diretrizes caracterizam um ato negocial e bilateral gerador de direito subjetivo para o requerente e de uma obrigação de cumprimento pela Prefeitura. Até porque seria incivil que a Prefeitura fornecesse as diretrizes para o condomínio horizontal e posteriormente negasse validade ao seu próprio ato, numa conduta injurídica e de má fé. Bem a propósito já decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná que "Os atos públicos não podem deixar de se revestir da mais completa seriedade, não podem ser, de consequência, praticados ao livre arbítrio da autoridade ou órgãos públicos" (Rev. Tribs. 296/704) e reiterou o Excelso Supremo Tribunal Federal ao decidir que "As Administrações não podem praticar ato abusivo" (Rev. Dir. Adm. 74/145). Essa, aliás, é a orientação da doutrina universal, consignada na feliz expressão de JEANNEAU, de que "L'Administration ne doit pas mentir" (**Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative**, Paris, 1954, p. 195, e, no mesmo sentido: STASSINOPOULOS, **Traité des Actes Administratifs**, Paris, 1954, p. 207; MARIENHOFF, **Tratado de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, 1966, II/332; TIVARONI, **Teoria degli Atti Amministrativi**, Roma, 139, p. 78; SCHWARTZ, **American Administrative Law**, N. Iorque, 1950, p. 66), ou, como disse BÉNOIT, com mais veemência: Il convient que les autorités administratives respectent elles aussi le règle du jeu" (**La Droit Administratif Français**, Paris, 1968, p. 610).

13. Realmente, não poderá nunca a Administração fixar determinados critérios para a prática de um ato material do particular, e, após a sua realização em conformidade com os requisitos estabelecidos, negar validade aos seus preceitos. Tal o que ocorre com as diretrizes para o loteamento, as quais uma vez comunicadas ao interessado criam um direito individual exercitável pelo seu titular, e tutelável judicialmente. Tanto mais quando essas diretrizes não conflitam com qualquer norma existente ao tempo de sua expedição. E assim é porque a lei posterior não tem o condão de invalidar atos precedentes geradores de direito subjetivo para o seu beneficiário. Daí a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (art. 153, § 3º). No caso em exame o ato jurídico do condomínio horizontal foi praticado em obediência às diretrizes da Prefeitura e por isso não pode ser recusado pela mesma Prefeitura, sob pena de infringir o ato jurídico perfeito, gerador de direito adquirido. Também não é lícito à Prefeitura indeferir loteamento a pretexto de aguardar uma futura lei. Assim já decidiu o Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nestes termos:

"Sem prévia lei ou decreto municipal a definir as normas de loteamento e zoneamento urbano é ilegal o ato administrativo que indefere loteamento. O poder discricionário da Administração não pode ser confundido com o simples arbítrio" (2º TA-Civil-SP, Rev. Tribs. 488/163).

14. Finalmente, quanto à disposição constante do art. 4º, § 2º do projeto do Executivo a ser convertido em lei, não pode operar retroativamente, e, além disso, a imposição nele consignada da transferência compulsória e automática das áreas livres do empreendimento ao domínio público do Município, ultrapassa a competência municipal para legislar a respeito, pois que, como já se demonstrou, a alienação de imóveis não é disciplinável pela lei local. Só a norma federal, a exemplo do que fez a Lei 6.766/79 (art. 22), reproduzindo disposição idêntica a do Decreto-Lei 58/37 (art. 3º) e do Decreto-Lei 271/67 (art. 4º), poderá estabelecer a transferência das vias públicas e dos espaços livres do loteamento convencional, agora regido pela citada Lei.

15. Acresce, ainda, que nos denominados "loteamentos fechados" ou "condomínios residenciais fechados, em plano horizontal" como o chama o Projeto de Lei em exame, não há vias públicas, nem áreas públicas de recreação. Todo espaço contido no perímetro do loteamento é propriedade particular, de uso exclusivo dos condôminos ou de uso comum do condomínio. Nunca, de uso público da Municipalidade ou de uso comum do povo, como são as ruas e praças nos loteamentos convencionais regidos pela Lei federal 6.766/79. Diversamente, nos loteamentos fechados, as vias de circulação interna e os espaços livres não caem no domínio público, pois são áreas privativas do condomínio e de utilização restrita dos condôminos.

16. Pondere-se, ainda, que a disposição do § 2º do art. 4º do Projeto do Executivo é incongruente quando diz que as áreas livres "deverão ter acesso independente do sistema viário do condomínio". Ora, se o condomínio não tem ruas públicas, mas

sim **vias internas**, como também não tem praças ou áreas livres **públicas**, mas tão-somente para uso privativo de seus moradores, impossível é que tais vias e áreas passem ao domínio do Município, como bens de uso comum do povo na classificação legal do Código civil (art. 66, I). Essas vias e áreas são e continuam sendo bens particulares, idênticos aos que integram o condomínio de apartamentos regido pela Lei 4.591/64, que é também aplicável ao condomínio dos loteamentos fechados, por expressa determinação do Decreto-Lei 271/67 (art. 3º, §§ 1º e 2º). A lei municipal não pode alterar os mandamentos da lei federal, quando esta dispõe sobre matéria de direito civil, privativa da União (Const. Fed., art. 8º, XVII, **b**).

IV — CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA

17. Diante das ilegalidades apontadas na apreciação do requerimento da Consulente é perfeitamente cabível o mandado de segurança, uma vez que a conduta do Prefeito — omitindo-se no despacho, depois exigindo a transferência das áreas livres para o domínio público municipal, e desconhecendo a validade das diretrizes expedidas pela própria Prefeitura para a realização do loteamento fechado — violou direito líquido e certo da requerente, qual seja, o de ver aprovado o condomínio horizontal admitido pela Lei Federal 4.591/64 (art. 8º) e planejado em conformidade com as diretrizes municipais. Essa conduta do Prefeito é manifestamente abusiva e lesiva do patrimônio da Consulente, que está sendo impedida de dar a uma gleba urbana a sua normal utilização, que é o estabelecimento do condomínio horizontal para a subsequente edificação residencial, em conformidade com o zoneamento e as diretrizes da própria Prefeitura.

18. O "mandamus" é a via hábil para remover a omissão da autoridade nos despachos de sua competência, como também para impedir lesão ao direito do impetrante nos atos por ela praticados com ilegalidade ou abuso de poder. Quanto à omissão, a jurisprudência é pacífica no admitir a segurança para que a autoridade omissa pratique o ato ou profira o despacho a que o impetrante tem direito. É o que vem decidindo a nossa Justiça, desde o Supremo Tribunal até as Cortes Estaduais (cf. STF, Rev. Dir. Adm. 70/191, Rev. Trim. Jur. 50/154, 53/637, Rev. Tribs. 497/247 — TFR, Rev. TFR 31/93, Rev. Proc. Geral RJ 3/241 — TJSP, Rev. Dir. Adm. 113/179, Rev. Tribs. 278/409, 333/120 — TJPR, Rev. Tribs. 272/670, 277/773. Neste ponto merecem transcrição dois julgados que abordam precisamente situações idênticas às desta consulta:

"Não pode o Prefeito Municipal fugir à obrigação funcional de resolver requerimentos que lhes são dirigidos" (1º TASP, Rev. Tribs. 327/528).

"A parte que requer tem direito a uma decisão da autoridade administrativa. A ausência não justificada de despacho também caracteriza ato de autoridade no sentido da lei ou conduta omissiva, caso típico do descumprimento do dever legal, lesivo "uti singuli" e sujeito à correção judicial, através de mandado de segurança" (TFR, Tribunal Pleno, mand. seg. 89.194-DF, in DJU de 01/07/1980).

19. Além da omissão de despacho no requerimento da Consulente, há dois outros atos manifestamente ilegais e lesivos de direito, decorrentes da conduta do Prefeito, e tais são o de negar validade às diretrizes fornecidas pela Prefeitura e o de exigir a transferência de áreas particulares do condomínio para o patrimônio da Municipalidade. Por essa conduta ilegal e lesiva o Chefe do Executivo local poderá vir a ser responsabilizado pessoalmente pelos prejuízos causados à Consulente em razão de seu abuso de poder administrativo.

V — RESPOSTAS AOS QUESITOS

20. Assim examinada a consulta, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinentes à espécie, passamos a responder conclusivamente aos quesitos formulados pela Consulente, na seguinte conformidade:

Ao 1º quesito

Desde que a Consulente elaborou o projeto de seu condomínio residencial em conformidade com as diretrizes expedidas pela Prefeitura Municipal de Campos do Jordão, tem direito subjetivo, líquido e certo, de ver aprovado o referido projeto, consoante às normas legais vigentes na data em que foi protocolado o pedido. Assim sendo, é **ilegal** a paralisação do requerimento na Prefeitura para aguardar a aprovação de lei futura, consoante a informação expressa no Ofício nº 1.948, de 18 de novembro de 1981.

Ao 2º quesito

Não. A superveniência de uma Lei conflitante com as diretrizes fornecidas anteriormente pela Prefeitura não invalida nem altera o direito adquirido da Consulente, de realizar o condomínio residencial em conformidade com as mencionadas diretrizes, mesmo porque tal lei não poderá ser aplicada retroativamente.

Ao 3º quesito

Não. A exigência contida no § 2º do art. 4º do projeto de Lei de iniciativa do Prefeito não é legal, na parte em que impõe à Consulente a transferência das áreas livres do condomínio ao Município, porque essa matéria (alienação de área) não é da competência municipal, e sim da União, por expressa reserva constitucional (art. 8º, XVII, **b**), e já está regulada pela Lei Federal 4.591/64, aplicável a esse condomínio por força do art. 3º do Decreto-Lei 271/67. Além disso, tal exigência contraria as normas do condomínio horizontal, em que todas as áreas são particulares, não admitindo, portanto, qualquer área pública no seu perímetro.

Ao 4º quesito

Sim. A omissão do Prefeito ou o indeferimento da aprovação do plano condominial elaborado em conformidade com as diretrizes da Prefeitura é ilegal e lesivo de direito subjetivo, líquido e certo, da Consulente, pelo que enseja mandado de segurança para a sua correção judicial.

É o nosso parecer, s. m. j.

SÃO PAULO, 4 de janeiro de 1982.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

13º SALÁRIO

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Doutor em Sociologia
Professor no Curso de Pós-Graduação em Sociologia e Ciências Políticas da UFRGS
Professor de Sociologia no curso de Pós-Graduação em Sociologia da PUCRS

PARECER Nº 5.031

CONCESSÃO DO 13º SALÁRIO AO FUNCIONALISMO MUNICIPAL.

Exigência de prévio provimento legal.
Iniciativa privativa do Chefe do Executivo Municipal.

Distinção entre regime funcional e celetista.

Vem a exame desta Procuradoria-Geral expediente em que o Vereador RUDI ERVINO KIRCHOFF, de Vicente Dutra, consulta sobre o Projeto de Lei nº 354/82 encaminhado à Câmara pelo Prefeito Municipal daquela Comuna.

Trata-se, no caso, do estabelecimento de uma bonificação de Natal ao funcionalismo público municipal, do Quadro Permanente de Cargos e Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas.

Indaga o Vereador da validade jurídica do projeto, especialmente no que diz respeito ao efeito retroativo, abrangendo o exercício de 1981.

É o relatório.

A bonificação de Natal, ou gratificação natalina, ou 13º salário, é uma figura típica do Direito do Trabalho aplicável, em princípio, aos trabalhadores submetidos a uma relação de emprego.

Possivelmente, daí decorre a primeira dúvida do consulente quanto à viabilidade de estender-se o benefício aludido aos funcionários públicos regidos, de regra, pelo regime estatutário e não pelas normas justralhistas.

De fato, a orientação administrativa com relação ao regime jurídico dos prestadores de serviço público tem sofrido acentuada inflexão, sob influência de uma visão privatista que assolou a administração pública.

A indicação do novo enfoque parece ter partido do próprio Governo da União, que, através de várias etapas da sua reforma administrativa, chegou, num momento de paroxismo, a prever como estatutárias tão-só as atividades de segurança e defesa (interna e externa), prestação da justiça, arrecadação e representação diplomática.

As demais, embora cada vez mais numerosas e complexas, abandonariam o regime específico da função pública (estatuto) e passariam a subordinar-se ao ordenamento da CLT.

Inobstante ferir a orientação doutrinária dominante no Direito Administrativo Comparado, tal orientação escudou-se na mística da eficácia administrativa, atribuído considerado monopólio da empresa privada e do regime jurídico aplicável aos seus empregados.

No caso das municipalidades, veio somar-se um outro aspecto a este conjunto de circunstâncias: a tentativa de transferir o ônus do pagamento das aposentadorias a seu pessoal.

Passando-os para o regime do Direito do Trabalho, e subordinando-os à contribuição para a Previdência Social, transferiam para o INPS os encargos das inatividades.

De igual modo, as despesas com assistência médica desapareciam, uma vez que tal serviço ficava a cargo do INAMPS.

A única desvantagem, em termos pecuniários, consistia na obrigação de pagamento do 13º salário.

A partir de 1º de novembro de 1979, contudo, com a entrada em vigor da nova lei federal de reajustamentos salariais semestrais, tornou-se, progressivamente, mais onerosa a sustentação da folha de pagamento dos servidores municipais.

Tanto mais, quanto cargos de natureza permanente da função pública, e até condutores políticos (como a situação dos Secretários Municipais), tiveram seu regime jurídico transmutado para a abrangência das normas justralhistas.

Ao mesmo tempo, pressões locais crescentes dos funcionários que remanesciam demandavam a aplicação do 13º salário aos prestadores estatutários de serviços públicos.

Esta alternativa é, perfeitamente, viável desde que exista prévia autorização legal.

Neste sentido, o projeto de lei em discussão é, juridicamente, aceitável e pode merecer a aprovação do legislativo municipal, se assim o achar conveniente.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal em acórdão do Pleno, exarado no Recurso Extraordinário nº 80.059, de 09 de abril de 1975, acolheu a tese de que a gratificação natalina instituída por lei local não ofende o artigo 13, V, da Carta Magna de 1969.

O resultado de medidas dessa natureza, não obstante, é a mescla crescente de disposições estatutárias e celetistas, aumentando a aproximação dos dois regimes.

Restam, entretanto, algumas diferenças substanciais no que respeita ao ingresso, permanência e afastamento do serviço público.

No regime trabalhista, prevalece a relação contratual de emprego entre as partes, ainda que protegida pelo Direito Social.

No regime estatutário, prevalece a relação institucional da função pública, regida pelo Direito Administrativo.

A aplicação de um ou de outro desses regimes vai depender de uma distinção que se tornou basilar na orientação desta Procuradoria-Geral do Estado.

Seguindo a boa doutrina, elaborou-se a seguinte classificação:

1 — As funções compreendidas no serviço permanente do Estado, e que constituem conteúdo ocupacional de cargo público hão de ser exercidas por funcionário público.

É vedada a contratação de pessoal para o desempenho de tais funções.

2 — O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou contratados para funções de natureza técnica especializada, é o do Direito do Trabalho.

Ficou, desta forma, afastada a contratação trabalhista para o exercício de funções contidas nas atribuições de cargos públicos.

Tal foi a orientação, apoiada em farta doutrina, e consagrada por esta Casa, tanto através do Parecer nº 4.034, da lavra do Procurador do Estado JORGE ARTHUR MORSCH, quanto ao Ofício Gab. nº 535, de 1980, firmado pelo Procurador-Geral do Estado MÁRIO BERNARDO SESTA.

Referentemente à retroatividade do benefício, embora desaconselhável, não é a mesma vedada legalmente.

Em realidade, ao estabelecer a Lei nº 4.320/64, que trata das normas financeiras do orçamento público, o princípio da universalidade e da anualidade do orçamento, não desceu ao detalhe de cada benefício, de cada pagamento, mas fixou-o para as rubricas gerais.

Assim, a verba de pessoal ou de material de consumo, ou de equipamentos e instalações é que deverão ser previstas para o exercício administrativo correspondente ao ano civil.

Havendo recursos nessas rubricas poderão ser pagas vantagens retroativas, incluindo-se "restos a pagar".

Não conviria, de qualquer forma, que a gratificação em epígrafe tivesse efeitos pretéritos, de vez que as normas legais devem, em princípio, vigir para o futuro.

Oirimida a questão básica pertinente, concluímos:

1. Pode o Executivo Municipal instituir a bonificação natalina (13º salário), desde que aprovado o projeto de lei, nos termos regimentais, pela Câmara de Vereadores.

2. Há de se atentar, no regime jurídico aplicável aos servidores, para a divisão entre funções permanentes (características do conteúdo de cargo público) cabíveis aos funcionários, com suas garantias e deveres de natureza estatutária, das atribuições temporárias ou especializadas, regidas pelas normas trabalhistas.

Este é, S.M.J., o parecer.

PORTO ALEGRE, 13 de agosto de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.031, da lavra do Procurador do Estado, Ooutor JOSÉ HUGO CASTRO RAMOS.

Restitua-se o expediente ao ilustre consulente.

Em 13-08-1982.

MARIO BERNARDO SEXTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES

CAIO LUSTOSA
Procurador do Estado Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.598

LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES.

Funcionário municipal.
Ilegalidade de novas concessões antes de decorrido o interregno estatutário.

Atos nulos. Invalidação.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE HORIZONTINA formula a esta Procuradoria-Geral consulta sobre a situação funcional de servidor que, nomeado em 1º de abril de 1955, foi efetivo até 1º de junho de 1973 e, desde então, entrou em gozo de licença para tratar de interesses particulares. O licenciamento deu-se através de portaria, de início por dois anos; prorrogado, por Lei Municipal de nº 505, de 07 de maio de 1975, por quatro anos; e, a partir de 05 de abril de 1979, nos termos de nova Lei Municipal sob nº 622, por mais quatro anos. Esclarece que tramita na Câmara, Projeto de Lei nº 442, de 09 de outubro de 1980, visando a revogar o art. 2º do último diploma referido e que assegura ao servidor "o regresso à Prefeitura" (após os derradeiros quatro anos de licença) "sem prejuízo de sua estabilidade". O expediente, instruído com certidão (nº 59/80) de tempo de serviço do funcionário, cópias de portarias de licença e dos textos das leis municipais aludidas, bem como do projeto de lei nº 442, pleiteia, a final, "parecer sobre a legalidade e constitucionalidade acima".

É o relatório.

Inquestionável é a competência dos municípios para organizar os seus quadros funcionais e dispor sobre os direitos e deveres de seus integrantes, desde que obedecidos os parâmetros constitucionais (art. 13, da Constituição Federal). Consoante o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, os diplomas municipais, pertinentes a funcionalismo, "**podem consignar outras restrições e vantagens, além das previstas na Constituição da República para os funcionários em geral, desde que atendam ao interesse público e não somente a conveniências pessoais dos funcionários**" (autor cit. — "Direito Municipal Brasileiro", 3ª ed., p. 679, Ed. RT).

Ora, o Município de Horizontina, de onde emana a presente consulta, editou a Lei Municipal nº 453, de 30 de abril de 1973, que "*dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Horizontina*". E ali consignou, no art. 108, que o "*funcionário estável poderá obter licença para tratar de interesse particular, sem vencimentos e por período não superior a dois anos*". Preceituando, expressamente, no art. 111, que "*o funcionário não poderá obter nova licença para tratar de interesse particular antes de decorridos 2 anos do término anterior*".

Na espécie sob exame, o que se verifica? Que o servidor, admitido em 1º de abril de 1955 e efetivado em 6 de novembro de 1958, esteve em pleno exercício de suas funções até 1º de junho de 1973, quando lhe foi concedida uma primeira licença para tratar de interesse particular, pelo prazo de dois anos. Ultimada esta, obteve, através de lei municipal, em 7 de maio de 1975, mais quatro anos de licença, para o mesmo fim, e, em 5 de abril de 1979, outros quatro anos, também, como "*dilatação de licença*".

Sem qualquer esforço de argumentação, evidencia-se que já a primeira prorrogação da aludida licença vulnerou flagrantemente o disposto no antes referido artigo 111, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Horizontina. Isso porque sem mesmo decorrer um só dia do término da primitiva licença (e o Estatuto exige um interregno de, no mínimo dois anos), o servidor logrou obter uma nova licença de quatro anos, sem suporte legal, para tratar de interesse particular, dilata da, ao depois, por outro período sucessivo de igual duração.

É de se concluir, pois, que as duas "*dilatações*" de licença feriram frontalmente o precitado dispositivo estatutário municipal. Tratam-se, assim, de atos nulos, incapazes de gerar quaisquer direitos ao seu destinatário e passíveis de serem revistos pela própria administração, como está expresso na súmula nº 473, do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Na hipótese, ainda que as prorrogações de licença tenham sido concedidas por via de leis municipais, estas figuram entre as chamadas de "*efeitos concretos*" e podem ser invalidadas por procedimento comum; ao contrário dos autênticos atos legislativos, que só perdem sua eficácia mediante proclamação judicial (Cf. HELY LOPES MEIRELLES, "*Direito Administrativo Brasileiro*", 4ª ed., RT, p. 670).

Ademais, o procedimento da Câmara Municipal de Horizontina, em prodigalizando licenças ao arrepio da lei que ela própria editou para os servidores do município, atenta claramente contra o princípio da isonomia (art. 153, § 2º, da C.F.). Como bem argumenta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "*não se podem interpretar como desigualadas legalmente certas situações, quando a lei não haja assumido o fator tido como desequilibrador*". Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar". (Autor cit. — "*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*", ed. RT, 1978, p. 57).

Infere-se de todo o exposto, que a Câmara, agora, não só pode como deve invalidar as duas "*dilatações*" de licença. E nem é de se facultar o regresso do servidor, "*no período que mais lhe aprouver*" (como diz o Projeto do Decreto-Lei nº 442, de 9 de outubro de 1980, ora em tramitação); mas de se lhe fixar, a partir da decisão invalidatória, o prazo, definido em estatuto, para que reassuma, sob pena de incidir, até mesmo, em abandono de cargo.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 20 de janeiro de 1981.

ACOLHO as conclusões do Parecer nº 4.598, da lavra do Procurador do Estado, Doutor CAIO LUSTOSA.

Restitua-se o expediente à Egrégia Câmara Municipal de Horizontina.

Em 20.01.1981.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

MARIA IZABEL RIBEIRO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 4.809

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. COBRANÇA.

Não é lícito ao Município atribuir-se mais valia imobiliária de pessoa jurídica pública, no caso, o Estado.

Interpretação do artigo 18, item II, da Constituição Federal em cotejo com o artigo 2º e 3º, § 3º do Decreto-Lei nº 195/67, editado a nível de Lei Complementar.

Cogitando-se de bens imóveis públicos, porque sujeitos a um regime jurídico especial, não incidem as normas relativas à Contribuição de Melhoria.

Em exame o Processo PGE nº 1289/81 através do qual a PREFEITURA MUNICIPAL DE FREDERICO WESTPHALEN solicita a concordância da Secretaria da Agricultura do Estado para pagamento de serviços de pavimentação efetuados naquele Município, em rua onde funciona a Agência Regional e Escritório de Terras Públicas do Departamento de Comandos Mecanizados.

Tratando-se da exigência de um tributo da espécie contribuição de melhoria e sendo o Município uma pessoa jurídica de direito público, pronunciou-se a Assessoria Jurídica da Secretaria da Agricultura no sentido de haver impedimento de ordem constitucional para a cobrança do referido tributo entre entes públicos.

Posteriormente, foi sugerida a remessa do expediente a esta Procuradoria-Geral para um exame mais profundo a respeito do problema suscitado.

Após ter sido juntada, por solicitação do Coordenador da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, fotocópia da Lei Municipal que instituiu a Contribuição de Melhoria no Município de Frederico Westphalen, o processo foi distribuído para ser emitido parecer a respeito.

É o relatório.

Questiona-se, no expediente, se é lícito ao Município atribuir-se mais valia imobiliária de pessoa jurídica pública, no caso, o Estado.

Antes de abordar a questão colocada, faz-se necessário invocar a orientação mais atual do Supremo Tribunal Federal a respeito do tributo a ser exigido na hipótese de pavimentação de via pública.

Durante certo tempo a Suprema Corte do País julgou ser possível a utilização alternativa de taxa ou contribuição de melhoria para a recuperação de gasto público.

No entanto, já em 1972, no julgamento do RE nº 71.012-PR, foi acolhido o voto do Ministro BILAC PINTO no sentido de que a pavimentação de estrada identifica o tributo com a espécie contribuição de melhoria (Revista Trimestral de Jurisprudência. Brasília (61) 160, março, 1973).

Mais recentemente, porém, vem se fixando o entendimento segundo o qual, nos casos em que cabe a imposição da contribuição de melhoria, não tem o Poder Público opção de instituir, alternativamente, taxa remuneratória (RE nº 87.926, SP. Em 25 de abril de 1978. Juriscível do STF, Brasília (65): 135-138, maio, 1978; RE nº B7.604, SP. Em 21 de fevereiro de 1979. Revista Trimestral de Jurisprudência. Brasília (89): 594-599, 1979; RE nº 90.090, SP. Em 18 de abril de 1980. Tribuna da Justiça, p. 6.411).

Já o Decreto-Lei nº 195, de 24 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a cobrança do referido tributo, incluiu no suporte fático de seu artigo 2º, item I, a pavimentação de praças e vias públicas entre as obras que dão causa à cobrança da contribuição de melhoria.

Segundo o disposto nesse artigo e o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, justifica-se a cobrança a título de contribuição de melhoria dos imóveis valorizados pela obra pública realizada pelo Município de Frederico Westphalen, ou seja, pavimentação de rua.

A exigência do tributo por parte do Município supõe que tenha havido lei local instituidora do mesmo, e, igualmente, a observância das formalidades legais necessárias.

A necessidade da instituição do tributo a nível municipal se faz sentir em obediência ao princípio da legalidade estatuído nos artigos 19, item I e 153, § 29, da Constituição Federal.

No entanto, resta saber, conforme indagação antes proposta, se o Município pode atribuir-se mais valia imobiliária do Estado.

Conforme acentua BILAC PINTO em sua brilhante monografia sobre a contribuição de melhoria:

"Nos Estados Unidos não constitui princípio pacífico o da isenção do 'special assesment', para os bens públicos. A questão é, ao contrário, tormentosa, pronunciando-se sobre ela, freqüentemente, os tribunais". ("Contribuição de Melhoria", Ed. Revista Forense. Rio de Janeiro, p. 174).

A resposta ao questionado requer uma análise da legislação do país pertinente a esse tributo, enquanto visto com sua característica especial, "sui generis", distinto da taxa e do imposto.

É do autor mencionado o clássico conceito dessa espécie tributária:

"Contribuição de Melhoria é o pagamento obrigatório decretado, exclusiva ou concorrentemente, pelo Município, pelo Estado e pela União, em razão da valorização produzida em imóvel do contribuinte, por obra pública realizada após sua audiência, e cujo montante não pode ultrapassar com o custo da obra, nem o valor do benefício". (op. cit. p. 7).

Existindo há muito tempo nos Estados Unidos sob o nome de "special assesment", foi esse instituto introduzido em nosso país através do artigo 124 da Constituição Federal de 1934, que dispunha:

"Art. 124 — Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração, que as tiver efetuado, poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria".

Após ter sido omitida pela Constituição Federal de 1937, foi a contribuição de melhoria admitida pelo artigo 30 da Constituição Federal de 1946:

"Art. 30 — Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar:

I — contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas,

.....
Parágrafo único — A contribuição de melhoria não poderá ser exigida em limites superiores à despesa realizada, nem ao acréscimo de valor que da obra decorrer para o imóvel beneficiado".

A Lei nº 854, de 10 de outubro de 1949, foi o primeiro diploma federal a regular a cobrança da contribuição de melhoria pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, na qualidade de norma geral de Direito Financeiro.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 18, de 10 de dezembro de 1965, considerou-a, em seu artigo 19, tributo específico.

O Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que entrou em vigor a 1º de janeiro de 1967, previu a contribuição de melhoria em seus artigos 81 e 82.

Em 24 de fevereiro de 1967 foi editado o Decreto-Lei nº 195, dispondo sobre a cobrança da contribuição de melhoria e revogando a Lei nº 854/49, já mencionada.

A Constituição do Brasil, promulgada em 24 de janeiro de 1967 e vigendo a partir de 15 de março de 1967, preceituou a respeito do referido instituto.

"Art. 19 — Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar:

.....

III — Contribuição de melhoria aos proprietários de imóveis valorizados pelas obras públicas que os beneficiaram.

.....

Parágrafo 3º — A Lei fixará os critérios, os limites e a forma de cobrança da contribuição de melhoria a ser exigida sobre cada imóvel, sendo que o total da sua arrecadação não poderá exceder custo da obra pública que lhe der causa".

Atualmente, a Constituição Federal de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 estabelece:

"Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

.....

II — contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado".

No caso em exame, se há de fazer referência à Lei nº 754, de 23 de dezembro de 1977, do Município de Frederico Westphalen, instituidora do tributo a nível municipal.

É imprescindível cotejar o suporte fático do artigo 18, item II, da Constituição Federal, retrotranscrito, com o artigo 2º e 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 195/67.

"Art. 2º — Será devida a contribuição de melhoria, no caso de valorização de imóveis de propriedade privada, em virtude de qualquer das seguintes obras públicas." (grifamos).

"Art. 3º —

§ 3º — A contribuição de melhoria será cobrada dos proprietários de imóveis do domínio privado, situados nas áreas direta e indiretamente beneficiadas pela obra." (grifamos).

Verifica-se que enquanto a Constituição Federal prevê a arrecadação da contribuição de melhoria dos "proprietários de imóveis", este último diploma legal enuncia de forma expressa que o referido tributo será devido no caso de valorização de imóveis de "propriedade privada".

Estaria referido Decreto-Lei restringindo o âmbito de incidência da contribuição de melhoria, criando hipótese diversa daquela referida na Constituição Federal, e, portanto, estar eivado de inconstitucionalidade?

Parece não haver dúvida quanto à hierarquia de Lei Complementar a ser conferida ao Decreto-Lei 195/67, lei federal de normas gerais sobre direito financeiro.

Mas só ele fixou critérios, limites e forma de cobrança da contribuição de melhoria, aplicável à União, Estados e Municípios, como também regulou limitação ao poder de tributar, conforme o disposto no artigo 18, § 1º, da Constituição Federal, a seguir transcrito:

"Lei Complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar".

PONTES DE MIRANDA comenta esse dispositivo:

"Quanto à contribuição de melhoria não só o artigo 18, § 1º, permite à lei complementar fixar os critérios, os limites e a forma de cobrança, em se tratando de imóvel, como também criou limitações constitucionais". ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", v. II, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., 1973, p. 384).

No sentido de que os Municípios ao instituir a Contribuição de Melhoria, devem observar o Decreto-Lei 195/67, com força de lei complementar, opina JDSE AFDN-SO DA SILVA:

"Ao instituí-la, têm os Municípios que observar a lei complementar que estabeleceu normas gerais de direito tributário a ela relativa, que é hoje o Decreto-Lei n.º 195, de 24 de fevereiro de 1967". (grifamos) ("Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais", Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1978, p. 133).

Conforme parecer de MOACIR ANTONIO MACHADD DA SILVA, da Procuradoria-Geral da República, emitido por ocasião do RE n.º 84.543-SP, entre outros aspectos, frisou-se que:

"As regras dos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional e o Decreto-Lei 195/67, porém, devem ser observadas pelos Municípios, porque têm o caráter de normas gerais de direito tributário, previstas no artigo 18, § 1.º, da Constituição Federal". (Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília (85): 584, agosto, 1978).

Por igual, o entendimento da Consultoria-Geral da República, em trecho do parecer de seu Consultor-Geral, PAULO CÉSAR CATALDO, ao se referir às "normas gerais do Decreto-Lei 195, de 1967". (Diário Oficial da União, Brasília, 16 de junho de 1981, p. 11.309).

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou nesse mesmo sentido através do voto proferido pelo Ministro DÉCIO MIRANDA, Relator no RE n.º 90.090, SP:

"Ao dispor sobre a cobrança da Contribuição de Melhoria, o Decreto-Lei n.º 195, de 24 de fevereiro de 1967, lei federal de normas gerais sobre direito financeiro, assentou no artigo 2.º, que será devida a Contribuição de Melhoria, no caso de valorização de imóveis de propriedade privada". (Supremo Tribunal Federal. RE n.º 90.090. SP. Segunda Turma. Em 18 de abril de 1980).

Por igual, o voto proferido pelo Ministro MOREIRA ALVES, Relator no julgamento do RE n.º 84.543. SP. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília (85): 581-589, agosto, 1978, p. 585:

"Assim sendo, não houve a observância das normas gerais de direito tributário (artigo 18, § 1.º da Emenda Constitucional n.º 1/69)".

Prospera, pois, o entendimento a favor da Constitucionalidade do Decreto-Lei 195/67, que editado a nível de Lei Complementar, se impõe aos Estados e Municípios.

Dessa forma, a expressão "proprietários de imóveis" empregada na Constituição Federal, há de ser interpretada como abrangendo, implicitamente, somente a propriedade privada, tal como regida no Direito Civil.

Ao comentar o artigo 1B, item II, da Constituição Federal, relativo à contribuição de melhoria, escreve MANDEL GDNÇALVES FERREIRA FILHO:

"Esta modalidade tributária se caracteriza por configurar uma verdadeira indenização, ainda que parcial, de obra pública de que resulte benefício individualizável, especificamente valorização de bem particular" ("Comentários à Constituição Brasileira — Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969", v. 1, ed. Saraiva, São Paulo, 1972, p. 159 — grifamos).

No mesmo sentido, ALIDMAR BALEEIRO:

"Contribuição de melhoria... meio fiscal de recuperação do enriquecimento advindo a imóveis de particulares por efeito direto de obras públicas nas zonas onde eles se acham situados". (op. cit. p. 365) ("Direito Tributário Brasileiro". Forense. Rio de Janeiro. 10.ª ed. p. 365).

Embora tratando-se de hipótese diversa, ou seja, Município cobrando contribuição de melhoria de empresa pública, o Tribunal Federal de Recursos julgou no sentido de que só é exigível o referido tributo no caso de valorização de imóveis de propriedade privada (Apelação Cível n.º 66.237 — MG. Em 17 de junho de 1981. Diário da Justiça da União, 13 de agosto de 1981).

O Supremo Tribunal Federal acolheu essa mesma orientação através do voto proferido pelo Relator Ministro LEITÃO DE ABREU, no RE n.º 83.516 — SP, em 29 de setembro de 1978, quando restabeleceu a sentença quanto à sua conclusão.

Conforme consta no relatório:

"Discute-se sobre a chamada taxa de pavimentação. A sentença, considerando a contribuição de melhoria, cuja cobrança só cabe de proprietário de imóvel do domínio privado, situado nas áreas direta e indiretamente beneficiadas pela obra; julgou improcedente a ação ajuizada pelo Município de Santos, dada a constituição da Rede Ferroviária Federal S.A. por capitais públicos." (O Recurso Extraordinário foi conhecido e provido unanimemente, nos termos do voto do Ministro Relator. Revista Trimestral de Jurisprudência, (90): 162 — 165, outubro, 1979).

Logo, a contribuição de melhoria é apreciada, levando-se em consideração a ocorrência do fato gerador, obra pública mais valorização da propriedade privada.

Segundo JOSÉ AFONSD DA SILVA:

"(...) havendo norma expressa municipal que autorize a cobrança da contribuição e o Município resolve pavimentar vias públicas efetivamente o faz, e isso valoriza os imóveis particulares, aí está a situação jurídica específica — fato gerador — que cria para os proprietários de prédios beneficiados a obrigação de pagar, cada um, determinada quantia em dinheiro, a título de contribuição de melhoria". (op. cit., p. 149).

Dispõe o artigo 1º, do Decreto-Lei 195/67:

"Art. 1º — A Contribuição de Melhoria, prevista na Constituição Federal, tem como fato gerador o acréscimo do valor do imóvel localizado nas áreas beneficiadas direta ou indiretamente por obras públicas"

Ensina RUY BARBOSA NDGUEIRA que consoante a natureza de cada tributo, ou seja, os elementos do fato gerador constitutivos de cada um, também se diferenciam os elementos que precisam ser apreciados por ocasião da interpretação da respectiva lei. Ao estruturar cada tributo, a lei convocou elementos ou pressupostos de diferentes campos. Há em cada tributo certa predominância estrutural, sendo, por isso, decisivo, para a boa interpretação, a apreciação dos elementos que preponderaram na formulação desse mesmo tributo.

"Portanto, queremos chamar atenção para este aspecto: há impostos cuja natureza estrutural está mais ligada a **categorias econômicas**, outras a **categorias jurídicas**, outras a **categorias tecnológicas**, etc.". (grifamos) ("Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias". (Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2ª ed. 1965, p. 73).

A relação jurídica tributária, conforme acentua GERALDD ATALIBA, tem por objeto "levar aos cofres públicos a expressão econômica dessa valorização, total ou parcialmente, na medida da lei aplicável ao caso concreto. Vê-se, pois, que esse tributo **onera a valorização**, se assenta sobre a **mais valia** verificada na propriedade particular. O **objeto** da tributação é a **repercussão econômica** da obra pública no imóvel privado". (JOSÉ GERALDO ATALIBA NOGUEIRA. Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p. 105).

Atendendo-se a esse aspecto econômico, encontra-se no enriquecimento sem causa, entre os diversos fundamentos buscados à Contribuição de Melhoria, aquele que parece ser o mais correto.

Conforme ALIOMAR BALEEIRO:

"A contribuição de melhoria oferece matiz próprio e específico: ela não é a contraprestação de um serviço público incorpóreo, mas a

recuperação do enriquecimento ganho por um proprietário em virtude de obra pública concreta no local da situação do prédio. Daí a justificação do tributo pelo princípio do enriquecimento sem causa, peculiar ao Direito Privado". (op. cit., p. 359).

No mesmo sentido pronuncia-se BILAC PINTO:

"Investigando-se a formação legislativa da contribuição de melhoria, encontramos, assim, como o seu princípio informativo direto o do enriquecimento injusto". (op. cit., p. 10).

Igual justificação do tributo encontram HELY LOPES MEIRELLES e JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"Essa larga conceituação, com a qual se conforma nosso direito positivo, demonstra que a justificação da contribuição de melhoria se encontra no princípio do enriquecimento sem causa, provocado por uma função pública administrativa que traz um benefício especial para o contribuinte e por um gasto determinado realizado pelo Poder Público". (Revista de Direito Público, São Paulo (16): 362-375, abr. jun. 1971, p. 365).

Destina-se, pois, essa espécie tributária a corrigir o enriquecimento injusto do patrimônio do particular, em detrimento da coletividade que a expensas próprias realizou a obra pública e produziu a mais valia imobiliária.

A natureza desse instituto, ora fundamentado, com respaldo doutrinário, no enriquecimento sem causa, tendo em vista a repercussão econômica da obra pública no imóvel privado, afasta, por igual, os bens públicos do âmbito de incidência das normas a ele relativas, em razão de certas peculiaridades afetas ao regime jurídico especial a que eles estão submetidos.

Segundo lição de RUY CIRNE LIMA:

"Consiste o regime especial do domínio público, do patrimônio administrativo e, ainda, segundo vimos, do patrimônio fiscal na tríplice regulamentação da sua **inalienabilidade**, **imprescritibilidade** e **impenhorabilidade**". (grifamos). ("Princípios de Direito Administrativo". Sulina, Porto Alegre, 1964, p. 7B).

Justificando essa extensão do regime especial aos bens do patrimônio fiscal, assinala o mesmo autor:

"(...) por isso que o patrimônio fiscal é imediatamente aplicado à administração pública, para custeio de cujos serviços as rendas ou produto de alienação dos respectivos bens contribuem, depois de incorporados aos recursos da receita geral do Estado". (op. cit., p. 78).

Salienta o Procurador do Estado, ALMIRO DO COUTO E SILVA, através do Parecer nº 4.564, desta Procuradoria-Geral, que a só presença do Estado como proprietário determina um regime jurídico especial da propriedade, quer os bens que lhe pertençam estejam vinculados imediata ou mediatamente a fins de utilidade pública.

*"Por certo, esse regime não é totalmente distinto do que vigora para a propriedade que toca aos particulares, mas dele difere, precipuamente, no que se relaciona com as **dificuldades que a lei estabelece à disposição desses bens ou à aquisição por terceiros**". (grifamos) (Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Porto Alegre. V. 11, nº 30, p. 59-73, 1981).*

A Procuradoria do Município de Porto Alegre manifestou-se, em parecer de SALVADOR HORÁCIO VIZZOTTO, no sentido de excluir da incidência desse tributo os imóveis pertencentes ao patrimônio público, porque as entidades de Direito Público não têm finalidade lucrativa.

Prosseguindo:

"Portanto, exigir da União, Estados e Municípios a contribuição de melhoria por decorrência da valorização de bens imóveis pertencentes ao seu patrimônio constituiria procedimento inadequado à natureza própria e intrínseca desse tributo, com a frustração dos seus objetivos essenciais, visto que entre outros fundamentos, o instituto da Contribuição de Melhoria evita, em última análise o enriquecimento sem causa". (Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, v. 3, p. 106-110).

Por derradeiro, vem reforçar esse entendimento, a consideração de que o bem excogitado está sujeito ao uso especial.

Conforme informação constante a fls. 5 do expediente em exame, funciona, no prédio estadual, a Agência Regional e o Escritório de Terras Públicas do Departamento de Comandos Mecanizados da Secretaria da Agricultura.

RUY CIRNE LIMA recusa a feição de propriedade dos bens integrados na economia administrativa porque servem ao público direta ou indiretamente. (op. cit., p. 194).

Escreve o mesmo autor:

"Costuma-se dizer que os bens do domínio público, por natureza, e os do patrimônio administrativo por destino, são insuscetíveis de propriedade, quer dizer, de vincular-se, pelo laço de direito real, a uma vontade ou personalidade". (op. cit., p. 75).

Desse modo, estando o bem público vinculado direta ou indiretamente ao serviço da coletividade, parece não ter sentido falar-se em enriquecimento injustificado em detrimento desta, pois são os indivíduos genericamente considerados, os beneficiados com a mais valia imobiliária resultante da obra pública.

Ora, o instituto da Contribuição de Melhoria surge para impedir que certas obras indicadas na lei sejam suscetíveis de beneficiar especialmente determinadas pessoas, valorizando-lhes os imóveis situados em sua área de influência. O ente público pode e deve recuperar-se junto a estes, do custo de tais obras através da exigência da referida espécie tributária.

Em razão do exposto, difícil parece serem aplicados aos bens públicos os princípios informadores do instituto da contribuição de melhoria.

Logo, não é lícito ao Município de Frederico Westphalen atribuir-se mais valia imobiliária do Estado em razão da obra pública realizada.

Em resumo:

A pavimentação de via pública por parte do Município, desde que haja norma municipal autorizando a cobrança da contribuição de melhoria e a conseqüente valorização de imóveis particulares, constitui fato gerador que cria para os proprietários beneficiados a obrigação de pagar o mencionado tributo.

O Decreto-Lei 195/67, editado a nível de Lei Complementar, impõe-se aos Estados e Municípios, independente de sua regulamentação.

Logo, a expressão "*proprietários de imóveis*" empregada no artigo 18, item II, da Constituição Federal, implicitamente se refere à propriedade privada, tal como regida no direito civil.

Deve, pois, referida expressão ser interpretada em consonância com o disposto nos artigos 2º e 3º, § 3º do Decreto-Lei 195/67.

A natureza do instituto da Contribuição de Melhoria, buscada, entre outros fundamentos, no enriquecimento sem causa, atende à repercussão econômica da obra no patrimônio privado, e afasta, conseqüentemente, os bens imóveis públicos do âmbito de incidência das normas que o informam, em razão de peculiaridades afetas ao regime jurídico especial a que estão esses bens submetidos.

Portanto, não se pode falar no enriquecimento sem causa em detrimento da coletividade relativamente aos bens públicos. Estão estes vinculados direta ou indiretamente ao serviço dos indivíduos genericamente considerados, os quais se beneficiam com a mais valia imobiliária resultante da obra pública.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 23 de outubro de 1981.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 4.809, da lavra do Procurador do Estado, Doutora MARIA IZABEL RIBEIRO FONYAT.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Agricultura.

Em 23-10-1981.

MÁRIO BERNARDO SEXTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

SUBSTITUIÇÃO E SUCESSÃO DO PREFEITO

MARILIA DE OLIVEIRA AZEVEDO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.057

PREFEITO. SUBSTITUIÇÃO E SUCESSÃO.

Em caso de vacância do cargo, cabe ao Vice-Prefeito ou ao Presidente da Câmara assumir a chefia do Executivo na qualidade de sucessor.

Desincompatibilização.

O PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE PELOTAS consulta esta Procuradoria-Geral quem deverá substituir o Prefeito em caso de vacância do cargo.

Esclarece o consulente que o Prefeito, bem como o Vice-Prefeito renunciaram aos respectivos cargos, visando a desincompatibilização, posto que são candidatos a cargos eletivos nas próximas eleições.

Por ocasião da vacância assumiu a Prefeitura o Presidente da Câmara.

Deseja agora saber, o consulente, em caso de nova vacância do cargo, quem deverá ocupar a chefia do Executivo Municipal.

2. Face aos termos da Constituição Estadual, o substituto legal do Prefeito é o Vice-Prefeito e, imediatamente, na ordem de sucessão encontra-se o Presidente da Câmara, consoante disposição expressa no artigo 156, § 2º, da Constituição Estadual.

Da mesma forma, a Lei Orgânica de Pelotas dispõe no artigo 57, § 2º:

"Em caso de vaga ou impedimento temporário do Prefeito, assumirá a administração o Vice-Prefeito, ou não o fazendo este, o Presidente da Câmara, até o termo do mandato ou cessação do impedimento."

Na hipótese versada na consulta, o Presidente da Câmara tornou-se sucessor do Prefeito, devendo permanecer no cargo até o fim do mandato.

O seu substituto ou sucessor será o Presidente da Câmara.

Cabe ressaltar, contudo, que a Câmara deverá fazer uma nova eleição para a Mesa, tendo em vista que, atualmente está sendo presidida pelo 1º Vice-Presidente no exercício da presidência.

A nova eleição deverá ser procedida nos termos do Regimento Interno da Câmara que determina, *"desde que se dê vaga de um cargo na Mesa, a eleição do substituto será feita na sessão imediata"*. (artigo 8º).

Em consonância com o disposto no artigo 9º, *"a atual Mesa manter-se-á em exercício até a eleição e posse da que deva substituí-la"*.

O conseqüente, enquanto não for feita a nova eleição para a presidência, o Presidente em exercício é o substituto legal do Prefeito.

3. No que tange às inelegibilidades, é matéria de direito eleitoral tratada especificamente pelo artigo 151 da Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970.

Nos termos da Emenda Constitucional nº 19, de 12 de agosto de 1981, que introduziu alterações no parágrafo único do artigo 151 retrocitado, o substituto ou sucessor do Prefeito, nos seis meses anteriores do pleito torna-se inelegível para qualquer cargo. (§ 1º letra **b** do artigo 151).

Assim sendo, o Presidente da Câmara que venha a substituir o Prefeito nos seis meses anteriores ao pleito é inelegível.

ISTO POSTO, respondemos:

a — O substituto legal do Prefeito, em caso de impedimento temporário ou vacância do cargo, é o Vice-Prefeito, e, na falta deste, o Presidente da Câmara, nos termos do artigo 156 da Constituição Estadual.

b — O Presidente da Câmara que venha a suceder o Prefeito, como ocorreu no caso da Prefeitura de Pelotas, torna-se titular do cargo até o fim do mandato e, conseqüentemente, inelegível para qualquer cargo eletivo.

c — O Presidente da Câmara que venha a substituir o Prefeito, nos seis meses que antecedem o pleito, torna-se inelegível.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 14 de setembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.057, da lavra do Procurador do Estado, Outora MARI-LIA DE OLIVEIRA AZEVEOO.

Restitua-se o expediente ao Ilustre Vereador JOSÉ KARINI.

Em 14-9-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LOTEAMENTO FECHADO

ALDO LEÃO FERREIRA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.059

LOTEAMENTOS FECHADOS: SUA CONCEI-
TUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA.

A eles não se aplica a Lei nº 6.766, de 19 de de-
zembro de 1979, mas, o artigo 8º, da Lei nº 4.591,
de 16 de dezembro de 1964.

Necessidade de sua regulação urbanística pelo Le-
gislator Municipal.

O Senhor PREFEITO MUNICIPAL DE PASSO FUNDO solicita parecer sobre a aplicação da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, aos chamados "Loteamentos Fechados".

É o relatório.

A Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

Seria ela aplicável aos denominados "Loteamentos Fechados"? A resposta a essa indagação é que nos cabe resolver.

O chamado "Loteamento Fechado" ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**constitui modalidade especial de aproveitamento condominial de espaço para fins de construção de casas residenciais térreas ou assobrados ou edifícios**". (Grifos do autor — Oireito Urbanístico Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1981, p. 401).

Caracteriza-se ele pela existência paralela de lotes autônomos com áreas de utilização exclusiva de seus proprietários, juntamente com outras de uso comum dos condomínios.

Embora materialmente se assemelhe ao loteamento, dele, no entanto, se distancia quer no seu regime jurídico, como nos seus efeitos e resultados. Não se trata, também, de instituto de parcelamento urbanístico do solo, mas de modalidade especial de aproveitamento do espaço (cf. ÁLVARO PESSOA, "O Loteamento e o

Condomínio no Desenvolvimento Urbano Brasileiro", in Boletim Informativo do Departamento de Assistência Jurídica e Consultiva aos Municípios, da Secretaria da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ano IV, n.º 40, dezembro, 1978).

Tem ele se disseminado pelo país, criando, porém, graves problemas jurídico-urbanísticos, por falta de regulamentação adequada, principalmente, quanto ao seu aspecto urbanístico, de modo especial quando se desenvolve na zona urbana.

Assemelha-se às "urbanizaciones privadas" espanholas (cf. JOSÉ MARTIN BLANCO, "Las Urbanizaciones Privadas y su Posible Configuración Jurídica", páginas 22/23, Madri, Ministério de la Vivienda — Servicio Central de Publicaciones, 1973; Rafael Nasarre Alastruey, "Las Urbanizaciones Particulares", Madri, Montecorvo, 1972).

Urge uma legislação que os inclua, como espécie de loteamento, com dimensões civis e urbanísticas.

O seu regime jurídico é de **direito privado**, com base no artigo 8.º, da Lei n.º 4.591/64 (cf. ÁLVARO PESSOA, ob. cit., JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., página 402).

Esse dispositivo dispõe:

"Quando em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

a — em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também a aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;

b — em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e das partes comuns que corresponderá a cada uma das unidades;

c — serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;

d — serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si."

Teve ele por finalidade possibilitar o aproveitamento de áreas de dimensão reduzida no interior de quadras que, sem arruamento, permitam a construção de conjuntos de edificações, em forma de vilas, sob regime condominial, sendo de grande utilidade na chamada propriedade horizontal.

No entretanto, sua finalidade tem sido desvirtuada, extrapolando-se os seus limites, para atingir o parcelamento de gleba com verdadeiro arruamento e posterior divisão das quadras em lotes, ou de subdivisão da quadra em lotes, com aproveitamento das vias públicas.

Isso, todavia deve ser impedido pelas municipalidades pois, teremos, então, forma de parcelamento do solo que é regida pela citada Lei n.º 6.766/79, e pela legislação municipal, quanto a matéria urbanística.

Nessa modalidade de aproveitamento condominial de espaço, teremos uma situação complexa: a existência de unidades autônomas (casas térreas, ou assobradas, ou edifícios, ou ambos), com a respectiva fração ideal do terreno, relativa à construção e à parte de utilização exclusiva para jardins ou quintal, e áreas de passagens comuns para as vias públicas, ou para as partes utilizadas entre si ou os caminhos de acesso à praia, a pontes, a lugar apazível (cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Condomínio e Incorporações, páginas 57/59, Rio, Forense, 1965).

Esse condomínio é regulado pela Convenção (Lei n.º 4.591/64, artigo 9.º e segs.), administrado por um síndico, eleito pelos condôminos o qual será auxiliado por Conselho Consultivo, também eleito, e uma Assembléia-Geral, que se reunirá ordinariamente uma vez por ano e, extraordinariamente quando convocada pelo síndico ou condôminos (Lei cit., artigos 22 a 27). Não se prevê, dita lei, quase nada, com relação ao município, a não ser a aprovação do projeto de edificação (artigo 32, d, § 10).

O regime condominial, previsto no citado artigo 8.º da Lei n.º 4.591/64, não poderá, porém, substituir o processo de loteamento (arruamento e divisão das quadras em lotes) ou o desmembramento (divisão em lote com o aproveitamento do sistema viário existente). Assim, somente, poderá ocorrer o aproveitamento condominial de espaço, previsto no citado dispositivo legal, sob a forma de "loteamento fechado", nos casos em que a área não comportar qualquer daquelas formas de parcelamento do solo.

Com o andar do tempo graves problemas surgem desse tipo de aproveitamento do espaço. As vias internas começam a se deteriorar e o incorporador se desinteressa pela sorte do condomínio, começando, então, a surgir os conflitos e a pressão dos condôminos para entregar à municipalidade a conservação dessas vias particulares.

Por isso, a consulente deve regular a matéria, a exemplo de outros municípios, em sua legislação urbanística de modo a evitar problemas futuros, submetendo esse tipo de aproveitamento de espaço a controle de Direito Público, para fins habitacionais e outros de natureza urbana, apesar de que certas relações na área sejam regidas por normas de direito condominial conforme o permite a Legislação Federal pertinente. D que não é possível é pretender-se aplicar aos denominados "loteamentos fechados" a Lei n.º 6.766/79.

É o nosso parecer, S.M.J.

PDRTD ALEGRE, 15 de setembro de 1982.

ACOLHD a conclusão do Parecer n.º 5.059, da lavra do Procurador do Estado, Doutor ALDD LEÃO FERREIRA.

Restitua-se o expediente à Prefeitura Municipal de Passo Fundo.

Em 15-09-1982.

MÁRIO BERNARDO SEXTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.094

IMPOSTO PREDIAL E TERRITDRIAL URBAND.

A avaliação dos imóveis, para cálculo do imposto, é operação integrante do ato administrativo do lançamento, da competência do Poder Executivo.

A CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE DO SUL, por intermédio de seu Presidente, indaga se é possível ser alterado, por decreto do Executivo, "o valor dos Impostos Territorial Urbano e Predial". A pergunta é motivada pela decisão do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 93.853) mencionada no Boletim Informativo de Assuntos Municipais n.º 3, desta Procuradoria-Geral do Estado, sobre a qual deseja o consulente maiores informações.

É o relatório.

Instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é competência municipal (Constituição Federal, artigo 24, inciso I), uma das formas de expressão da autonomia dos Municípios, assegurada constitucionalmente (artigo 15, inciso II, letra a). Autonomia implica competência para legislar.

Os Municípios devem instituir seus tributos mediante lei própria. As normas tributárias municipais estão subordinadas aos princípios constitucionais, entre os quais o da legalidade e o da tipicidade, significando isso que o Município só pode criar ou aumentar tributo através de lei em sentido material e formal. A lei deve emanar do Órgão Legislativo, com atendimento de todos os requisitos do processo de elaboração das leis, como quorum de votação, prazo, promulgação e publicação. Quanto ao aspecto material (conteúdo), devem constar na lei todos os elementos necessários para configurar (tipificar) os tributos criados (Constituição, artigo 19, inciso I, e artigo 153, § 2.º), bem como os critérios de decisão para a sua aplicação.

Outro princípio importante é o da anterioridade da lei tributária. A lei que criar ou majorar tributo só terá eficácia, só poderá produzir efeitos, no exercício seguinte àquele em que tenha entrado em vigor e, só então, poderá ser aplicada (Constituição, artigo 153, § 29), ressalvadas as hipóteses explicitadas no dispositivo constitucional.

Dentre os princípios constitucionais têm proeminência sobre os demais o da federação (artigos 1º e 47, § 1º) e o da tripartição dos poderes e funções estatais (artigo 6º e parágrafo único), os quais norteiam, na edição e na aplicação da lei, a delimitação de competências das pessoas jurídicas públicas e/ou órgãos que as compõem.

Na instituição e na arrecadação dos tributos cumpre observar a independência das funções dos órgãos municipais (Legislativo e Executivo). Competem a cada qual funções (atribuições) próprias e indelegáveis (Constituição, artigo 6º e parágrafo único).

Este aspecto é de grande relevância para a compreensão da questão objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, a que se refere a consulta.

O que os doutrinadores conceituam como princípio da tipicidade quer dizer que a criação de tributo só se perfecciona se forem descritos, em lei, os elementos necessários e suficientes para caracterizar a respectiva figura tributária, delineada pela Constituição Federal (imposto, taxa ou contribuição de melhoria).

É necessário, para tipificação de um imposto, que conste na lei criadora a descrição do fato sobre o qual ele vai incidir (fato gerador ou hipótese de incidência), em conformidade com a regra matriz da Constituição, com os atributos escolhidos pelo poder tributante, segundo suas possibilidades jurídicas de opção. O sujeito passivo deve também estar contido na lei. Igualmente deve ser objeto de lei a descrição da base de cálculo do tributo, que deve representar um aspecto mensurável do fato gerador do tributo. Deve ainda ser estabelecida em lei a alíquota (percentual), para possibilitar a determinação, caso a caso, na aplicação da lei, do "quantum" devido pelos contribuintes (sujeitos passivos).

Ao instituir o Imposto Predial e Territorial Urbano, deve a lei municipal atender às normas constitucionais e às normas gerais complementares à Constituição, constantes do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966). O fato gerador já antecipadamente escolhido pela Constituição é o direito de propriedade sobre bens imóveis urbanos, sendo que as normas gerais complementares fizeram o desdobramento desse direito, para identificar todos os sujeitos passivos do tributo (proprietário, possuidor e enfiteuta) (CTN, artigos 32 e 34).

Resumidamente, temos que aquele que for proprietário, possuidor ou enfiteuta de bem imóvel, em dado momento do ano civil (que a lei indicará), geralmente a 1º de janeiro, bem imóvel esse situado em zona legalmente considerada urbana, pelo Município, segundo critérios do CTN (artigo 32 e §§ 1º e 2º), deverá pagar imposto ao Município, calculado segundo uma alíquota (percentual), fixada na lei municipal, aplicada sobre o valor venal do imóvel (base de cálculo, CTN, artigo 33).

Pode o poder tributante municipal incluir ou deixar de incluir determinados proprietários, possuidores ou enfiteutas, dentre os que poderiam ser legitimamente abrangidos, com objetivos determinados pela política fiscal, social ou administrativa, em atendimento ou sob inspiração dos princípios constitucionais, dentre os quais cabe destacar o da função social da propriedade (artigo 160, inciso III) e o da igualdade (artigo 153, § 1º), contendo este, implícito, o da capacidade contributiva. Poderá, ainda com base em tais princípios, estabelecer alíquotas diferenciadas.

Deve a lei municipal, necessariamente, mencionar a base de cálculo do IPTU, a qual não pode ser outra senão o valor venal dos imóveis (CTN, artigo 33), assim como deve ter em conta o disposto no parágrafo único do artigo 33 do CTN, que desautoriza que se considere, para o efeito de determinação do valor venal, o valor dos bens móveis mantidos no imóvel, para utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade. Na doutrina discute-se a constitucionalidade do artigo 33 do CTN, por limitar o legislador municipal, assim como de muitos outros dispositivos do CTN.

Cabe à lei local indicar critérios para a quantificação do valor venal em concreto. Não compete, porém, ao Órgão Legislativo a tarefa de desvendar, apurar, para cada caso, o valor que venha a possuir cada imóvel no momento futuro previsto para a incidência do tributo (da norma tributária).

O valor venal em abstrato foi escolhido como a grandeza apta a dimensionar a intensidade do comportamento individual (ser proprietário, possuidor ou enfiteuta), com vistas à quantificação da prestação tributária. Pela sua natureza, o valor venal em concreto está sujeito a alterações, que podem ocorrer dia a dia, em função de vários fatores, inclusive as leis do mercado.

O valor venal é o que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis (ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, Rio, 1977, p. 149).

Acontecendo, no plano dos fatos, aquele fato descrito na norma jurídica como condição para o pagamento do tributo (ser proprietário, possuidor ou enfiteuta de bem imóvel urbano, em 1º de janeiro), sobre tal fato concretamente verificado incide (cai) automática e infalivelmente a norma jurídica tributária, que o apanha num momento certo e preciso (Conf. a teoria da incidência, entre nós exposta por PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, R. J. 1970, Tomo 1). Surge, assim, a obrigação de pagar o tributo.

A norma jurídica pode estar contida num só diploma ou dispersa em vários tópicos de diferentes diplomas legais, integrantes do sistema ou subsistema (municipal).

Sendo variável o valor venal dos imóveis, interessa, para aplicação da lei (norma tributária), o valor que tenha no dia em que se considera ocorrido o fato gerador. Geralmente a lei municipal indica o dia 1º de janeiro, para esse efeito.

A apuração do valor venal é atribuição do Poder Executivo. Integra ato de aplicação do direito. Não se confunde com a descrição da base de cálculo como grandeza de mensuração ou fator de quantificação do tributo, constante, de forma abstrata, na lei. Faz parte do ato administrativo do lançamento, pelo qual se calcula, se torna líquido e certo e se formaliza o crédito tributário da Fazenda Pública. É o ato que individualiza o débito de cada contribuinte, atribuindo-lhe o dever de pagar o tributo.

No dizer de RUY BARBOSA NOGUEIRA, *"no caso dos impostos variáveis, a lei não pode prefixar o que depende de apuração, ou, mais claramente, de ato executivo, ou seja, de apuração e cálculo, e então, por uma questão de garantia ao contribuinte, ela deve conter, no acertado dizer do art. 97, IV, do CTN, a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo"* (Revista de Direito Público n.º 11, p. 93).

Comentando o artigo 33 e parágrafo único do CTN, diz ALIOMAR BALEEIRO, a respeito do valor venal dos imóveis:

"A repartição o apurará, segundo as circunstâncias, conforme a localização, existência de serviços públicos, possibilidade de comércio etc., e, sobretudo, quando possível, pelo confronto com as alienações mais recentes de imóveis semelhantes, no local. Não contraria o CTN a elaboração de tabelas, ajustadas periodicamente, segundo os dados acima e outros razoáveis para cada área da zona urbana" (Direito Tributário Brasileiro, p. 149) (grifamos).

Esse ponto de vista é compartilhado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, sendo suas essas palavras:

"O imposto calcula-se sobre o valor venal do terreno. Esse valor é a base sobre a qual incide o imposto, sobre a qual se cobra uma percentagem (alíquota) fixada na lei a título de imposto territorial urbano. Valor venal é o preço corrente do mercado de imóvel. É o preço que o terreno tem nas condições normais do mercado imobiliário. Apura-se o valor venal com base em critérios técnicos de avaliação de imóveis, onde isso for possível, ou com base em circunstâncias indiciárias de valor, tais como localização, existência de serviço público ou outros melhoramentos, formato do terreno, sua topografia, sua composição geológica, etc.

A base de cálculo há que ser fixada em lei (CTN art. 97, IV), mas sua atualização monetária, que não constitui majoração de tributo (CTN art. 97, § 2.º), pode ser feita por decreto do Prefeito, que tomará por critério índices de desvalorização da moeda, índices médios de

valorização de terrenos na zona em que se situa o terreno considerado ou outro elemento idôneo" (Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais, José Bushatsky Editor, S. P., 1978, p. 97/98).

Na mesma linha de pensamento desses doutrinadores, têm-se posicionado a maioria dos autores, assim como, em diversas oportunidades, teve ocasião de manifestar-se esta Procuradoria-Geral do Estado, como, por exemplo, no Parecer n.º 3.988, de 5 de janeiro de 1979, de lavra do Procurador do Estado JORGE ARTHUR MORSCH, que asseve incorrerem em equívoco os que *"confundem a base de cálculo (valor venal do imóvel), elemento de quantificação necessariamente previsto em lei, com a concreta estimativa daquele valor, o que somente não é matéria de lei, como de regra nem precisa ser fixado através de decreto"*.

Enfatiza, a seguir, que a fixação do valor venal concreto dos imóveis tributados não é matéria de lei que deva sujeitar-se ao princípio da anualidade (ou da anterioridade) e que isso decorre claramente do texto do artigo 148 do CTN, o qual ademais esclarece que o lançamento é a ocasião própria para a estimativa do valor venal. O dispositivo está assim redigido:

"Quando o cálculo do tributo tenha por base ou tome em consideração o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitraré aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial."

É assegurado ao contribuinte contraditar a avaliação, se entender ter havido abuso da autoridade, se entender exorbitante o valor venal atribuído ao imóvel pela autoridade fiscal.

O Supremo Tribunal Federal vinha entendendo ser correta *"a atualização do valor venal de imóveis"* por ato do Poder Executivo, para efeito de cobrança do IPTU e do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, cujas bases de cálculo são idênticas (CTN, artigos 33 e 35). Exemplificativamente, podemos mencionar as seguintes decisões constantes da Revista Trimestral de Jurisprudência: Recurso de Mandado de Segurança n.º 16.063 (RTJ 41/438); Embargos no Recurso Extraordinário n.º 49.501 (RTJ 46/400) e Recurso Extraordinário n.º 86.326 (RTJ 83/583).

Entretanto a Suprema Corte, por expressiva maioria, surpreendentemente, mudou seu ponto de vista, com relação ao IPTU, a partir do julgamento, em sua composição plena, do Recurso Extraordinário 87.763, em data de 7 de junho de 1979

(RTJ 94/705), passando a pronunciar-se no sentido de depender de lei qualquer alteração do valor venal dos imóveis que não decorra de aplicação dos índices oficiais de correção monetária.

O acórdão proferido no RE 87.763 tem a seguinte ementa:

"Imposto predial. Alteração do valor venal do imóvel mediante Decreto.

— O § 2º do artigo 97 do Código Tributário Nacional diz respeito, somente à correção monetária do valor venal do imóvel (base de cálculo do imposto predial), não alcançando a reavaliação mesma (reavaliação econômica) desse valor venal.

— Para se atribuir outro valor venal ao imóvel, que não o decorrente do anterior mais correção monetária, é mister lei, não bastando, para isso, simples decreto." (RTJ 94/705).

Na esteira desse julgado do STF seguiram-se outras decisões que passaram a reportar-se a ele, entre as quais a que motivou a presente consulta, decisão essa proferida em 24 de março de 1981, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal, no RE nº 93.853, com a ementa assim redigida:

"Imposto territorial urbano e predial. Alteração do valor venal do imóvel, que não o decorrente de correção monetária, mediante decreto. Impossibilidade, por depender de lei (RREE nº 87.763 e 85.732)."

Confrontando-se essas decisões com outra proferida em data posterior, ou seja, em 7 de abril de 1981, pela 1ª Turma do nosso mais alto Tribunal, verifica-se a falta de coerência dos julgadores, causada em virtude de um prisma desviado do sistema jurídico positivo como um todo. Essa decisão refere-se ao Recurso Extraordinário nº 75.124, estando assim ementada:

"Ementa: 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o imposto de transmissão de bem imóvel deve ser pago na consideração do valor que tenha o imóvel no momento do negócio jurídico pelo qual foi ele transferido. 2. Súmula, verbete 108. 3. Precedente da Corte. 4. Recurso Extraordinário do Fisco local a que se dá provimento."

É de perguntar-se por que são diferentes as decisões, se a base de cálculo do IPTU e do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis são exatamente iguais (valor venal do imóvel), conforme prevê o Código Tributário Nacional (artigos 33 e 38).

Ao ser divulgado o pronunciamento do Tribunal Máximo no RE nº 87.763, de 7 de junho de 1979, advogados e juristas, voltados para o direito tributário, passaram

a expressar sua perplexidade diante dele e a alinhar uma série de razões, a fim de demonstrar o desacerto da posição assumida por aquela Corte de Justiça, face ao sistema tributário positivo brasileiro, afirmando haver tal decisão ferido princípio básico da nossa ordem político-jurídica, qual seja, o da tripartição dos poderes do Estado (Constituição, artigo 6º e parágrafo único).

Foi realizada em São Paulo, em agosto de 1980, reunião de que participaram vinte e dois professores de direito tributário, de vários Estados do Brasil, com o objetivo de debater a questão da "atualização" do valor venal dos imóveis para incidência do IPTU. Nessa ocasião, todos os presentes, exceto uma única voz dissonante, expressaram seu repúdio à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 87.763, em data de 7 de junho de 1979. Dentre aqueles podem ser citados nomes dos mais representativos das nossas letras jurídicas, como ALBERTO XAVIER, GERALDO ATALIBA, SOUTO MAIOR BORGES e PAULO DE BARROS CARVALHO. (Rev. de Dir. Trib. 11/12, p. 193).

Cremos que a razão está com os críticos das recentes decisões daquela Corte de Justiça, com respeito à apuração do valor venal para a incidência do IPTU.

A cada ano, em 1º de janeiro, segundo, geralmente, prevê a lei municipal, acontece o fato jurídico que faz surgir a obrigação tributária de pagar o IPTU: ser proprietário, possuidor ou enfiteuta de bem imóvel situado na zona urbana. A obrigação referente a um determinado ano civil é independente da do exercício anterior e das dos exercícios subseqüentes. Também a base de cálculo, considerada concretamente, no mundo dos fatos, ou seja, o valor venal do imóvel, encontrado num determinado exercício financeiro, na época da ocorrência do fato gerador do imposto, é o único apropriado para o cálculo do imposto daquele exercício.

Tal entendimento decorre do artigo 144 do Código Tributário Nacional, do seguinte teor:

"Art. 144 — O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada."

Não pode o Poder Executivo ficar vinculado ao valor que o imóvel tenha num exercício para a apuração de novo valor que o imóvel venha a ter no exercício seguinte. A cada ano, em 1º de janeiro, surge uma obrigação tributária nova, que deve ser individualizada formalmente através de um ato administrativo que é o lançamento, ato esse independente e autônomo em relação a cada exercício financeiro. Compreende o ato do lançamento uma série de operações, incluindo a avaliação dos imóveis, que leva em conta as oscilações do mercado e os fatores que influem nos preços dos imóveis. Na prática, dificilmente, a alteração dos preços dos imóveis coincide com os índices oficiais de correção monetária, até mesmo porque pode ter havido depreciação de alguns imóveis.

É descabido vincular o valor venal à *"correção monetária"*, que se baseia nas variações das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN).

Não é disso que cogita, o § 2º do artigo 97 do CTN, nem poderia fazê-lo validamente face à Constituição. A expressão *"atualização do valor monetário"*, para harmonizar-se com o contexto do sistema tributário, há de ser entendida como tendo significado mais abrangente do que a expressão *"correção monetária"*.

Estando o valor venal previsto na lei, abstratamente, como grandeza de mensuração, a *"atualização"* ou apuração em concreto do valor venal do imóvel é, na verdade, o conhecimento mesmo do valor que possui o imóvel, no plano fático, em dado momento, segundo as *"leis"* do mercado.

É impróprio, em face do sistema tributário vigente, entender-se de regra a *"atualização"* (a apuração) do valor venal como modificação ou revisão que devesse vincular-se a um valor anterior, para fins de lançamento do tributo.

A chamada *"atualização"* não pode ser tida como modificação do modelo de base de cálculo que consta abstratamente na lei (no caso o valor venal), como grandeza de mensuração. É a esse **modelo** que se refere o artigo 97, § 1º, do CTN, dizendo que *"equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso"*.

Nessa linha de raciocínio, equivaleria, tecnicamente, à majoração do tributo o ingresso de elementos novos na composição do seu fato gerador e/ou base de cálculo tornando-o mais oneroso. No caso do IPTU, exemplificativamente, equivaleria à majoração do tributo a inclusão de bens móveis mantidos nos imóveis (se já não fosse vedada pelo CTN), ou a modificação dos critérios da lei para a avaliação (referentemente ao tipo de imóveis, ao zoneamento etc.). Em tais hipóteses, seria inafastável a exigência de edição de lei, com observância do princípio da anterioridade para a cobrança do tributo.

Constitui exceção a hipótese singular em que o **legislador** de determinado Município (contrariando a boa técnica) tenha adotado **previamente**, a título de valor venal dos imóveis (base de cálculo do IPTU), **valores fictos ou presumidos, incorporados na lei local**, mediante discriminação em tabela ou planta de valores a ela anexa ou integrada em seu texto. **Somente em tal hipótese** pode ter vez a aplicação, quanto ao IPTU, do dispositivo do artigo 97, § 2º, do CTN, na revisão da base de cálculo, mediante correção monetária, ou, alternativamente, caberia, nos termos do artigo 97, § 1º, do CTN (o qual é uma explicitação do princípio constitucional da legalidade), a edição de nova lei, para alterar os valores acaso incorporados à lei local anterior.

É tecnicamente inadequada a instituição de um valor venal ficto ou presumido através de lei. Mas, ainda assim, essa possibilidade pode ser encarada como matéria discricionária do poder tributante municipal. Instituída tal ficção por lei, vale até ser revogada, só podendo ser alterada através da lei local.

Todavia, é inadmissível, sob pena de violação da Constituição, que consagra o princípio da autonomia municipal (artigo 15), que o Poder Judiciário, decidindo sobre atos administrativos, para exercer a tutela dos interesses individuais, determine como deva o Município legislar, impondo-lhe um critério qualquer que seja.

O Supremo Tribunal Federal, nas indigitadas decisões, fez exatamente isso: violou o princípio da autonomia municipal (Constituição, artigo 15), além de violar o princípio da separação de poderes (Constituição, artigo 6º).

Nas demandas a ele submetidas inexistia fixação prévia de valores fictos ou presumidos em lei local. Sem ter em conta esse aspecto, considerou, o Tribunal Máximo, inconstitucional (equivocadamente) ato do Poder Executivo concernente à avaliação de imóveis — planta de valores editada por decreto — para fins de lançamento do IPTU.

Entendeu a Suprema Corte de Justiça que era necessária a edição de lei municipal para essa fixação avaliatória, por ultrapassar os limites dos índices oficiais da correção monetária, importando isso em considerar a fixação avaliatória em concreto, como se fosse modificação da base de cálculo em abstrato. Como explicamos linhas acima, a base de cálculo em abstrato é o modelo que deve ser seguido na apuração da base de cálculo em concreto (valor venal dos imóveis). O modelo insere-se no plano abstrato da lei. A apuração do valor venal refere-se ao plano da realidade concreta.

Desconsiderou, o Supremo Tribunal, em sua decisão, o sistema específico do Município interessado na causa, o qual não havia optado por valores presumidos ou fictos como modelo da base de cálculo, mas sim adotara o valor venal real, a ser apurado no mundo dos fatos.

Relativamente ao pronunciamento do STF no RE nº 87.763, o Procurador da Prefeitura de Santos, advogado HUBERT VERNON LENCIONI NOWIL, invocando GERALDO ATALIBA (colacionando trabalho não publicado), sustenta ter havido violação do artigo 6º da Carta Federal (Tese aprovada por unanimidade no VII Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado em janeiro de 1981, cujos Anais foram publicados na "Revista de Direito Municipal", ed. Revista Jurídica Ltda., vol. 16-17) (ver. p. 273 e segs.).

Nesse trabalho, o referido advogado desenvolve o argumento de que a fixação de valores imobiliários para fins de lançamento constitui ato administrativo, portanto, da competência do Poder Executivo, fazendo suas as afirmações de GERALDO ATALIBA, *"verbis"*:

"No contexto do nosso direito positivo, que fixa o princípio geral da tripartição do poder (art. 6.º do texto constitucional), com a severíssima proibição de delegações como se prescreve no seu parágrafo único, o ato de avaliação, inserido no contexto do lançamento, é necessariamente um ato administrativo. É um ato de aplicação da lei.

A avaliação, por se traduzir numa atividade, numa operação intelectual (estimativa por meio de processo de comparação e de consideração de uma série de fatores técnicos, etc.), é necessariamente, por sua própria natureza, uma atividade administrativa.

Como tal, incumbente ao Poder Executivo e nem sequer em tese exercitável pelo legislador" (grifamos).

Em suas conclusões, diz HUBERT V. L. NOWIL:

"1. A fixação dos valores imobiliários, para a concretização do comando abstrato da lei, é ato tipicamente administrativo.

2. Subordiná-la à aprovação legislativa, ainda que em certos casos, é inconstitucionalidade que afronta o princípio da tripartição do Poder (art. 6.º da Constituição Federal).

3. Sendo a determinação dos valores imobiliários ato tipicamente de administração, o que pode, eventualmente, viciá-lo, por inconstitucionalidade, não é a sua edição pelo Executivo, mas sim o desvio de poder a afrontar o princípio constitucional da legalidade, de forma travessa, indireta, dissimulada, abusiva."

A solução correta em caso de abuso ou desvio de poder do Executivo (que o STF entendeu ter havido nos casos das questionadas decisões) seria a anulação do ato administrativo praticado. Não pode o administrador ir além da liberdade de investigação para apurar o valor venal, estando vinculado a critérios técnicos e legais.

Havendo, por exemplo, exorbitância na avaliação, referentemente a valores de imóveis, fixados em decreto, como preliminar do lançamento, ou exorbitância no próprio ato formal do lançamento, o remédio jurídico é a avaliação contraditória, conforme já opinou esta Casa através do Parecer nº 3.988, retromencionado, ou a invalidação do lançamento. Tanto um como outro caminho poderá ser efetivado seja através do órgão administrativo, seja através do Poder Judiciário.

Compete ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos administrativos. O ato praticado com desvio ou abuso de poder constitui um ato ilegal, tal qual o ato que infringe diretamente alguma norma jurídica. A ilegalidade pode consistir em ex-

trapolação da margem de liberdade do administrador (discricionariedade) ou em desvirtuamento da finalidade do ato (Conforme CELSD ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Elementos de Direito Administrativo, Rev. dos Tribunais, S. P., 1980, p. 227).

Para maiores esclarecimentos sobre o IPTU, recomenda-se o livro de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO, intitulado "Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana" (Editora Saraiva, 1982). As razões ora expostas seguem a linha de pensamento desses autores, embora não tenham eles se detido em alguns dos pontos aqui abordados.

Por todo o exposto, EM CONCLUSÃO, dissentindo da orientação hoje vitoriosa no Supremo Tribunal Federal, quanto ao caso específico do IPTU, respondemos que a avaliação dos imóveis para apuração de seu valor venal, repetida ano a ano, mediante ato do Executivo não pode ser entendida como majoração de tributo, que devesse sujeitar-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade da lei tributária.

A apuração ("atualização") do valor venal dos imóveis pode e deve ser feita por ocasião da prática do ato administrativo do lançamento, podendo ser considerado preliminar ou integrante do lançamento que pressupõe a avaliação técnica. Não há necessidade de ser editado decreto a respeito, mas é legítima (constitucional) a prática de fixar planta ou tabela de valores imobiliários por essa forma, como demonstrativo do tratamento dispensado na prática, por ocasião da aplicação da lei (abstrata e genérica).

É este o nosso parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 08 de novembro de 1982.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.094, da lavra do Procurador do Estado, Doutor RÊNITA MARIA HÜLLEN.

Restitua-se o expediente à Egrégia Câmara de Vereadores de São Vicente do Sul.

Em 08-11-1982.

MÁRIO BERNARDO SÊSTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TRABALHOS FORENSES

AUXÍLIO-MORADIA DOS POLICIAIS

ARAMIS ANTÔNIO GARCEZ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RESPOSTA À APELAÇÃO
In AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
nº 107545/01181014349
ADY MARTINS FERREIRA e OUTROS — Apelantes
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — Apelado

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário, nos autos da Ação de Procedimento Ordinário em que contende com ADY MARTINS FERREIRA E OUTROS, com a devida vênia, vem responder à APELAÇÃO Interposta e o faz tempestivamente, pelos seguintes fundamentos de fato e de direito.

I. DOS FATOS

1. Os autores-apelantes, servidores inativos da Secretaria da Segurança Pública, buscam acrescentar aos respectivos proventos a parcela instituída pelo anterior Estatuto dos Servidores da Polícia Civil (Lei nº 6.194, de 15/01/71 — art. 96) sob o título de "Auxílio-Moradia".
2. Pretendem, também, seja o Estado condenado a pagar, reajustadas, as diferenças atrasadas, acrescidas de juros e correção monetária, além de custas e honorários advocatícios.
3. Julgada improcedente a ação, inconformados, os autores apelaram.

II. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. PRELIMINARMENTE

4. Reitera-se, agora, a prefacial de prescrição suscitada na contestação e rejeitada na sentença apelada, forte no entendimento de que a pretensão à declaração do direito é imprescritível, embora reconhecendo que as prestações vencíveis mês a mês são atingidas pelo quinquênio prescricional.

Em julgamento realizado em 15/12/82 houve a seguinte decisão: "Em votação majoritária acolheram a preliminar de prescrição, vencido o Relator e, quanto ao mérito, por unanimidade, negaram provimento ao apelo". 2ª Câmara Cível do TJRS — apelação Cível nº 41.425.

4.1. Esse entendimento do douto Magistrado, contudo, está em confronto com a melhor doutrina e com a jurisprudência dominante nos tribunais.

Com efeito. Em se tratando de direito não reconhecido pelo Estado, ocorre a prescrição quinquenal, atingindo o próprio "fundo de direito".

Assim se manifestando o Pretório Excelso, em diversos provimentos (RE nº 59.122-RTJ nº 39, p. 35; RE nº 67.635-RTJ nº 51, Vol. II, p. 708; RE nº 65.950-RTJ nº 49, p. 214), firmou-se jurisprudência.

Bastante elucidativo é o acórdão do TFR nos autos da A.C. nº 27.807 — RJ (DJU de 28/06/78, p. 4750/51), que dispôs:

"É de distinguir-se a inércia do que se julga titular do direito, em relação ao qual não há ato da Administração que lhe negue ou pelo menos lhe desconheça a postulação, de quando existe tal ato administrativo, que, inclusive, precisa ser anulado ou alterado. Na primeira hipótese, incide a prescrição apenas sobre as prestações anteriores a 5 anos da propositura da ação; na segunda, fulmina ela o próprio fundo do direito". (grifou-se)

Também esse Egrégio Tribunal vem reiterando idêntico entendimento, através de seus colendos Grupos de Câmaras Cíveis (Rev. Jur. do TJRS-vols. 45/121 e 56/111-116), onde se evidencia que a prescrição quinquenal em favor da Fazenda Pública Estadual atinge não só os direitos pessoais, como o próprio fundo de direito não reconhecido pelo Estado, especialmente face às disposições do Decreto nº 20.910/32 e do Decreto-Lei 4.597/42.

4.2. Ora, no caso dos autos o Estado negou, implicitamente, o pretenso direito dos autores-apelantes à incorporação do Auxílio-Moradia nos proventos da aposentadoria, tanto nos atos de jubilação em que os mesmos foram fixados (já na vigência da Lei que o instituiu), quanto nos atos revisionais de proventos decorrentes de aposentadoria verificada antes da vigência da citada Lei.

5. De outro lado, não se pode cogitar, neste passo, da prescrição das prestações vencíveis mês a mês, porque "não é possível admitir a prescrição periódica de um direito não reconhecido. Inadmissível a prescrição exclusiva dos efeitos (prestações periódicas) se o direito ainda não foi reconhecido (causa). No último caso, todo e qualquer direito, pretensão e ação prescrevem em cinco anos". (in embargos Infringentes nº 19.995-1º Grupo Cível-TJRS).

6. Assim, os apelantes encontram-se em duas situações distintas no que se refere à prescrição, ainda que os efeitos sejam os mesmos:

a) Os que se aposentaram **antes** da vigência da Lei nº 6.194/71 — que tiveram como termo inicial do fluxo prescricional o primeiro ato de revisão de proventos, que não lhes reconheceu (já na vigência dessa Lei), a incorporação do Auxílio-Moradia. Como as revisões são periódicas e anuais, admitindo-se que esse ato foi baixado em 1972 (poderia ser até em 1971), já em 1977 teria ocorrido a prescrição.

Enquadram-se nessa posição os integrantes da relação que constitui o Doc. nº 01.

b) Os que se aposentaram **depois** da vigência da Lei nº 6.194/71 — cujo termo inicial da prescrição conta-se desde o ato de jubilação que lhes fixou os proventos sem incorporação do Auxílio-Moradia. Como a presente ação foi aforada em 28/01/81, e o despacho que ordenou a citação do Estado-réu foi prolatado em **03/02/81**, a partir desta data considerar-se-á **interrompida a prescrição**, nos termos do § 1º do Art. 219 do CPC. Portanto, todos os que passaram à inatividade entre 15/01/71 (data em que iniciou a vigência da Lei nº 6.194/71) e 03/02/76 sofreram a incidência da prescrição quinquenal.

Nesta situação enquadram-se os integrantes da relação que constitui o Doc. 02.

Uns e outros, assim, tiveram seus direitos atingidos pela prescrição, ainda que em momentos diferentes.

Em razão disso, em relação a estes, força é pronunciar-se a preliminar do mérito argüida desde a contestação.

7. *Por exclusão, aos demais autores-apelantes que não se enquadram nas situações previstas no item anterior, alíneas a ou b, não se aplica a prefacial de prescrição.*

Os demais documentos juntos são constituídos de cópias dos atos de jubilação.

B — NO MÉRITO

8. Nas razões que informaram a apelação — no que diz respeito à matéria de mérito — não se vislumbra alegação que já não tenha sido deduzida e rebatida, tanto na contestação quanto na consistente sentença apelada.

Apesar disso, cumpre trazer à colação mais algumas considerações sobre cada uma das alegações dos apelantes.

É o que se fará a seguir.

AO CONTRÁRIO DO QUE SE AFIRMA, A EXTINÇÃO DO AUXÍLIO-MORADIA PREJUICOU AOS POLICIAIS E BENEFICIOU AOS ADMINISTRATIVOS.

8.1. É incrível a construção sofisticada!

É a primeira vez que se interpreta a manutenção de uma vantagem, curiosamente, como prejuízo e sua extinção como benefício.

Todavia, certo é o contrário.

Com efeito, a Lei nº 6.676, de 22/04/74, foi extremamente discriminatória e prejudicial aos funcionários policiais integrantes do quadro de que trata a Lei nº 5.950, de 1º/12/69.

Sob a alegação falaciosa de que extinguindo-se a Indenização de Auxílio-Moradia e incorporando-se seu valor ao vencimento básico, haveria aumento dos rendimentos e seriam beneficiados os aposentados — cometeu-se uma das maiores injustiças contra os servidores do quadro policial. E isso porque:

a) Na época, a maior reivindicação dos servidores policiais era a reclassificação do Olegado de Polícia no nível superior. Sim, porque foi considerado no nível principal desde o advento da Lei nº 4.936, de 16/02/65. Entretanto, a Constituição Estadual de 1967 exigiu nível superior para o provimento de tais cargos. A reclassificação pois, se impunha e inclusive já havia compromisso do Governo do Estado de corrigir a situação através da reclassificação. E, como no quadro policial há um encadeamento sistêmico entre uma carreira e outra, no momento em que fosse revisada a carreira de Olegado de Polícia, haveria necessária repercussão nas demais carreiras do quadro. Portanto, se o Estado pretendia corrigir a injusta posição dos funcionários do quadro policial, aumentando o nível de seu vencimento básico, por força de reclassificação de nível, poderia e **deveria fazê-lo sem suprimir uma vantagem permanente.**

É ilusório o aumento em tais circunstâncias. É certo e inegável que há um aumento imediato nos rendimentos cada vez que se incorpora uma parcela ao básico, face a incidência de outras vantagens (quinqüênios, adicionais). Entretanto, esse aumento, além de inexpressivo, fica absorvido a partir do aumento seguinte, como aliás já ocorreu. Ao contrário, a Indenização em exame, por sua característica permanente, continuou a incidir sobre o vencimento dos administrativos.

E criou-se injusta discriminação.

Os destinatários da Indenização foram privados da mesma à sua revelia. Os que a recebiam por extensão continuaram a percebê-la.

b) Mas, os prejuízos não pararam aí.

Ninguém disse até agora que a incorporação da indenização extinta aos vencimentos dos policiais verificou-se apenas um percentual de 16% (dezesseis por cento), quando a mesma era percebida, enquanto vantagem, num percentual de 20% (vinte por cento) pela quase totalidade dos policiais. E não se argumente que havia o percentual de 10% (dez por cento) aos que não tinham dependentes, pois que estes constituíam irrelevante minoria.

c) E não foram só esses os prejuízos.

O Auxílio-Moradia, sendo **indenização**, não ensejava desconto da contribuição ao IPERGS.

Oa mesma forma e pela mesma razão, sobre essa parcela não incidia o imposto de renda.

Ao incorporar-se ao vencimento básico a situação, é óbvio, modificou-se. Para pior.

Até hoje os funcionários policiais não lograram restabelecer a vantagem.

AO CONTRÁRIO DO QUE AFIRMAM OS APELANTES, NENHUM TRIBUNAL RECONHECEU O AUXÍLIO-MORADIA COMO VENCIMENTO.

8.2. Na verdade, só houve a alegação de que há reiterado entendimento pretoriano, já que não foi referida uma única decisão que reconhecesse a citada indenização "substancialmente" como vencimento.

O ven. acórdão juntado, por cópia, com a inicial (fls. 36/42) não se aplica à espécie, já que trata da impropriamente denominada "Gratificação de Risco de Vida", cuja natureza jurídica e fato gerador não guardam nenhuma semelhança com a indenização de Auxílio-Moradia. Embora com "*nomem juris*" de Gratificação, o Risco de Vida foi considerado como "*fator de valoração do nível de vencimento*", ao qual se integra. (Constituição Estadual art. 109).

Daí sua incorporação aos proventos da aposentadoria, pois tal "*fator de valoração*" é substancialmente vencimento.

Tal entendimento foi consagrado, posteriormente, também no direito legislativo ordinário, através da Lei nº 7.009, de 06/10/76.

De outro lado, os autores-apelantes fizeram por repetir determinada passagem do voto proferido pelo eminente Des. Marco Aurélio de Oliveira no acórdão em referência.

Até no vestibulo das razões de apelação foi feita a transcrição.

Contudo, em nada lhes aproveita o voto, porque:

a) referia-se à espécie distinta, em cujo contexto deve ser entendido;

b) na própria transcrição verifica-se que excepcionou-se os ganhos decorrentes de "circunstâncias meramente pessoais, como as de tempo de serviço".

Faltou excepcionar no que se refere à **indenizações**, cuja natureza é incompatível com proventos, **porque decorrentes do exercício**;

c) a parte transcrita e invocada pelos autores-apelantes não está na parte dispositiva do ven. acórdão, mas na fundamentação do voto, que aliás difere dos pronunciamentos dos outros cultos integrantes da Câmara Cível. Por tal razão, ainda que fosse contrária, não poderia ser invocada como "decisão" e, muito menos, como coisa julgada.

É INCABÍVEL À ESPÉCIE A INVOCAÇÃO DA DENOMINADA "LEI PERACCHI".

8.3. Com efeito, a Lei n.º 3.096/56 (Lei Peracchi) jamais se referiu à vantagem classificada como indenização para efeito de revisão de proventos.

Revogada a Lei n.º 3.096/56 pela Lei n.º 6.617, de 23/10/73, passando o percentual de 4% a constituir contribuição previdenciária devida ao IPERGS, nunca houve incidência sobre a parcela indenizatória do Auxílio-Moradia. Da mesma forma não incidia o desconto da Lei Peracchi sobre a mesma indenização, no período de vigência comum com a Lei 6.194/71 (15 de janeiro de 1971 a 23/10/73).

Com relação aos que se aposentaram **antes** da vigência da Lei n.º 6.194/71, além de não incidir a Lei Peracchi (indenização não é vencimento) colidiria a pretensão com a disposição expressa do art. 102, inciso II, § 2º da Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/69, verbis:

"... em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade".

E isso sem falar na prescrição suscitada.

NATUREZA JURÍDICA DO AUXÍLIO-MORADIA NO REGIME DA LEI N.º 6.194/71

8.4. É a própria Lei n.º 6.194/71 que, em seu art. 81, define o que é "indenização", ao dispor:

"Art. 81 — Indenização é o quantitativo, isento de qualquer tributação, concedido ao servidor da Polícia Civil para ressarcimento de despesas decorrentes de obrigações impostas pelo exercício pleno de suas atribuições".

E o parágrafo único desse mesmo artigo enumera as vantagens classificadas como **indenização**, entre as quais se inclui, no item V, o **Auxílio-Moradia**.

Resta dizer, pois, que o Auxílio-Moradia, inegavelmente É INDENIZAÇÃO e como tal, por definição, **somente pode ser percebido por servidor em atividade**.

Aliás, isso é disposição expressa no art. 96 da Lei n.º 6.194/71, que fulmina, irremediavelmente, a pretensão dos apelantes.

8.5. Por tudo isso, a apelação é inconsistente e demanda improvimento.

III. DO PEDIDO

Egrégia Câmara!

EM FACE DO EXPOSTO espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, ora apelado, por tudo o que foi trazido à colação, sejam recebidas as presentes contrarrazões com os documentos que as instruem e, apondo seus doutos suplementos, manifeste-se essa egrégia Câmara Cível para, em preliminar de mérito, pronunciar a prescrição suscitada ou, se não acolhida a prefacial, NEGAR PROVIMENTO à apelação para confirmar, no mérito, a brilhante sentença de primeiro grau, por seus jurídicos fundamentos, com o que se estará distribuindo, mais uma vez,

JUSTIÇA!

PORTO ALEGRE, 05 de fevereiro de 1982.

LICITAÇÃO

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

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA RAZÕES DE RECORRIDO

Recorrente: COMERCIAL DE CARNES SANTA CECÍLIA LTDA.
Recorrido: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Processo nº 35.718

MÉRITOS JULGADORES

1. De forma alguma operou o ora recorrido no deliberado propósito de prejudicar a impetrante e muito menos afrontou normas legais, ou cometeu ato ilícito, como afirmado por aquela e conforme abaixo se verá.
2. A prova mais evidente de que a Administração Estadual procedeu com toda a lisura e em conformidade com a lei é que, embora dispensada pelo Decreto-Lei nº 200/67 de realizar concorrência para a aquisição do produto de que necessitava, trilhou aquele caminho.

Com efeito o parágrafo 2º do artigo 126, do texto normativo em pauta:

“A licitação será dispensada nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento da situação que possa ocasionar prejuízo, comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos”.

E, a hipótese fáctica que gerou dita licitação enquadrava-se perfeitamente no aludido regramento, vez que estava em jogo o fornecimento de alimentos (carne) para diversas instituições sob a Administração Estadual, tais sejam: Ginásio Agrícola Visconde São Leopoldo, Instituto Psiquiátrico Forense, Penitenciária Industrial, Penitenciária Feminina “Madre Pelletier”, Colônia Penal Agrícola General Daltro Filho, Amparo Santa Cruz, Hospital Colônia Itapuã, Hospital Psiquiátrico São Pedro, Hospital Sanatório Partenon, Colônia Agrícola Daniel de Oliveira Paiva, Escola Técnica Agrícola João S. de Carvalho, Ginásio Agrícola Senador Pinheiro Machado e Colégio Agrícola Canadá.

3. Saliente-se que o Estado, uma vez realizada a licitação, obedecendo aos termos do Edital, adjudicou o fornecimento aos reais vencedores.

Em sessão realizada em 23/06/81 houve a seguinte decisão: “Não conhecido. Unânime”. 2ª Turma. Rel. Min. Moreira Alves, STF — RE 94.630. (DJU de 29/06/81, p. 6391)

E aqui é de se por em relevo o voto vencido do Desembargador Hermann R. de Carvalho Roenick que, por sua lucidez e clareza dispensa quaisquer comentários. Diz ele:

"Com relação à apelação dos litisconsortes, vou ousar divergir dos eminentes colegas, por uma questão que me parece fundamental: é que faço distinção entre **proposta global** e **preço menor global**. O edital, em momento algum exigiu — e tive o cuidado de verificar pessoalmente os itens — que os licitantes cotassem todos os itens constantes do inciso I.1, ou sejam, aqueles especificados: carne bovina de primeira qualidade; de segunda qualidade; carne bovina com osso; carne de carneiro e mondongo bovino. Em nenhum momento o edital exigiu a apresentação de **proposta global**. O que o edital menciona no capítulo 4º, inciso IV, 3, é que, na apreciação das propostas, ater-se-á a comissão julgadora ao critério do **menor preço global**. Aqui me parece que é a distinção que se deva fazer. Veja V. Ex.ª que se foge até a um critério adotado pelo Decreto nº 200, que é o da proposta mais vantajosa, que não significa sempre a proposta de menor preço, porque a qualidade ou a técnica do licitante podem levar a administração a preferir até a proposta de maior preço, em razão da durabilidade daquilo que é objeto da concorrência. Mas, no caso, o edital é específico — **menor preço global**. E no item IV, 3.1, ao formular a forma de cálculo, estabelece o edital que será a média **aritmética ponderada**, considerando-se os preços ofertados pelos licitantes e as quantidades constantes do Capítulo 1º, item I.1. E a regra, conjugada com o inciso principal, permite o entendimento de que o Estado poderia, manipulando as diversas concorrências, exatamente escolher as qualidades de menor preço de cada uma das propostas. E este é o interesse fundamental, porque se tratava de mercadoria. O que interessava ao Estado era pagar o menor preço pela totalidade da carne oferecida. Ora, não tenho condições de impor ao Estado o ônus pretendido. "Data venia" do eminente julgador, que verberou contra a atividade do Superintendente do Departamento Central de Administração do Material, entendendo que ele agiu com toda a lisura e no interesse exclusivo do Estado do Rio Grande do Sul, ao pretender pagar menos por carne ofertada. Não deixava de atender ao interesse do Estado porque todas as qualidades seriam fornecidas, e o Estado iria pagar menos pela carne a ser adquirida".

4. É de se ressaltar, ainda, em aditamento à citação acima, que de uma análise sistemática do edital, fica claro que o critério básico a ser utilizado pela Comissão de licitação no julgamento das propostas era o de menor preço global. Esse era o espírito do mesmo, tanto que não fez qualquer referência à obrigatoriedade de os licitantes apresentarem propostas para todos os tipos de carne a serem adquiridas.

Parece-nos salvante juízo contrário que, se tal fosse a vontade da Administração Estadual, esta deveria fazer menção expressa a tal circunstância; como não o fez, facultou, **ipso facto**, aos concorrentes a apresentação de propostas parciais. E, para se manter coerente com essa linha de existência, poderia, como efetivamente o fez, adjudicar parcialmente a concorrência a mais de um licitante visto ter, **in casu**, se apresentado a solução da divisibilidade como mais vantajosa para o Estado e não existir, para isso, qualquer óbice quer jurídico ou material.

Inocorreu o primeiro obstáculo, porque o edital não o proibiu e, quanto ao segundo, aquele dividiu o objeto em cinco subitens, referindo a quantidade de cada qual. E, na lição de HELY LOPES MEIRELLES,

"A divisibilidade do julgamento é possível desde que o pedido no edital conste de itens ou subitens distintos e a proposta possa ser aceita por partes, caracterizando objeto divisível. Nesse caso, a adjudicação ou a homologação e a anulação do julgamento podem ser parciais..." (in "Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Trib. S. Paulo, 1976, 4ª edição atualizada, p. 277).

Aliás, em assim deliberando, atendeu a Comissão aos termos constantes do artigo 2º da Lei Estadual nº 6.499, de 22 de dezembro de 1972, segundo o qual,

"A autoridade administrativa, na aferição das propostas, considerará também, como critério de julgamento, nas licitações, os fatores econômicos que, comprovadamente, resultam em redução de preço do fornecimento, obras ou serviços".

5. Doutra parte, defeito teria havido se o Estado houvesse contratado com o concorrente porque, então sim, estaria a vulnerar o edital, fugindo do critério nele consignado, seja, o de menor preço e, via de consequência, fraudando o interesse público.

A esse propósito, diz HELY LOPES MEIRELLES:

"Em qualquer modalidade ou tipo de licitação, SALVO NA DE MENOR PREÇO (Grifei), a classificação das propostas deve ser claramente justificada na ata de julgamento, como determina o Decreto-Lei 200/67 (art. 133, parágrafo único), indicando-se os fatores considerados e as vantagens de cada oferta, apontadas objetivamente, de modo a permitir a verificação da legitimidade e da exatidão do julgamento, que não é ato discricionário, mas vinculado ao critério estabelecido no edital. Além do mais, nenhuma escolha se justifica sem que haja real interesse para a Administração, TRADUZIDO NA PRDPDSTA MAIS VANTAJOSA (Grifei). É o que compete ao órgão julgador demonstrar, porque a escolha de

proposta sem interesse ou CONTRA O INTERESSE PÚBLICO É ATD APARTADO DE SUA FINALIDADE E, COMO TAL, NULO POR DESVIO DE PODER' (Grifei).

6. Assim como a Administração não praticou o ilícito alegado pela recorrente, não teria porque decretar a nulidade da licitação, ou dispensá-la, ou ainda adjudicar o objeto da mesma a quem não foi o real vencedor;

7. Mas, supondo-se, para argumentar, tenha ocorrido irregularidade no julgamento, adjudicação e contratação com licitantes não vencedores, ainda assim, o fato de ter sido a concorrência nulificada pela sentença que julgou o mandado de segurança, reconhecendo, ainda à Administração a faculdade de utilizar-se da prerrogativa constante do parágrafo 2º do artigo 126, do Decreto-lei nº 200/67, tornou perfeito o contrato assinado com as demais licitantes;

8. Assim postas as coisas, visto como o Estado não se conduziu desconformemente ao direito e, portanto, permanecendo dentro dos balizamentos da licitude, correto está o Acórdão atacado por via do Apelo Extraordinário, ao determinar o descabimento da atualização monetária, pela inocorrência na espécie, de ato ilícito da administração pública. E, no entender do recorrido, conforme antes já teve oportunidade de demonstrar, nem irregularidade houve no julgamento.

9. Ao solucionar o litígio dessa forma, decidiu a Egrégia 4ª Câmara Cível em sintonia com a SÚMULA 562, que só admite a correção monetária na hipótese da ocorrência de danos oriundos da prática de ato ilícito.

10. E não se diga, como o fez a recorrente que, ao excluir da condenação o pagamento da correção monetária, julgou o Aresto censurado matéria que não foi objeto de Contestação pelo recorrido, incorrendo em **reformatio in pejus**.

Pelo menos ao Estado parece óbvio que, ao postular na Contestação fosse julgada totalmente improcedente a ação (fls. 103), reiterando o mesmo pedido ao ensejo de apresentação de suas razões de apelante (fls. 152), de forma nenhuma deixou de contestar o pedido, também nessa parte.

11. Por derradeiro, o requerente entende por bem consignar que, deixa de contrariar a respeito dos lucros cessantes, porque foram eles expressamente excluídos pelo Dr. Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, quando se

pronunciou sobre o cabimento do Recurso Extraordinário e, também, porque não foram objeto do pedido do recorrente (fls. 242), o qual, só postulou a Reforma do julgado recorrido, tocante à correção monetária.

ANTE TODO O EXPOSTO,

REQUER o postulante a essa Excelsa Corte o improvimento do Recurso interposto, mantendo, assim em todos os seus termos o Aresto impugnado.

N. Termos

P. Deferimento.

PORTO ALEGRE, 11 de março de 1980.

PREScrição

RAZÕES DO EMBARGADO

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Relator
Na apelação Cível, nº 34.825/PA.

Objeto: razões de resposta aos Embargos Infringentes.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL demandado por **AGOSTINHO MARTINS PINTO** suscitou em sua resposta ao pedido, em caráter preliminar, a prescrição, a qual veio de ser reconhecida pela decisão de primeiro grau, relevando da mesma as questões concernentes à gratificação por risco de vida e ao regime especial de trabalho, pois "... foram objeto de leis supervenientes ao despacho denegatório final, do Chefe do Executivo". (cf. sentença, fls. 371) e a que implicava preceito declaratório por, como acentuara a resposta, juridicamente impossível. O autor, inconformado pelo reconhecimento da questão suscitada, apelou à instância revisional que, neste aspecto, confirmou a decisão originária. Pretende, agora, a revisão do acórdão, face a existência de voto vencido quanto à questão prescricional.

1. A irresignação assenta-se no voto vencido, que adere à tese da imprescritibilidade dos direitos que se inserem na relação estatutária. Entretanto o embargante elide a controvérsia fazendo entender que, independentemente das teses que se opõem, a prescrição não poderia ser reconhecida face os insistentes reclamos administrativos, que a todo tempo, o autor veiculara. Increpa, assim, porém com elegância, erro na apreciação de fatos.

2. Nada mais enganador. Os fatos são absolutamente incontroversos e neste aspecto foram fielmente retratados pela decisão de 1º grau, nos seguintes termos:

"O autor foi aposentado em 1969 (Diário Oficial de 10.04.69), conforme se verifica a fls. 21. Como se depreende do exame do ato e foi mencionado na inicial, não lhe foi reconhecido o direito ao recebimento da diferença entre os padrões 15 e 14, nem à gratificação de risco de vida, nem à vantagem decorrente do regime especial de 44 horas. Vê-se que o autor reclamou, administrativamente, contra a não concessão da diferença de padrões (fls. 274), resignando-se quanto ao restante. O Poder Público, porém, mantave a negativa, através do despacho de fls. 341, do Chefe do Executivo, datado de 18.7.72. A demanda ingressou em 12.9.78 (distribuição). Portanto, mais de cinco anos depois da decisão da última instância administrativa. (Cf. decisão fls. 370)

Em decisão proferida em 17/12/1982 foram rejeitados os embargos por unanimidade.

É absolutamente indiscutível que a decisão do então Sr. Governador, Eng.º Euclides Triches, encerrou a instância administrativa, posto que irrecurável, nos termos da ordenação recursal administrativa estabelecida expressamente no art. 197 da Lei 1.751/52, Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Neste sentido, até mesmo o despacho do então CONSULTOR-GERAL DO ESTADO não condizia, embora afirmasse, com toda a correção, que a instância administrativa havia se encerrado, e irrepreensivelmente, com as disposições estatutárias que vedam, peremptoriamente, a reiteração de recurso à mesma autoridade, 'in casu', o Sr. Governador (cf. item VII, art. 197, Lei 1.751/52). (Cf., também, despacho de fls. 348).

Remanesce, pois, absolutamente inconcussa a conclusão que destes fatos fez decorrer a veneranda decisão de primeiro grau, nestes termos:

"Logo, nos termos do decreto 20.910/32, incidiu a prescrição. A insistência do demandante, na esfera administrativa (fls. 342 em diante), sempre com vistas à diferenças de padrões, e o despacho de fls. 348, do Consultor-Geral do Estado, NÃO INTERROMPERAM O CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. Mesmo que o autor tivesse atendido a sugestão contida nesse despacho (pedido de reconsideração dirigido ao Governador), a interrupção não se daria, pois sabe-se que tal pedido não tem esse efeito. Em consequência, a prescrição atingiu os itens acima aludidos.

(Cf. sentença, fls. 371, grifou-se e ressaltou-se)

3. Estes fatos foram agasalhados inteiramente pelo respeitável acórdão recorrido ao fixar os pontos relevantes ao desate da questão prescricional que lhe era devolvida ao conhecimento face o recurso voluntário do autor.

4. A tese do autor nos infringentes, que ressalte-se não é a do **voto vencido**, e nem lhe faz justiça, repouse sobre dois enganos manifestos.

O um, é o que se aludiu acima. Não basta tão-somente, a irresignação na via administrativa para ter-se, por efeito, a interrupção do lapso prescricional. Não. É necessário que a irresignação seja eficazmente produzida. Neste sentido o TRIBUNAL DE JUSTIÇA em diversos de seus julgados fixou que o próprio pedido de reconsideração não possui o condão de interromper a fluência do prazo prescricional, como anotou a sentença de 1º grau (fls. 371).

O dois, é de ordem legal. Mesmo admitindo-se que o prazo deixou de fluir até a data do despacho do Sr. Consultor do Estado, que o recurso refe-

re como sendo 09 de abril de 1975, mesmo assim era de manter-se o reconhecimento da prescrição para a espécie.

Consta da lei que **interrompida a fluência do prazo quinquenal, este recomeça a correr pela metade**. É o que se tem, a toda luz, no art. 3º do Dec. Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942. 'Verbis':

"Art. 3º A prescrição das dívidas, **direitos e ações** a que se refere o **Decreto nº 20.910**, de 6 de janeiro de 1932, **somente pode ser interrompida por uma vez**, e recomeça a correr, PELA METADE DO PRAZO, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper;...."

Ora, quando do ingresso da presente ação, 12 de setembro de 78, já, ineludivelmente, havia transcorrido **dois anos e meio** do último ato da administração anotado pelo autor, com a data de 09.04.1975. Consequentemente era de considerar-se prescrito o direito de ação do autor.

Sendo assim, crê-se, que as únicas razões pertinentes e relevantes para o desate do presente recurso são as do próprio voto vencido.

Não vem a pelo ventilar-se, aqui, causas externas ao dissídio jurisprudencial, tais como a que refere o doutíssimo voto vencido: "... O todo poderoso Estado dispõe dos meios legislativos para, através de normas claras superar a causa da controvérsia jurisprudencial. / Silência. Interessa-lhe o dissídio, inclusive, do STF a, conforme a composição, ditar soluções antinômicas". (cf. acórdão fls. 08, autos fls. 407). Como denúncia de uma situação de fato certamente seria mais eficaz se apositamente formulada em foro próprio.

Interessa, pois, isto sim, tentar superar a controvérsia acrescentando-se, a cada caso, se possível, novos esclarecimentos, com fé inquebrantável no judiciário, órgão por excelência racionalizador, único capaz de solucionar as aparentes antinomias que revelam, quicá, as contradições de interesses entrevistas na observação do duto magistrado prolator do voto divergente.

6. O autor pretendeu com a presente ação o reconhecimento de uma "situação jurídica controvertida" na qual a administração desde o primeiro momento fixou entendimento contrário aos interesses em causa. O Estado moderno não é, efetivamente concebido como um demiurgo, senhor de toda a razoabilidade e ciência. O executivo detendo parcela considerável dos direitos que a ordem constitucional reconhece ao Estado, de sua vez, deve fixar o seu entendimento em número cada vez maior de questões que se tornam mais complexas quanto mais avança sua intervenção no domínio econômico, quanto mais especializa órgãos no sentido de prover o bem-estar social, mediante atuação preponderante em segmentos que a iniciativa dos particulares ou não atinge ou lhe é especificamente reservada. É o Estado Social

moderno que cumpre ser aperfeiçoado. Em sua multifacetária atividade o Estado tange, à miúdo, a esfera de direitos individuais. Esta invasão faz com que surja para o indivíduo pretensões ao restabelecimento do direito violado. Cabe-lhe agir, eficazmente, e a ordem jurídica, a mesma que sujeita o Estado, confere-lhe com os procedimentos, estabelecidos quer na ordem administrativa, quer judiciariamente, necessários e suficientes para por a cobro o dano sofrido. Entretanto, de há muito, o legislador se deu conta que um dos fatores mais essenciais à harmonia social é a estabilidade nas relações jurídicas. E para este objetivo concorrem dois institutos jurídicos de relevo: a **coisa julgada e a prescrição**. Esta última o Min. ROORIGUES ALCKMIN, acentuando opinião do Min. OJACI FALCÃO, no RE 68.447, assim se referiu "... a prescrição medida de **POLÍTICA JURÍDICA** em prol da harmonia social, visa exatamente afastar incertezas nas relações jurídicas" (cf. voto no RE 80.913/RS — TRIBUNAL PLENO — RTJ 84/193).

Neste sentido a prescrição favorece ao indivíduo mais que ao Estado: confere-lhe a garantia de não ver-se eternamente sujeito a questionamentos por fatos do pretérito mediato. Exceção de defesa, genérica, sugere esta sua configuração ser mais necessária a quem é atacado.

POR ISSO, EXATAMENTE, POR ESTA SUA IMPORTÂNCIA É QUE SE FIXOU COMO REGRA A PRESCRITIBILIDADE DOS DIREITOS E COMO EXCEÇÃO A IMPRESCRITIBILIDADE.

7. Oaí porque soa, muito radical, a tese da imprescritibilidade dos direitos concernentes à relação estatutária, tal como a formulou, com reconhecido brilho, o eminente MIN. ELOY DA ROCHA.

Este endereço crítico pode ser surpreendido em recentíssimo voto prolatado no RE 80.913, originário do Estado do Rio Grande do Sul. Apreciado pelo pleno foi reconhecido, com exceção dos votos dos Mins. Cunha Peixoto e Eloy da Rocha, a prescritibilidade dos direitos não reconhecidos pela Fazenda Pública. Veja-se os termos em que se profloga a radicalidade da tese da imprescritibilidade:

"Por isso não posso concordar com a tese radical do eminente Ministro Eloy da Rocha, cuja falha, em meu entender, consiste em considerar que a prescrição só não será das prestações se se discutir a existência, ou não, de relação funcional entre o servidor e o Estado, porque tudo o mais se traduz em vantagens periódicas. A falha desta tese consiste em não considerar que a situação jurídica fundamental — ser funcionário — não é estática, imutável. Ela se modifica no tempo, por força de promoções, acessos, reclassificações. O direito a essas modificações, à semelhança do que ocorre com a própria situação jurídica básica — ser funcionário — é suscetível de ser violado, nascendo daí a pretensão para

que se afaste tal ofensa, pretensão que prescreve dentro de cinco anos a contar da data da violação. ..."

(Cf. voto Min. MOREIRA ALVES, 'in' RTJ, vol. 84, p. 199, 200).

Por outra, como já se disse em razões de recurso extraordinário cuja arguição de relevância foi acolhida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, "... o que se objetiva à tese que foi sustentada pelo ilustre Min. Eloy da Rocha, **não é serem os direitos passíveis de prescrição**, Objeta-se a colocação do problema, no todo. A prescrição não pode ser entendida no plano da existência, como se com ela se quisesse atacar os direitos, tornando-os inexistentes, porque aí a prescrição seria mais que a nulidade, o que não é correto. Ela atua no plano da eficácia, atacando a pretensão e trancando a ação que atualizaria, para o sujeito, o direito não exercido a tempo. Neste sentido, então, a prescrição não atinge o direito, negando-lhe a existência, ... simplesmente, quando alegada (se não é alegada não pode ser declarada de ofício, art. 166 do Cód. Civil) retira a eficácia à pretensão extinguindo-a, por decorrência, inviabilizando a ação, causa de extinção do processo, como é reconhecida pela lei adjetiva (art. 269, IV do CPC)". Superando-se, pois, a idêia-força da tese do Min. ELOY DA ROCHA, que por sua colocação habilidosa enfrentava os que se lhe opunham com a necessidade de admitir-se que **os direitos prescrevem**, para que se conceba a prescritibilidade dos direitos que compõem a relação estatutária, remanesce, indelével, a regra geral: tratando-se de direito não reconhecido, a violação da qual exsurge a pretensão ao restabelecimento do direito violado (princípio da acionabilidade das pretensões subjetivadas 'uti singuli') constitui o TERMO INICIAL, segundo a regra do art. 1º do OEC. FEDERAL nº 20.910/32, do prazo prescricional que segundo este mesmo decreto favorece a FAZENDA PÚBLICA.

8. Esta tese é, no presente atualmente, amplamente majoritária no STF, e como fez ver o voto do relator, na presente ação, é a da maioria dos Grupos de Câmaras Cíveis do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, (cf. decisão embargada, fls. 07, autos fls. 406).

9. Na espécie, se está em presença de direito não reconhecido, a todo tempo pela administração. A instância administrativa encerrou a 18 de julho de 1972, quando, mediante despacho de fls. 341, o CHEFE DO EXECUTIVO, manteve, com a aprovação do SEGUNDO PARECER, com idêntica conclusão do primeiro, da CONSULTORIA-GERAL DO ESTADO, a negativa da autoridade subalterna que não atendera a postulação do autor, ora em causa.

A ação ingressou em 12 de setembro de 1978, portanto além do quinquênio estabelecido como prazo para as pretensões dirigidas contra a Fazenda Pública. O ESTADO, EM RESPOSTA AO PEIOO, EM JUÍZO, SUSCITOU A MATÉRIA PRESCRICIONAL COMO EXCEÇÃO DE DEFESA.

IMPENHOIA RECONHECER A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.

Assim se manifestou o juízo de primeiro grau, assim foi mantido pelo juízo revisor e assim deverá ser mantido o pronunciamento judicial da prescrição como imperativo de ordem jurídica.

REQUER, pois, a V. Ex.^a, o recebimento das presentes razões de resposta aos embargos infringentes, determinando outrossim o processamento das mesmas para fins de apreciação PELO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS objetivando a manutenção da decisão embargada, o que se constitui no pedido das presentes razões.

T.T. em que
P. Deferimento.

PORTO ALEGRE, 9 de outubro de 1981.

JURISPRUDÊNCIA

CARGO PÚBLICO ESTADUAL

NOMEAÇÃO:

Deve a Administração tornar sem efeito a nomeação do funcionário que não toma posse no prazo previsto em lei. VOTO VENCIDO: mantém-se o direito à posse, se o Poder Público a impediu. Sentença confirmada pela conclusão. Aplicação do art. 32 da Lei Estadual nº 1.751/52.

APELAÇÃO CÍVEL
Nº 37.698
FERNANDO GUEDES DO CANTO,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

1ª CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE
APELANTE;
APELADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o eminente revisor, negar provimento à apelação, o que decidem pelos fundamentos e nos termos expostos nas notas taquigráficas, em anexo, que incorporam ao presente aresto.

Custas, **ex lege**.

Participou, também, do julgamento o eminente Desembargador TULIO MEDINA MARTINS.

PORTO ALEGRE, 30 de junho de 1981.

CRISTIÃO GRAEFF JÚNIOR — Presidente e Relator

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — Vencido

RELATÓRIO

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR) — Sintetizo a matéria objeto deste recurso, exposta no relatório recém lido:

O apelante, em razão de concurso público realizado em 1965, foi nomeado, pelo Estado do Rio Grande do Sul, médico clínico da Secretaria da Saúde, ~~ut~~ portaria de 12.12.74, publicada a 13 seguinte, tendo, porém, sido em 1º do mesmo mês diplomado Deputado da Assembléia Legislativa, em 20 daquele mês, requereu prorrogação "por mais 30 dias do prazo a que tem direito para apresentar os documentos comprobatórios de sua condição e, como consequência, se assim for permitido, investir-se na função" explicando que, pela condição de deputado estadual eleito e diplomado, haveria dúvida quanto à oportunidade legal dessa investidura. (fls. 119).

Em 31.01.75 tomou posse como Deputado e em 08.08.1975, a Administração tornou sem efeito o ato da nomeação.

Em 11.10.79, o apelante ajuizou esta ação contra o Estado do Rio Grande do Sul, omitindo que pedira prorrogação do prazo para posse, e sustentando que, "na ausência de sua manifestação sobre qual cargo desejaria ocupar, se deputado ou médico", a Administração não poderia, sem cometer ilegalidade, anular sua nomeação, que pede seja declarada subsistente por sentença.

A apelação volta-se contra a sentença que julgou a ação improcedente. Suscita preliminar de sua nulidade por infração ao art. 132 do CPC., pois o juiz que a lavrou não foi o mesmo que despachou os expedientes constantes da instrução.

Na resposta, o Estado do Rio Grande do Sul suscitou a intempestividade do recurso, argumentando: "Publicada a intimação da sentença no 'Diário Oficial' de 11.09.80, que circulou em data de 12.09.80, sexta-feira, o prazo para apelação teve início em data de 15.09.80, terminando dia 29.09.80, às 18h (art. 172 do CPC). Entretanto, como se verifica pelo carimbo e certidão do Sr. Oficial Judicial, a fls. 137/171, o recurso foi entregue em cartório às 18h e 25min do dia 29.09.80, a des- tempo assim".

VOTO

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JUNIOR) — Rejeito a preliminar de intempestividade e conheço do recurso.

A intimação foi publicada no dia 11.09.80, quinta-feira, que somente circulou no "Diário Oficial" do dia 12.09.80, sexta-feira, que somente circulou sexta-feira à tarde. Logo, o prazo teve início segunda-feira, dia 15, terminando precisamente no dia 29, quando foi a apelação entregue em cartório, não importando que às 18h e 25min.

O STF (RTJ, 64/436), na vigência da Lei nº 1.408/51, cujo art. 3º dispunha no mesmo sentido do art. 184, § 1º, II, do CPC. (Jornal de quinta-feira que circulou no Rio Grande do Sul sexta-feira à tarde), assim já decidiu, embora ali não se cogitasse de saber o excesso de horário.

A despeito do disposto no art. 172 do CPC, entendo que, para o efeito de interposição de recurso, se o cartório está aberto e se foi aceita a apresentação do recurso em cartório no dia do término do prazo, não importa que a entrega tenha sido realizada alguns minutos após às 18h. Isso quando o prazo, como no caso, é contado em dias.

O DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — De acordo.

O DES. TULIO MEDINA MARTINS — Também de acordo. Acho que se o apelante fez entrega do seu recurso é porque o cartório estava aberto, e ao apelado cumpriria provar a eventual entrega irregular, além do horário de expediente normal.

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JR. — RELATOR) — Rejeito também a preliminar de nulidade da sentença, por inaplicável à espécie o art. 132 do CPC, pois não houve audiência, por desnecessária. O juiz conheceu diretamente dos pedidos, nos termos do art. 330, I, do CPC.

O DES. ATHDS GUSMÃO CARNEIRO — De acordo.

O DES. TULIO MARTINS — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JR. — RELATOR) — No mérito, observo que, nas longas razões de apelação de fls. 139/171, o apelante argumenta com a possibilidade do exercício do cargo de provimento efetivo, embora no período de estágio probatório, e a deputação.

"Data venia" da argumentação e do parecer de fls. 190/194, do Procurador da Justiça não é isso que está em discussão.

O apelante, nomeado mais de nove anos após aprovação em concurso, não tomou posse. Ficou em dúvida sobre se, investindo-se na posse do cargo para o qual foi nomeado, não correria o risco de perder o mandato de deputado conquistado nas eleições. Enredou-se no disposto no art. 18, I, letra B e 19, I da Constituição Estadual.

A Administração, anulando a nomeação, limitou-se a cumprir o disposto no art. 32, § 3º, da Lei Estadual nº 1.751, de 22.02.52 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado), cujo § 2º não se aplica ao caso do apelante. Esse § 2º estabelece que "o prazo inicial para o funcionário em férias, ou licenciado, exceto no caso de licença para tratar de interesses particulares, será contado da data em que deva voltar ao serviço".

Não posso conceber licença antes da posse. É a posse que aperfeiçoa o ato jurídico complexo da investidura em cargo público. Sem posse, não se pode cogitar do exercício de qualquer cargo público. De modo que o apelante não foi exonerado.

O que aconteceu foi que a Administração cumpriu rigorosamente a lei ao considerar sem efeito a nomeação, nos precisos termos do § 3º da citada Lei Estadual, que manda tornar sem efeito a nomeação se a posse não ocorrer no prazo legal.

A invocação à Súmula nº 21 do colendo STF é filha de equívoco, porque o apelante não foi exonerado. Perdeu o cargo porque não tomou posse.

Escorreita, por conseguinte, a argumentação do Estado expendida pela Consultora Jurídica Márcia Porto Castro, que adoto. Diz essa contestação:

"Não se efetivou a relação estatutária.

Não há como se falar em estágio probatório ou "demissão ou talante da Administração", onde não se constitui relação estatutária.

O Autor, para tomar posse no cargo de médico para o qual fora nomeado, deveria afastar-se do de deputado estadual. Optou implicitamente pelo cargo de deputado estadual.

A Lei nº 1.751 de 22.02.52, Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado determina:

Art. 27 — Posse é o ato que investe o cidadão em cargo público.

E no art. 32.

"A posse verificar-se-á dentro de prazo de quinze dias contados da data da publicação do ato de nomeação no Órgão Oficial.

§ 1º — Este prazo poderá ser prorrogado até trinta dias, a requerimento do interessado, por motivo justificado, a critério da autoridade competente.

§ 3º — Se a posse não se der dentro do prazo inicial ou da prorrogação será tornada sem efeito a nomeação."

Foi o que ocorreu. O Autor deixou transcorrer o prazo sem manifestar-se, e foi tornada sem efeito a sua nomeação.

"A relação entre o Estado e o funcionário não se aperfeiçoa com a simples nomeação. Para que se complete é necessário que o nomeado tome posse.

Posse é a aceitação do cargo e um compromisso de bem servir.

Se a posse não se der no prazo legal fica sem efeito a nomeação isto é, caduca." CELSO A. BANDEIRA DE MELLO. Apontamentos sobre órgãos e serviços públicos, fls. 32.

Também HELY LOPES MEIRELLES, a fls. 401 esclarece:

"A NOMEAÇÃO é o ato de investidura do funcionário, no cargo, o qual se completa com a POSSE e o EXERCÍCIO.

A POSSE é a CONDITIO JURIS da função pública. Por ela se deferem ao funcionário ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo ou do mandato. Antes da posse não há provimento do cargo, nem pode haver exercício da função pública. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como também gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. Por isso mesmo, a nomeação regular só pode ser desfeita pela Administração antes da posse do nomeado." (Direito Administrativo Brasileiro fls. 401 6ª edição).

Assim verifica-se que a pretensão do A. fundamentada em estágio probatório desmorona-se ante a constatação que não houve posse e não houve constituição de relação estatutária." (fls. 60/62).

Aliás, na espécie, aplicam-se os julgados naquela peça invocados e publicados in RDA, 74/147, 100/83 e 101/120.

Nessas condições, nego provimento à apelação e confirmo a sentença pela sua conclusão, eis que o juiz também embarcou na discussão a respeito da possibilidade do exercício dos dois cargos, que é inútil para o deslinde da causa.

O DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — Sr. Presidente. Vou rogar vênias a V. Ex.ª para, muito respeitosamente, divergir, e procurarei fundamentar o meu ponto de vista da maneira mais sucinta.

Em primeiro lugar, trago à balha a norma da Constituição Estadual, art. 100, **verbis**: "O funcionário público investido em mandato eletivo federal ou estadual ficará afastado do exercício do cargo e somente por antiguidade será promovido".

Então, em linha de princípio, não há incompatibilidade entre a titulação do cargo, por evidência cargo em que não haja demissibilidade **ad nutum**, e o exercício de mandato eletivo.

De outra parte, o autor foi nomeado por concurso público e, nos termos da Súmula nº 16, "o funcionário nomeado por concurso tem direito à posse".

Entretanto, entende V. Ex.^a que ao apelante não assiste direito, simplesmente pela circunstância de que não tomou posse e, em decorrência, nos estritos termos do art. 32, § 3º, do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, foi sua nomeação tornada sem efeito.

Entretanto, é de ponderar que o impetrante, eleito e diplomado deputado estadual, ficou em dúvida sobre a oportunidade em a qual deveria tomar posse no cargo, e inclusive sobre a possibilidade de fazê-lo. Por isso, aos 20.12.74 o Dr. Fernando Guedes do Canto dirigiu ofício ao Secretário dos Negócios da Administração, postulando: "... requer seja prorrogado por mais 30 dias o prazo que tem direito para apresentar os documentos comprobatórios de sua condição e, como consequência, se assim for permitido, investir-se na função". Mas não tomou posse e o ato de nomeação foi tornado sem efeito.

Agora, parece-me que é de perguntar: por que o apelante não tomou posse?

Há um parecer, a fls. 74, da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, sob a seguinte ementa: "Mandato eletivo estadual. Investidura em cargo público após a expedição do diploma de deputado. Impossibilidade". Nele se narra que o concursado Fernando Guedes do Canto, não se conformando com o ato que declarou sem efeito a sua nomeação, havia pedido reconsideração da referida decisão, e a Secretaria da Saúde remeteu à Secretaria da Administração o expediente de reconsideração. O item 2 do parecer diz o seguinte: "O recorrente é deputado estadual diplomado em 01.12.74, tendo, em 20.12.74, solicitado prorrogação 'por mais de 30 dias' para apresentar os documentos necessários e, 'se assim for permitido, investir-se na função'. Entendeu esta Secretaria inviável aceitar ou exercer cargo de pessoa de direito público no caso em análise, com fundamento no art. 18 da Constituição Estadual". A seguir passa a tratar do pedido de reconsideração.

Verificamos, pois, que, face ao pedido de prorrogação de prazo, foi ouvida a Secretaria da Administração. E o Poder Público entendeu inviável aceitar cargo, em entidade de direito público, a pessoa já diplomada deputado. Portanto, de qualquer maneira, a Administração Pública não permitiu, obstaculizou a posse almejada pelo apelante.

Tenho para mim que, como prestou concurso, e como a teor da Súmula n.º 16, tinha ele direito à posse, o fato de haver sido o recorrente diplomado deputado lhe não impediria tomar posse, e, incontinenti, ou quando iniciasse a legislatura, entrar na licença prevista no art. 100 da Constituição Estadual, em circunstâncias que são similares, e merecem idêntica solução, a do art. 32, 2º do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Portanto, visando a restaurar os direitos decorrentes da nomeação do autor como concursado e aprovado, impende deferir-lhe a reabertura do prazo para posse no cargo.

Nesses termos dou provimento à apelação. Custas na forma da lei e honorários de advogado na base de 5 salários mínimos regionais vigentes no momento do pagamento.

O DES. TÚLIO MEDINA MARTINS — Peço vista.

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JR.) — Apelação Cível n.º 37.698, de Porto Alegre — À unanimidade, rejeitaram as preliminares e, após o voto do Relator, negando provimento, e do Revisor, provendo a apelação, foi o julgamento adiado face ao pedido de vista do eminente Des. Túlio Medina Martins.

CONTINUAÇÃO DO JULGAMENTO

O DES. TÚLIO MEDINA MARTINS — Nomeado para o cargo, o apelante não tomou posse, pelo que, a teor do disposto no § 3º do art. 32 da Lei Estadual n.º 1.751, de 22.02.52, a nomeação foi tornada sem efeito.

Não há prova de que o autor tenha sido impedido, por parte de autoridades estaduais, de tomar posse no cargo. Nem ele alega isso; pelo contrário, queixa-se de que nunca foi chamado a optar entre a função pública a que se habilitou por concurso e o mandato parlamentar em que fora diplomado.

Nessas condições, nego provimento à apelação, acompanhando os argumentos do eminente Relator e pedindo vênia ao eminente Revisor.

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JR.) — Apelação Cível n.º 37.698, de Porto Alegre — Por maioria, vencido o eminente Revisor, negaram provimento.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA EM DIREITO TRIBUTÁRIO

6.10.82

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 94.462-1 (E.) — SÃO PAULO

EMBARGANTE: UNIÃO FEDERAL

EMBARGADA: FIBRATAM S/A — USINA DE TAMBORES DE FIBRA

EMENTA — Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário.

— Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco".

— É esse o entendimento atual de ambas as Turmas do S.T.F.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e receber os embargos.

Brasília-DF, 6 de outubro de 1982.

DJACI FALCÃO — Presidente

MOREIRA ALVES — Relator

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 94.462-1 (E.) — SÃO PAULO

RELATOR: O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES

EMBARGANTE: UNIÃO FEDERAL

EMBARGADO: FIBRATAM S/A. — USINA DE TAMBORES DE FIBRA

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES — É este o teor do voto do Relator do acórdão embargado, Ministro Soares Muñoz (fls. 227/235):

"VOTO

O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ (RELATOR): — O auto de infração e notificação fiscal foi lavrado no dia 28.10.69, por ter a ora recorrente, nos exercícios de 1967 e 1968, escriturado as verbas discriminadas no referido auto, sem que elas correspondessem às despesas efetivamente realizadas.

Contra essa autuação, a ora recorrente apresentou reclamação e, depois, recurso para o Primeiro Conselho de Contribuintes, que foi a final julgado a 23.04.75, sendo intimada a reclamante no início de dezembro, e no mesmo mês impetrou o presente mandado de segurança.

No Sistema Tributário Nacional, o prazo decadencial começa a correr "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, C.T.N.). Transplantando-se essa regra a espécie "sub judice", vê-se que o dia inicial da decadência ocorreu nos dias primeiro de janeiro de 1968 e de 1969.

De seu turno, a prescrição quinquenal, em prol da Fazenda Pública, começa a contar-se do dia em que se constituiu definitivamente o crédito fiscal que coincide com o dia da notificação, se esta não sofreu impugnação; caso contrário, será o correspondente à última decisão proferida no processo administrativo (art. 174 C.T.N.).

A regra do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, consoante o qual "suspendem a exigibilidade do crédito tributário... III — as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo", significa apenas reiteração do princípio doutrinário de que a decadência não é suscetível de suspensão, nem de interrupção.

Desses dados verifica-se que não ocorreu a prescrição; entretanto, a decadência se consumou, uma vez que, entre o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que os dois lançamentos poderiam ter sido

efetuados e a decisão do recurso interposto para o Primeiro Conselho de Contribuintes, fluíram mais que cinco anos (1968 e 1969 e 1975).

O acórdão, negando essa causa de extinção da dívida, dissentiu da decisão-paradigma da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo eminente Ministro Moreira Alves e encimada por esta ementa:

"Crédito Tributário. Extinção.

— O acórdão recorrido, por haver afirmado que, entre a notificação fiscal e a decisão do recurso administrativo, se operou a decadência, porque nesse período fluía prazo dessa natureza e não prazo de prescrição, não negou vigência ao artigo 174, nem ao artigo 151, III, ambos do CTN, uma vez que, realmente, antes de o recurso administrativo estar decidido em última instância administrativa, a exigibilidade do crédito está suspensa, não podendo fluir prazo de prescrição, o que somente pode ocorrer se o direito de crédito já exigível tiver sido violado.

— Dissídio de jurisprudência não comprovado por falta de observância da exigência da parte final do artigo 305 do Regimento Interno do STF e da Súmula 291. Recurso Extraordinário não conhecido." (RTJ 92/346).

Aliás, o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que deu ensejo ao RE 89.765 do qual reproduzi a ementa, se acha bem fundamentado, "verbis":

Trata-se de lançamento de ofício pertinente ao imposto sobre circulação de mercadorias.

Dispõe o Código Tributário Nacional, em seu art. 174: — "A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva". O termo inicial da prescrição é a data da constituição definitiva do crédito fiscal e o período anterior a esta definitividade, segundo o magistério autorizado do suíço Ernts Blumens-stein é de simples decadência que faz precluir o direito de imposição fiscal, não podendo ocorrer nenhum hiato entre o prazo prescricional e o de decadência (Sistema di Diritto Delle Imposte, ed. 1954, págs. 248 e seguintes, citado por Fábio Fanucchi, Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 1).

Portanto, é decisivo responder a esta pergunta: o que é constituição definitiva de crédito tributário? O Código Tributário Nacional nos arts.

174 e 154 emprega as expressões "constituição definitiva" e crédito definitivamente "constituído". Ora, é de boa hermenêutica que a lei não contém palavras supérfluas, todas elas aptas ao esclarecimento do diploma legal. Assim, a idéia que dá a lei tributária — é o raciocínio lógico que se impõe — é da existência de créditos fiscais não definitivamente constituídos. E como decorre da própria expressão utilizada pelo legislador, créditos definitivamente constituídos só podem ser aqueles atingidos pela preclusão, isto é, não impugnados pelo sujeito passivo na fase administrativa ou após a decisão proferida no procedimento fiscal administrativo, quando impugnados tempestivamente. É este o sentido que ao termo emprestam estudiosos do direito tributário, a começar pelo maior doutrinador, que foi o saudoso Rubens Gomes de Souza: "Se o contribuinte contesta os resultados do processo de lançamento, este fica em suspenso até a decisão final do processo", e essa decisão é que constituirá afinal o lançamento definitivo, que poderá ser idêntico ao lançamento anterior contestado (se o contribuinte perder o processo) ou poderá modificá-lo (se o contribuinte ganhar parcialmente o processo) ou ainda anulá-lo (se o contribuinte ganhar totalmente). (Cadernos de Pesquisas Tributárias, vol. 1, pág. 153, citado por Francisco de Assis Praxedes). No mesmo caderno, vol. II, págs. 117 e seguintes, encontram-se no mesmo diapasão, respeitáveis opiniões: constituição definitiva do crédito tributário. "É o aparecimento do crédito tributário sem quaisquer dúvidas, o que se dá com a notificação do lançamento sem que o sujeito passivo impugne ou com a final manifestação do Poder Público". (Bernardo Ribeiro de Moraes). "Por constituição definitiva deve entender-se a situação do crédito que não está mais sujeita a impugnação na esfera administrativa, seja por decurso do prazo ou confirmação" (Rafael Moreno Rodrigues). A jurisprudência pátria dos colégios judiciais e administrativos segue a mesma esteira. (T.J.R.G.S., Rev. de Jurispr. do T.J.R.G.S. n.º 46/212 e 54/238, T.J.S.C., Boletim Adcoas, 1976, n.º 39.869, Colegiados Administrativos Estaduais, Boletim Adcoas, ano 1975, Suplementos n.ºs 16 e 48)." (RTJ 92/348-349).

A matéria da decadência e da prescrição está intimamente relacionada com a definição de lançamento. O art. 142 do Código Tributário Nacional conceitua o lançamento como sendo "o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível".

Em verdade, o lançamento é o ato que constitui em definitivo o crédito fiscal (artigo 174 do C.T.N.), assinalando, dessa forma, o dia "a quo" do prazo prescricional. O período de tempo anterior diz respeito à decadência, cujo prazo se inicia no primeiro dia do ano seguinte ao do exercício (art. 173 do C.T.N.).

Penso que a melhor doutrina é a adotada por Ruy Barbosa Nogueira consoante a qual "o lançamento só se considera definitivamente constituído para os efeitos do artigo 148 do Código Tributário Nacional quando se torna irreversível na esfera administrativa, seja por preclusão do poder de impugnação, seja pelo julgamento do processo por decisão de que não caiba recurso". (Teoria do Lançamento Tributário, p. 70).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para deferir o mandado de segurança, invertidos os ônus da sucumbência."

Ficou vencido o Sr. Ministro Cunha Peixoto.

É esta a ementa do acórdão embargado (fls. 238):

"CRÉDITO FISCAL. DECADÊNCIA.

— Entre o auto de infração e a decisão final proferida na reclamação administrativa do contribuinte flui o prazo quinquenal da decadência. Recurso extraordinário conhecido e provido para deferir-se o mandado de segurança."

A esse aresto foram opostos embargos de divergência, em que se alega que "assim decidindo, o V. Acórdão entrou em divergência com os paradigmas da Egrégia Segunda Turma proferidos nos RREE 85.587, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ 89/939; 88.967, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 90/272; 91.019, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 94/382 e 93.338, Relator Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 97/912, os quais nos permitimos anexar na íntegra." (fls. 240).

Admitidos os embargos, foram eles impugnados com a juntada de parecer do Prof. Ruy Barbosa Nogueira.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR) — 1. É inequívoca a existência do dissídio alegado. Com efeito, para demonstrá-la basta citar a ementa do RE n.º 91.019, de que fui relator, e em cuja ementa a orientação da Segunda Turma desta Corte vem assim resumida, no particular:

"Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 242 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência do prazo de prescrição; decorrido o prazo para a interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido

ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco." (fls. 258).

Atualmente, aliás, a própria Primeira Turma adota o mesmo entendimento, como se vê do RE 93.749 (RTJ 101/345 e segs.), de que foi relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, e em cuja ementa se lê:

"I.P.I. Lançamento. Decadência. Prescrição. CTN, arts. 173, parágrafo único, 174 e 151, III. A teor do art. 151, III, do CTN, as reclamações e os recursos, no âmbito administrativo, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pressupondo, assim, lançamento já efetuado. Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito tributário (CTN, art. 142). A decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura. Depois, entre a lavratura do auto de infração e a decisão do recurso administrativo de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência e ainda não iniciou a fluência do prazo de prescrição, em face do disposto no art. 151, III, do CTN. Decorrido o prazo para o recurso administrativo, sem que haja ocorrido sua interposição, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, dá-se a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o art. 174 do CTN, começando a fluir o prazo de prescrição da pretensão do Fisco, da data da ciência de decisão definitiva ao contribuinte. Recurso extraordinário conhecido pelo fundamento da letra d, do permissivo constitucional, mas desprovido."

Em seu voto, o Sr. Ministro Néri da Silveira alude aos precedentes da Segunda Turma consubstanciados nos RREE 88.967 e 91.019.

E o Sr. Ministro Soares Muñoz, acentuando que no acórdão ora embargado havia adotado orientação diversa, declarou, no voto que proferiu após pedido de vista, que reexaminara a espécie e resolvera reformular o entendimento anterior.

2. Observo, por outro lado, que, no RE 89.765, de que também fui relator e que foi citado no acórdão embargado, não discrepei dessa tese, mas apenas não conheci daquele recurso porque a decisão então recorrida se manifestara no sentido da ocorrência da decadência, ao passo que o recurso extraordinário sustentava — o que também não era correto — que, na tramitação do recurso administrativo o prazo que fluía era o de prescrição, dando, pois, como violado o artigo 174 do C.T.N., que se refere à prescrição.

Daí, acentuar no voto que então proferi:

"Na espécie sob julgamento, o acórdão recorrido por haver afirmado que, entre a notificação fiscal e a decisão do recurso administrativo,

se operou a decadência, porque nesse período fluía prazo dessa natureza e não prazo de prescrição, não negou vigência ao artigo 174, nem ao artigo 151, III, ambos do CTN, uma vez que, realmente, antes de o recurso administrativo estar decidido em última instância administrativa, a exigibilidade do crédito está suspensa, não podendo fluir prazo de prescrição, o que somente pode ocorrer se o direito de crédito já exigível tiver sido violado" (RTJ 93/351).

Como se vê, não me era possível corrigir um equívoco com base em outro equívoco, certo que é, para mim, que, durante a tramitação do recurso administrativo, não flui nem prazo de decadência nem prazo de prescrição.

Essa posição, aliás, é a única sustentável em face da natureza da decadência e da prescrição, natureza essa que não é alterada pelo C.T.N. Com efeito, na realidade, a relação obrigacional tributária nasce, como não poderia deixar de ser por sua própria natureza, com a ocorrência do fato gerado. E, a partir desse momento, surge, também, para o Fisco o direito potestativo de efetuar o lançamento, e direito potestativo a ser exercido dentro de prazo determinado que, por ser prazo de exercício de direito potestativo, é prazo de decadência. As objeções que eminentes tributaristas nacionais e estrangeiros — assim, entre nós, BARROS CARVALHO, *Decadência e Prescrição*, pág. 69/70, S. Paulo, 1976 — fazem à tese de que o poder de lançar é direito potestativo se me afiguram improcedentes. Alega-se que não há direito potestativo, porque o funcionário a quem incumbe efetuar o lançamento tem o poder-dever de lançar, uma vez que, se não o exercer, será responsabilizado. Essa objeção não tem valia, pois o direito potestativo existente tem como titular o Estado (e não seu funcionário) e se contrapõe ao contribuinte que a ele está sujeito; já o poder-dever do funcionário, enquanto poder, se dirige — por exercê-lo em nome do Estado — contra o contribuinte, mas, enquanto dever, o é em face do Estado, e não do contribuinte. É, aliás, o que ocorre com qualquer direito potestativo de que seja titular, mesmo no terreno do direito privado, uma pessoa jurídica, que pode responsabilizar seu servidor por deixar de exercer o direito potestativo a ela pertencente, e nem pelo fato de esse servidor ter esse dever para com a pessoa jurídica de direito privado deixa o direito potestativo desta de ser direito potestativo para caracterizar-se como poder-dever. Poder-dever existe, propriamente, quando o titular dele exerce o poder sobre alguém para cumprir um dever para com esse mesmo alguém, como sucede com o tutor, que tem poderes sobre o tutelado para cumprir os deveres para com o próprio tutelado. Não se apresenta, porém, a figura do poder-dever, quando o poder, decorrente de uma relação jurídica, se dirige contra uma pessoa para que se cumpra o dever para com outra resultante de relação jurídica diversa, como ocorre com o funcionário que tem o poder de efetuar o lançamento contra o contribuinte, para cumprir o dever que ele, lançador, tem para com o Estado, sob pena de responsabilidade. Pretende-se, ainda, que o lançamento não se configure exercício de direito potestativo, porque — e a objeção é de GIANNINI (*Istituzioni di diritto Tributario*, 9ª ed. — ristampa —, n.º 53, pág. 184, Milano, 1974) — do lançamento não decorreria qualquer modificação jurídica, e os direitos potestativos

ou criam, ou modificam, ou extinguem direitos subjetivos ou situações jurídicas. Também essa objeção se me afigura falha. O lançamento, em última análise, torna a obrigação tributária, que até então é ilíquida, obrigação líquida, o que implica dizer que há modificação em situação jurídica preexistente, e os direitos potestativos — como observa MESSINA (**Diritti Potestativi, in Suitti Giuridici**, V, pág. 41, Milano, 1948) — são "poteri, in virtù dei quali il loro titolare può influire su situazioni giuridiche preesistenti mutandole, estinguendole o creandole mediante un'attività propria unilaterale". Trata-se, pois, à semelhança do poder de opção nas obrigações alternativas (um dos exemplos de "Andermugsakte" dados por SECKEL — **Die gestaltugrente des Bürgerlichen Rechuto, in Fastgabe em homenagem a RICHARD KOCH**, pág. 212, note 2, Berlim, 1903 —, ainda hoje o maior teórico dessa categoria de direitos), de um **direito potestativo modificativo**.

O exercício desse direito ocorre — como se vê dos termos do artigo 145 do C.T.N. — com o lançamento (e o auto de infração é modalidade de lançamento) regularmente notificado até porque — como acentua Alberto Xavier, **Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro**, n.º 57, pág. 150, São Paulo, 1977 — "A notificação configura-se como requisito de perfeição do lançamento, o qual deve, portanto, considerar-se como um **ato receptício**". Até aí flui o prazo de decadência.

Segue-se o prazo para o pagamento, ou, se houver impugnação pelo sujeito passivo, o lapso de tempo da tramitação do recurso administrativo até decisão final. Num ou noutro desses períodos não flui, evidentemente, prazo de decadência, pois não há mais direito potestativo a ser exercido. E não flui, também, prazo de prescrição, pois este só começa a correr quando se viola o direito subjetivo de crédito do Fisco, o que só pode ocorrer a partir do momento em que, sendo ele exigível, não é satisfeito pelo sujeito passivo. E isso só se dá quando termina o prazo para pagamento, sem que o débito seja solvido, ou quando há a inexecução da decisão final denegatória da impugnação. Nesse momento, dá-se a violação do direito subjetivo de crédito do Fisco, nascendo-lhe — em conformidade com a orientação seguida pelo Projeto de Código Civil ora em tramitação no Congresso (artigo 187: "Violado o direito subjetivo, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição...") — a pretensão, que se extingue no término do prazo de prescrição, sem que se intente a ação judicial cabível.

Foi o que procurei sintetizar na ementa do RE n.º 91.019, ao dizer:

"Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo

para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco".

A crítica que se tem feito a essa orientação, pela circunstância de que a própria Administração poderia, já que não sujeita a qualquer espécie de prazo extintivo durante a tramitação do recurso administrativo, procrastinar sua decisão final não procede, pois, além de argumentar com o patológico e não com o normal, desconhece a circunstância de que o recurso existe em favor do contribuinte, e não da Administração, e é direito daquele e não imposição desta. Ademais, se se quisesse criar prazo extintivo para coibir essa procrastinação, mister seria que a lei (que poderia, também, estabelecer que, após certo período de tempo, não fluiriam juros e correção monetária em favor da Fazenda) se socorresse de outra modalidade de prazo que não o de decadência ou de prescrição, pois a natureza de ambos não se amolda a esse fim.

3. Em face do exposto, conheço dos presentes embargos, e os recebo para, com base na atual jurisprudência de ambas as Turmas desta Corte, restabelecer o acórdão prolatado pelo Tribunal Federal de Recursos, em apelação.

EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 94.462 — SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO: Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo com o eminente Relator, até porque nesse sentido já decidi, por mais de uma vez, no Tribunal Federal de Recursos, como, por exemplo, na Remessa **Ex Officio** n.º 45.241 e na Apelação Cível n.º 39.936.

Na verdade, o Código Tributário Nacional nem sempre oferece clareza suficiente em vários de seus textos, e os que tratam da decadência e da prescrição nestes se incluem, dando margem a dúvidas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Mas, creio que o aprofundado exame das disposições pertinentes leva à conclusão a que chegou o ilustre Relator. Resulta do art. 151 do Código Tributário Nacional, causa impeditiva à exigibilidade do crédito tributário, pois ali está dito que fica ela suspensa, entre outros motivos, conforme seu inciso III, quando há reclamações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo. Quando ocorre o fato gerador da obrigação tributária surge o direito de a Fazenda efetuar o lançamento, que pode ser mediante a notificação ao contribuinte para efetuar o pagamento ou mediante lavratura de auto de infração. Desde o momento da exigibilidade desse crédito, no prazo fixado pela legislação tributária para o recolhimento do tributo, inicia-se o prazo decadencial. Se há recurso, da parte, incide a hipótese do art. 151, e então, durante o período de tramitação administrativa dos recursos e reclamações do contribuinte fica suspensa a exigibilidade do crédito tribu-

tário. Concluído o processo administrativo, surge pelo princípio da **actio nata**, o início do prazo prescricional. E se durante o prazo de cinco anos, após a constituição definitiva do crédito, isto é, com a decisão definitiva do processo fiscal, a Fazenda não inicia judicialmente a cobrança do débito, decorre o prazo prescricional.

Esse entendimento que resumi, e do qual participo, brilhantemente exposto no voto do eminente Ministro Moreira Alves, é o que tem predominado no Tribunal Federal de Recursos, e se encontra em harmonia com o acórdão da Colenda Segunda Turma desta Corte. Assim, acompanho o eminente Relator, para que prevaleça a tese do acórdão divergente da Segunda Turma deste Tribunal.

Recebo os embargos.

EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 94.462 — SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ: — Sr. Presidente, o acórdão embargado foi por mim relatado.

O eminente Relator referiu o voto que eu proferi no precedente que citou, relatado pelo eminente Ministro Néri da Silveira. E, mais recentemente, relatei dois casos no mesmo sentido, perfilhando a orientação do acórdão-paradigma.

Assim, conheço dos embargos e os recebo, de acordo com o voto do eminente Ministro Relator.

SECRETARIA DO PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ERE 94.462-1 — SP — Rel., Min. Moreira Alves. Embte.: União Federal (Adv.: Mauro Leite Soares). Embda.: Fibratam S/A — Usina de Tambores de Fibra (Advs.: Aguinaldo de Mello Junqueira Filho e outro).

Decisão: Conhecidos e recebidos os embargos, unanimemente. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, Vice-Presidente, no exercício da Presidência. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Djaci Falcão. Plenário, 6.10.82.

Presidência do Senhor Ministro Djaci Falcão. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Soares Muñoz, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa e Aldir Passarinho.

Ausente, licenciado, o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Presidente) e, justificadamente, o Sr. Ministro Décio Miranda.

Procurador-Geral da República, Professor Inocêncio Mártires Coelho.

Secretário, Alberto Veronese Aguiar.

PARECERES PUBLICADOS NA RPGE

Número	Relator	Revista
s/nº	Vanin, Guimarães & Sesta	v.1, n.1, 1971
1/GAJ	Vanin, Orlando Giraldo	v.2, n.4, 1972
26/GAJ	Vanin, Orlando Giraldo	v.2, n.2, 1972
28/GCG	Vanin, Orlando Giraldo	v.1, n.1, 1971
29/GCG	Vanin, Orlando Giraldo	v.2, n.2, 1972
73/USE	Bortolan, Ivalino João	v.2, n.2, 1972
86/USE	Bortolan, Ivalino João	v.2, n.2, 1972
219/DAJ	Pagano, Adyles Duarte	v.1, n.1, 1971
435/DAJ	Vanin, Orlando Giraldo	v.2, n.2, 1972
556/GAJ	Couto e Silva, Almiro do	v.2, n.2, 1972
636/DAJ	Fernandes, Wilson	v.2, n.2, 1972
953/DAJ	Filippi, Adaury Pinto	v.1, n.1, 1971
1009	Filippi, Adaury Pinto	v.1, n.1, 1971
1073/UAJ	Lima, Cyl Paranhos de	v.1, n.1, 1971
1146/UAJ	Machado, Dilma Macedo	v.1, n.1, 1971
1198/UAJ	Borba, Bartolomé	v.2, n.3, 1972
1886	Hüllen, Renita Maria	v.2, n.3, 1972
1891	Soares, Mario Nunes	v.1, n.1, 1971
1893	Ribeiro, Elmo Pilla	v.1, n.1, 1971
1894	João, Paulo Germano	v.1, n.1, 1971
1895	Couto e Silva, Almiro do	v.1, n.1, 1971
1897	João, Paulo Germano	v.1, n.1, 1971
1899	Couto e Silva, Almiro do	v.1, n.1, 1971
1902	Sá, Ney	v.1, n.1, 1971
1903	Miller, José Carlos T.	v.1, n.1, 1971
1904	Leal, Caio Martins	v.1, n.1, 1971
1905	Soares, Mario Nunes	v.1, n.1, 1971
1906	Zacchia, José	v.1, n.1, 1971
1909	Miller, José Carlos T.	v.1, n.1, 1971
1911	Cabral, Armando Henrique D.	v.1, n.1, 1971
1912	Ramos, José Hugo Castro	v.1, n.1, 1971
1914	Pires, Jorge Alberto D.	v.1, n.1, 1971
1917	Monteiro, José Joaquim	v.1, n.1, 1971
1918	Filippi, Adaury Pinto	v.1, n.1, 1971
1951	Filippi, Adaury Pinto	v.2, n.2, 1972
1955	Ribeiro, Elmo Pilla	v.2, n.2, 1972
1964	Zanini, Flávio José	v.2, n.2, 1972
1966	Zanini, Flávio José	v.2, n.2, 1972
1967	Monteiro, José Joaquim	v.2, n.2, 1972
1970	Ramos, José Hugo Castro	v.2, n.2, 1972
1971	Rocha, Manoel André da	v.2, n.2, 1972
1972	Machado, Dilma Macedo	v.2, n.2, 1972
1973	João, Paulo Germano	v.2, n.2, 1972
1980	João, Paulo Germano	v.2, n.2, 1972
1981	Ribeiro, Elmo Pilla	v.2, n.2, 1972
1982	Ramos, José Hugo Castro	v.2, n.2, 1972
1984	Monteiro, José Joaquim	v.2, n.2, 1972
1985	Sá, Ney	v.2, n.2, 1972
1986	Filippi, Adaury Pinto	v.2, n.2, 1972
1989	Miller, José Carlos T.	v.2, n.2, 1972
2002	Couto e Silva, Almiro do	v.2, n.2, 1972
2006	Alano, Wilson	v.2, n.2, 1972

Número	Relator	Revista
2008	Miller, José Carlos T.	v.2, n.2, 1972
2021	Soares, Mário Nunes	v.2, n.2, 1972
2022	Pires, Jorge Alberto D.	v.2, n.2, 1972
2027	Zacchia, José Alexandre	v.2, n.3, 1972
2028	Cabral, Armando Henrique D.	v.2, n.3, 1972
2029	Ferreira, Nilo Damasceno	v.2, n.3, 1972
2034	Vanin, Orlando Giraldo	v.2, n.3, 1972
2039	Pires, Jorge Alberto D.	v.2, n.3, 1972
2041	Pires, Jorge Alberto D.	v.2, n.3, 1972
2042	Sá, Ney	v.2, n.3, 1972
2043	Lima, Cyl Paranhos de	v.2, n.3, 1972
2045	Rocha, Manoel André da	v.2, n.3, 1972
2046	João, Paulo Germano	v.2, n.3, 1972
2047	Ribeiro, Elmo Pilla	v.2, n.3, 1972
2049	Sá, Ney	v.2, n.3, 1972
2054	Ribeiro, Elmo Pilla	v.2, n.3, 1972
2065	Schuch, Dilma Sulamita	v.2, n.3, 1972
2067	Rodrigues, Emílio	v.2, n.3, 1972
2071	João, Paulo Germano	v.2, n.3, 1972
2072	Silva, Celeste P. da	v.2, n.3, 1972
2102	Rocha, Manoel André da	v.2, n.3, 1972
2105	Couto e Silva, Almiro do	v.2, n.3, 1972
2112	Leal, Caio Martins	v.2, n.4, 1972
2131	Vanin, Orlando Giraldo	v.2, n.4, 1972
2146	Rocha, Manoel André da	v.2, n.4, 1972
2148	Zanini, Flávio José	v.2, n.4, 1972
2153	Sá, Ney	v.2, n.4, 1972
2163	Schuch, Dilma Sulamita	v.2, n.4, 1972
2164	Rodrigues, Emílio	v.2, n.4, 1972
2167	Cunha, Wenceslau S. da	v.2, n.4, 1972
2171	Filippi, Adaury Pinto	v.2, n.4, 1972
2176	Hüllen, Renita Maria	v.2, n.4, 1972
2180	Ferreira, Nilo Damasceno	v.2, n.4, 1972
2186	Leal, Caio Martins	v.3, n.5, 1973
2192	Couto e Silva, Almiro do	v.3, n.5, 1973
2194	Miller, José Carlos T.	v.3, n.5, 1973
2199	Soares, Mário Nunes	v.3, n.5, 1973
2202	Miller, José Carlos T.	v.3, n.5, 1973
2207	Borba, Bartolomé	v.3, n.5, 1973
2210	Soares, Mário Nunes	v.3, n.5, 1973
2212	Filippi, Adaury Pinto	v.3, n.5, 1973
2217	Couto e Silva, Almiro do	v.3, n.5, 1973
2231	Silva, Celeste P. da	v.3, n.5, 1973
2234	Soares, Mário Nunes	v.3, n.5, 1973
2250	Vanin, Orlando Giraldo	v.3, n.5, 1973
2254	Cunha, Wenceslau S. da	v.3, n.5, 1973
2261	Filippi, Adaury Pinto	v.3, n.5, 1973
2266	Sá, Ney	v.3, n.5, 1973
2276	Monteiro, José Joaquim	v.3, n.5, 1973
2294	Rodrigues, Emílio	v.3, n.5, 1973
2297	Soares, Mário Nunes	v.3, n.5, 1973
2298	Cabral, Armando Henrique D.	v.3, n.5, 1973

Número	Relator	Revista
2299	Souza, Benoni Silveira	v.3, n.5, 1973
2300	Vanin, Orlando Giraldi	v.3, n.6, 1973
2307	Zacchia, José	v.3, n.5, 1973
2311	Hüllen, Renita Maria	v.3, n.5, 1973
2314	Cabral, Armando Henrique D.	v.3, n.5, 1973
2325	Cabral, Armando Henrique D.	v.3, n.6, 1973
2326	Ferreira, Nilo Damasceno	v.3, n.6, 1973
2328	Soares, Mário Nunes	v.3, n.6, 1973
2329	Cabral, Armando Henrique D.	v.3, n.7, 1973
2331	João, Paulo Germano	v.3, n.7, 1973
2332	Cunha, Wenceslau S. da	v.3, n.6, 1973
2333	Leal, Caio Martins	v.3, n.6, 1973
2337	Soares, Mário Nunes	v.3, n.6, 1973
2338	Sá, Ney	v.3, n.6, 1973
2339	Pires, Jorge Alberto D.	v.3, n.6, 1973
2345	Miller, José Carlos T.	v.3, n.6, 1973
2357	Filippi, Adaurio Pinto	v.3, n.6, 1973
2359	Soares, Mário Nunes	v.3, n.7, 1973
2361	Moura, Ana Maria L. de	v.3, n.6, 1973
2374	Silva, Celeste P. da	v.3, n.6, 1973
2377	João, Paulo Germano	v.3, n.6, 1973
2381	Ferreira, Nilo Damasceno	v.3, n.7, 1973
2382	Ribeiro, Elmo Pilla	v.3, n.7, 1973
2383	Ribeiro, Elmo Pilla	v.3, n.7, 1973
2390	Rocha, Manoel André da	v.3, n.7, 1973
2392	Leal, Caio Martins	v.3, n.7, 1973
2399	Miller, José Carlos T.	v.3, n.7, 1973
2402	Filippi, Adaurio Pinto	v.3, n.7, 1973
2419	Hüllen, Renita Maria	v.3, n.7, 1973
2420	Moura, Ana Maria L. de	v.3, n.7, 1973
2422	Vanin, Orlando Giraldi	v.3, n.7, 1973
2427	Hüllen, Renita Maria	v.3, n.7, 1973
2444	Soares, Mário Nunes	v.3, n.7, 1973
2445	Cabral, Armando Henrique D.	v.4, n.8, 1974
2449	Filippi, Adaurio Pinto	v.4, n.8, 1974
2455	Hüllen, Renita Maria	v.4, n.8, 1974
2464	Soares, Mário Nunes	v.4, n.8, 1974
2464	Soares, Mário Nunes	v.6, n.16, 1976
2466	Sá, Ney	v.4, n.8, 1974
2467	Pires, Jorge Alberto D.	v.4, n.8, 1974
2469	Soares, Mário Nunes	v.4, n.8, 1974
2471	Moura, Ana Maria L. de	v.4, n.8, 1974
2475	Ferreira, Nilo Damasceno	v.4, n.8, 1974
2477	João, Paulo Germano	v.4, n.8, 1974
2487	Hüllen, Renita Maria	v.4, n.8, 1974
2568	Monteiro, José Joaquim	v.6, n.16, 1976
2575	Moura, Ana Maria L. de	v.4, n.9, 1974
2578	Soares, Mário Nunes	v.4, n.9, 1974
2582	Pires, Jorge Alberto D.	v.4, n.9, 1974
2587	Couto e Silva, Almiro do	v.4, n.9, 1974
2592	Ribeiro, Elmo Pilla	v.4, n.9, 1974
2617	Ruschel, Carlos Maria	v.4, n.9, 1974

Número	Relator	Revista
2782	Ruschel, Carlos Maria	v.5, n.13, 1975
2905	Ferreira, Nilo Damasceno	v.7, n.17, 1977
3030	Ferreira, Nilo Damasceno	v.6, n.14, 1976
3042	Couto e Silva, Almiro do	v.6, n.14, 1976
3074	Soares, Mário Nunes	v.6, n.14, 1976
3132	Filippi, Rejane Brasil	v.6, n.16, 1976
3146	Couto e Silva, Almiro do	v.5, n.13, 1975
3158	Costa, Celso Martins	v.6, n.14, 1976
3159	Alfonsin, Jacques Tavora	v.6, n.14, 1976
3263	Azevedo, Marília de O.	v.6, n.15, 1976
3268	Ramos, José Hugo C.	v.6, n.14, 1976
3271	Rodrigues, Emilio	v.7, n.17, 1977
3277	Monteiro Filho, Nelson	v.6, n.14, 1976
3311	Moraes, Maurício Azevedo	v.6, n.15, 1976
3313	Moraes, Maurício Azevedo	v.6, n.16, 1976
3337	Caniconde, João Soares	v.6, n.16, 1976
3338	Scornazzon, Waldacyr	v.6, n.16, 1976
3348	Moraes, Maurício Azevedo	v.6, n.15, 1976
3353	Sesta, Mário Bernardo	v.10, n.26, 1980
3366	Sá, Ney	v.6, n.16, 1976
3376	Rocha, Manoel André	v.6, n.15, 1976
3389	Grassi, Marisa Soares	v.7, n.17, 1977
3404	Carriconde, João Soares	v.6, n.15, 1976
3490	Couto e Silva, Almiro do	v.7, n.17, 1977
3506	Alano, Wilson	v.7, n.17, 1977
3518	Allgayer, Antônio Estevão	v.7, n.18, 1977
3534	Grassi, Marisa Soares	v.7, n.18, 1977
3537	Soares, Mário Nunes	v.7, n.18, 1977
3543	João, Paulo Germano	v.7, n.18, 1977
3545	Rodrigues, Emilio	v.7, n.18, 1977
3563	Gruszyński, Alexandre Henrique	v.7, n.17, 1977
3554	Grassi, Marisa Soares	v.8, n.22, 1978
3558	Pires, José Quadros	v.7, n.19, 1977
3575	Rocha, Manoel André da	v.7, n.18, 1977
3576	Morsch, Jorge Arthur	v.7, n.18, 1977
3577	Soares, Mário Nunes	v.8, n.21, 1978
3589	Sesta, Mário Bernardo	v.8, n.22, 1978
3593	Allgayer, Antonio Estevão	v.7, n.19, 1977
3597	Allgayer, Antonio Estevão	v.9, n.23, 1979
3605	Rocha, Manoel André da	v.10, n.26, 1980
3609	Costa, Celso Martins	v.8, n.22, 1978
3610	Gruszyński, Alexandre Henrique	v.8, n.21, 1978
3617	Cabral, Armando Henrique D.	v.8, n.22, 1978
3626	Soares, Mário Nunes	v.8, n.22, 1978
3631	Pires, José Quadros	v.7, n.18, 1977
3635	Couto e Silva, Almiro do	v.7, n.18, 1977
3643	Monteiro, José Joaquim	v.7, n.19, 1977
3659	Costa, Celso Martins	v.7, n.19, 1977
3662	Soares, Mário Nunes	v.7, n.19, 1977
3666	Pires, José Quadros	v.8, n.22, 1978
3675	Sesta, Mário Bernardo	v.7, n.19, 1977
3676	Morsch, Jorge Arthur	v.8, n.20, 1978

Número	Relator	Revista
3686	Moraes, Maurício Azevedo	v.8, n.20, 1978
3700	Rocha, Manoel André da	v.8, n.21, 1978
3725	Tesheiner, José Maria R.	v.8, n.22, 1978
3728	Rodrigues, Emilio	v.8, n.20, 1978
3729	Tesheiner, José Maria R.	v.8, n.21, 1978
3730	Scornazzon, Waldacyr	v.8, n.20, 1978
3735	Rocha, Manoel André da	v.8, n.20, 1978
3744	Tesheiner, José Maria R.	v.8, n.20, 1978
3750	Sesta, Mário Bernardo	v.8, n.21, 1978
3759	Allgayer, Antonio Estevão	v.8, n.21, 1978
3763	Soares, Mário Nunes	v.8, n.20, 1978
3777	Sá, Ney	v.8, n.21, 1978
3831	Allgayer, Antonio Estevão	v.8, n.22, 1978
3834	Scornazzon, Waldacyr	v.8, n.21, 1978
3845	Monteiro, José Joaquim	v.8, n.22, 1978
3850	Soares, Mário Nunes	v.9, n.23, 1979
3853	Dias, Francisco Gonçalves	v.8, n.21, 1978
3856	Morsch, Jorge Arthur	v.8, n.22, 1978
3867	Couto e Silva, Almiro do	v.8, n.21, 1978
3880	Sá, Ney	v.9, n.24, 1979
3881	Couto e Silva, Almiro do	v.8, n.22, 1978
3882	Pires, Jorge Alberto D.	v.8, n.22, 1978
3944	Couto e Silva, Almiro do	v.9, n.23, 1979
3945	Monteiro, José Joaquim	v.9, n.23, 1979
3964	Morsch, Jorge Arthur	v.9, n.23, 1979
3984	Moraes, Maurício Azevedo	v.9, n.23, 1979
3989	Couto e Silva, Almiro do	v.10, n.26, 1980
3998	Gruszyński, Alexandre H.	v.9, n.23, 1979
4001	Grassi, Marisa Soares	v.9, n.23, 1979
4045	Pires, José Quadros	v.9, n.24, 1979
4057	Ribeiro, Elmo Pilla	v.10, n.26, 1980
4067	Sá, Ney	v.9, n.23, 1979
4073	Marchi, Dercio	v.9, n.24, 1979
4083	Monteiro, José Joaquim	v.9, n.24, 1979
4084	Cabral, Armando Henrique D.	v.9, n.25, 1979
4086	Cabral, Armando Henrique D.	v.9, n.24, 1979
4091	Alfonsin, Jacques Tavora	v.9, n.23, 1979
4099	Galbinski, Clarita	v.9, n.24, 1979
4103	Cabral, Armando Henrique D.	v.13, n.36, 1983
4117	Pires, José Quadros	v.9, n.24, 1979
4120	Couto e Silva, Almiro do	v.9, n.24, 1979
4130	Lustosa, Caio	v.9, n.24, 1979
4134	Monteiro, José Joaquim	v.9, n.24, 1979
4139	Morsch, Jorge Arthur	v.9, n.24, 1979
4140	Rodrigues, Mercedes de M.	v.9, n.24, 1979
4145	Pires, José Quadros	v.10, n.26, 1980
4151	Pires, José Quadros	v.9, n.25, 1979
4157	Galbinski, Clarita	v.9, n.25, 1979
4178	Castro, Silvia La P. de	v.9, n.25, 1979
4184	Cabral, Armando Henrique D.	v.9, n.25, 1979
4186	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.9, n.25, 1979
4189	Hüllen, Renita Maria	v.9, n.25, 1979

Número	Relator	Revista
4190	Pires, José Quadros	v.9, n.25, 1979
4191	Galbinski, Clarita	v.10, n.26, 1980
4194	Hüllen, Renita Maria	v.11, n.29, 1981
4200	Bastos, Rosa Maria P.	v.9, n.25, 1979
4206	Rodrigues, Mercedes de M.	v.10, n.26, 1980
4209	Moura, Eliana D. de	v.10, n.26, 1980
4210	Cabral, Armando Henrique D.	v.10, n.26, 1980
4212	Ribeiro, Elmo Pilla	v.9, n.25, 1979
4218	Morsch, Jorge Arthur	v.9, n.25, 1979
4219	Moura, Eliana D. de	v.9, n.25, 1979
4220	Ramos, José Hugo C.	v.9, n.25, 1979
4248	Galbinski, Clarita	v.9, n.25, 1979
4252	Rodrigues, Mercedes de M.	v.10, n.26, 1980
4253	Sá, Ney	v.10, n.27, 1980
4262	Pires, Jorge Alberto D.	v.10, n.28, 1980
4277	Pires, José Quadros	v.10, n.27, 1980
4287	Grassi, Marisa Soares	v.10, n.27, 1980
4289	Castro, Silvia La P. de	v.10, n.26, 1980
4293	Rodrigues, Mercedes de M.	v.10, n.27, 1980
4295	Moura, Eliana D. de	v.11, n.29, 1981
4296	Rodrigues, Emilio	v.10, n.27, 1980
4297	Ribeiro, Elmo Pilla	v.10, n.27, 1980
4303	Couto e Silva, Almiro do	v.10, n.27, 1980
4310	Grassi, Marisa Soares	v.10, n.28, 1980
4311	Oliveira, Ana Maria F. de	v.10, n.28, 1980
4312	Pires, José Quadros	v.11, n.31, 1981
4313	Oliveira, Ana Maria F. de	v.11, n.30, 1981
4315	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.10, n.27, 1980
4316	Hüllen, Renita Maria	v.10, n.27, 1980
4320	Moura, Eliana D. de	v.10, n.27, 1980
4321	Bastos, Rosa Maria P.	v.10, n.27, 1980
4322	Becker, Verena Nygaard	v.10, n.27, 1980
4323	Rodrigues, Mercedes de M.	v.11, n.29, 1981
4325	Couto e Silva, Almiro do	v.11, n.29, 1981
4327	Couto e Silva, Almiro do	v.10, n.28, 1980
4331	Ramos, José Hugo C.	v.10, n.27, 1980
4332	Moura, Ana Maria L. de	v.13, n.35, 1983
4337	Bergesch, Eunice Rotta	v.10, n.27, 1980
4338	Becker, Verena Nygaard	v.10, n.28, 1980
4346	Pires, José Quadros	v.10, n.28, 1980
4348	Azevedo, Marília de O.	v.10, n.28, 1980
4353	Cabral, Armando Henrique D.	v.10, n.27, 1980
4356	Azevedo, Marília de O.	v.10, n.27, 1980
4357	Becker, Verena Nygaard	v.10, n.27, 1980
4358	Rosa Filho, Teimo C. de	v.10, n.27, 1980
4361	Bergesch, Eunice Rotta	v.10, n.27, 1980
4364	Pires, José Quadros	v.10, n.27, 1980
4368	Moura, Eliana D. de	v.10, n.28, 1980
4369	Couto e Silva, Almiro	v.11, n.31, 1981
4370	Moura, Ana Maria L. de	v.12, n.34, 1982
4373	Bergesch, Eunice Rotta	v.12, n.32, 1982

Número	Relator	Revista
4374	Grassi, Marisa Soares	v.11, n.29, 1981
4380	Moura, Eliana D. de	v.11, n.30, 1981
4391	Sá, Ney	v.11, n.29, 1981
4393	Bastos, Rosa Maria P.	v.10, n.28, 1980
4396	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.10, n.28, 1980
4398	Bergesch, Eunice Rotta	v.10, n.28, 1980
4401	Rodrigues, Mercedes de M.	v.10, n.28, 1980
4411	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.11, n.29, 1981
4412	Castro, Sílvia La P. de	v.11, n.29, 1981
4415	Castro, Sílvia La P. de	v.10, n.28, 1980
4416	Moura, Eliana D. de	v.12, n.32, 1982
4440	Ramos, José Hugo C.	v.11, n.29, 1981
4454	Becker, Verena Nygaard	v.11, n.29, 1981
4458	Ramos, José Hugo C.	v.13, n.35, 1983
4463	Ribeiro, Elmo Pilla	v.11, n.29, 1981
4492	Pires, Jorge Alberto D.	v.11, n.31, 1981
4501	Goulart, Adnor	v.11, n.29, 1981
4507	Galbinski, Clarita	v.11, n.30, 1981
4508	Hüllen, Renita Maria	v.11, n.30, 1981
4510	Bastos, Rosa Maria P.	v.11, n.29, 1981
4518	Galbinski, Clarita	v.11, n.31, 1981
4529	Azevedo, Marília de O.	v.11, n.31, 1981
4530	Galbinski, Clarita	v.11, n.29, 1981
4532	Cabral, Armando Henrique D.	v.11, n.29, 1981
4552	Bastos, Rosa Maria P.	v.11, n.31, 1981
4556	Cabral, Armando Henrique D.	v.11, n.30, 1981
4557	Ramos, José Hugo C.	v.11, n.30, 1981
4563	Bastos, Rosa Maria P.	v.11, n.30, 1981
4564	Couto e Silva, Almiro do	v.11, n.30, 1981
4577	Ramos, José Hugo C.	v.12, n.33, 1982
4579	Cabral, Armando Henrique D.	v.11, n.31, 1981
4585	Pires, Jorge Alberto D.	v.13, n.35, 1983
4592	Pires, Jorge Alberto D.	v.11, n.30, 1981
4593	Rodrigues, Mercedes de M.	v.11, n.30, 1981
4598	Lustosa, Caio	v.13, n.36, 1983
4605	Guimarães, Eulália Maria de C.	v.11, n.31, 1981
4610	Hüllen, Renita Maria	v.11, n.31, 1981
4612	Ramos, José Hugo C.	v.11, n.31, 1981
4614	Castro, Sílvia La P. de	v.11, n.30, 1981
4620	Grassi, Marisa Soares	v.11, n.30, 1981
4621	Pires, José Quadros	v.11, n.30, 1981
4622	Grassi, Marisa Soares	v.12, n.32, 1982
4624	Castro, Sílvia La P. de	v.11, n.31, 1981
4628	Sá, Ney	v.12, n.33, 1982
4631	Becker, Verena Nygaard	v.11, n.31, 1981
4640	Moura, Eliana D. de	v.11, n.31, 1981
4643	Pires, Jorge Alberto D.	v.11, n.31, 1981
4648	Lustosa, Caio	v.11, n.31, 1981
4652	Grassi, Marisa Soares	v.11, n.31, 1981
4663	Morsch, Jorge Arthur	v.11, n.31, 1981
4666	Pires, Jorge Alberto D.	v.12, n.32, 1982
4674	Sá, Ney	v.11, n.31, 1981

Número	Relator	Revista
4678	Lustosa, Caio	v.12, n.32, 1982
4679	Ferreira, Aldo Leão	v.12, n.32, 1982
4680	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.12, n.32, 1982
4687	Pires, José Quadros	v.12, n.32, 1982
4689	Machado, Eunice Nequete	v.12, n.32, 1982
4690	Rocha, Manoel André da	v.12, n.32, 1982
4692	Aranovich, Rosa Maria C.	v.12, n.34, 1982
4704	Hüllen, Renita Maria	v.12, n.32, 1982
4705	Couto e Silva, Almiro do	v.12, n.32, 1982
4708	Castro, Sílvia La de	v.13, n.35, 1983
4712	Sá, Ney	v.12, n.32, 1982
4721	Ferreira, Aldo Leão	v.12, n.34, 1982
4730	Rodrigues, Mercedes de M.	v.12, n.32, 1982
4732	Azevedo, Marília de O.	v.12, n.32, 1982
4740	Pires, Jorge Alberto D.	v.12, n.34, 1982
4765	Fonyat, Maria Izabel R.	v.12, n.32, 1982
4787	Ramos, José Hugo C.	v.12, n.34, 1982
4788	Bastos, Rosa Maria P.	v.12, n.32, 1982
4792	Monteiro, José Joaquim	v.13, n.35, 1983
4809	Fonyat, Maria Izabel R.	v.13, n.36, 1983
4813	Lustosa, Caio	v.12, n.33, 1982
4818	Couto e Silva, Almiro do	v.12, n.33, 1982
4833	Moura, Eliana D. de	v.12, n.34, 1982
4841	Machado, Eunice Nequete	v.12, n.33, 1982
4842	Aranovich, Rosa Maria de	v.13, n.36, 1983
4843	Rocha, Manoel André da	v.12, n.33, 1982
4862	Bastos, Rosa Maria P.	v.12, n.33, 1982
4864	Morsch, Jorge Arthur	v.12, n.33, 1982
4865	Moraes, Maurício Azevedo	v.12, n.33, 1982
4866	Hüllen, Renita Maria	v.12, n.33, 1982
4867	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.13, n.36, 1983
4872	Bastos, Rosa Maria P.	v.13, n.35, 1983
4879	Guimarães, Eulália Maria C.	v.12, n.34, 1982
4883	Machado, Eunice Nequete	v.13, n.35, 1983
4889	Cabral, Armando Henrique D.	v.12, n.33, 1982
4897	Netto, Floniano Miller	v.12, n.33, 1982
4905	Machado, Eunice Nequete	v.12, n.34, 1982
4907	Moura, Eliana D. de	v.12, n.33, 1982
4910	Azevedo, Marília de O.	v.12, n.34, 1982
4930	Fonyat, Maria Izabel R.	v.12, n.33, 1982
4937	Bastos, Rosa Maria Peixoto	v.12, n.34, 1982
4940	Gruzynski, Alexandre Henrique	v.12, n.34, 1982
4956	Lustosa, Caio	v.13, n.35, 1983
4960	Bergesch, Eunice Rotta	v.12, n.34, 1982
4962	Rocha, Manoel André da	v.12, n.34, 1982
4966	Sá, Ney	v.12, n.34, 1982
5014	Hüllen, Renita Maria	v.13, n.35, 1983
5023	Fonyat, Maria Izabel R.	v.13, n.35, 1983
5024	Grassi, Marisa Soares	v.13, n.36, 1983
5028	Grassi, Marisa Soares	v.13, n.35, 1983
5031	Ramos, José Hugo C.	v.13, n.36, 1983
5036	Morsch, Jorge Arthur	v.13, n.35, 1983

Número	Relator	Revista
5038	Pires, José Q.	v.13, n.36, 1983
5056	Moura, Eliana D. de	v.13, n.35, 1983
5057	Azevedo, Marília	v.13, n.36, 1983
5058	Guimarães, Eulália Maria de C.	v.13, n.35, 1983
5059	Ferreira, Aldo Leão	v.13, n.36, 1983
5067	Monteiro, José J.	v.13, n.36, 1983

Número	Relator	Revista
5094	Hüllen, Renita Maria	v.13, n.36, 1983
5097	Castro, Sílvia La P. de	v.13, n.36, 1983
5122	Guimarães, Eulália	v.13, n.36, 1983
5124	Sá, Ney	v.13, n.36, 1983
5150	Gruzynski, Alexandre Henrique	v.13, n.36, 1983
5154	Bastos, Rosa Maria P.	v.13, n.36, 1983

Equipe de Documentação e Divulgação
Revista nº 1 a 36

ÍNDICE DE AUTOR

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos — Tempo de serviço para aposentadoria de Magistrado. Parecer.	103
AZEVEDO, Marília de Oliveira — Substituição e sucessão de Prefeito. Parecer.	165
BASTOS, Rosa Maria Peixoto — Posse em cargo público. Parecer.	79
BRASIL, Supremo Tribunal Federal — Prazos de prescrição e de cedência em Oireito Tributário. Acórdão em R.E.	217
CABRAL, Armando Henrique Oias — Licitação. Parecer.	67
CASTRO, José Nilo de. — Princípio da legalidade. Artigo.	39
CASTRO, Sílvia La Porta de. — Competência Estadual para legislar sobre licitação. Parecer.	83
FERREIRA, Aldo Leão — Loteamento fechado. Parecer.	169
FONYAT, Maria Izabel Ribeiro. — Contribuição de Melhoria. Parecer.	153
GALLICCHIO, Oefrancisco — Prescrição dos direitos da relação estatutário. Contra-razões em Embargos Infringentes.	201
GARCEZ, Aramis Antônio — Auxílio-moradia dos policiais. Contra-razões de apelação.	187
GOULART, Adnor. — Licitação. Contra-razões em E.E.	195
GRASSI, Marisa Soares — Estágio probatório. Parecer.	111
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Funcionários cedidos à Sociedade de Economia Mista e Fundações. Parecer.	63
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho — Fiscalização do Tribunal de Contas. Parecer.	89
HOLMES, Oliver Wendell. — O caminho do direito. Artigo.	13
HÜLLEN, Renita Maria — Imposto predial e territorial urbano. Parecer.	173
LUSTOSA, Caio — Licença para tratar de interesses particulares. Funcionário municipal. Parecer.	149
MEIRELLES, Hely Lopes — Loteamento fechado. Parecer.	131
MONTEIRO, José Joaquim. — Proventos de aposentadoria. Parecer.	125
MUKAI, Toshio. — O imóvel urbano e rural: caracterização. Artigo.	53
NOGUEIRA, Ruy Barbosa. — Reforma constitucional e tributária. Artigo.	33
PIRES, José Quadros. — Estabilidade. Parecer.	117
RAMOS, José Hugo V. Castro — 13º salário. Funcionalismo municipal. Parecer.	145
RIO GRANOE OO SUL, Tribunal de Justiça. Cargo Público Estadual. Oeve a administração tornar sem efeito a nomeação do funcionário que não toma posse no prazo previsto em lei. Voto vencido — mantém-se o direito à posse se o Poder Público a impediu. Acórdão em Apelação.	209
ROSA Fº, Telmo Candiota da. — Classificação dos agentes públicos. Artigo.	37
SÁ, Ney. — Interpretação da Lei Estadual nº 6719/75. Parecer.	59

ÍNDICE DE ASSUNTO

AGENTE PÚBLICO

ROSA Fº, Telmo Candiota da — Classificação dos Agentes Públicos. Artigo..... 37

APOSENTADORIA

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Tempo de serviço para aposentadoria de magistrado. Cômputo de tempo de atividade privada sujeita ao regime da Lei Federal nº 3.807/67. Lei Estadual 7.057/76. Parecer. 103

Auxílio-moradia

ver

VANTAGENS PECUNIÁRIAS

CARGO EM COMISSÃO.

MONTEIRO, José Joaquim — Proventos de aposentadoria. Cargo em comissão. Inviabilidade de inclusão nos proventos de aposentadoria anterior do valor que o remunera. Parecer. 125

CARGO PÚBLICO — Estágio probatório.

GRASSI, Marisa Soares — Estágio Probatório. Funcionário público. Agente penitenciário. Previsão legal quanto à possibilidade de funcionário optar pelos vencimentos do cargo em comissão. Conforme a Lei 1751/52 o estágio probatório é no serviço público estadual, e não no cargo. Parecer. 111

CARGO PÚBLICO — Posse

BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Posse em cargo público. O mero indiciamento em inquérito ou acusação em processo, não impede a posse em cargo para o qual tenha sido nomeado. Parecer. 79

CIÊNCIA DO DIREITO

HOLMES, Oliver Wendell. — O caminho do direito. O direito e a moral. A lógica jurídica. A fonte do direito. Estudo do direito. A teoria do direito. Conferência proferida em 1897. 13

CONSTITUIÇÃO — Reforma.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Reforma Constitucional e tributária. Portaria Interministerial 63/82: comentário e sugestões. Artigo. 33

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

FONYAT, Maria Izabel Ribeiro — Contribuição de Melhoria. Interpretação do art. 18,II da CF em cotejo com o art. 2º e 3º §3º do DL 195/67. Cogitando-se de bens imóveis públicos, não incidem as normas relativas à Contribuição de Melhoria. Parecer. 153

DECADÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Prazos de prescrição e decadência em direito tributário. A decadência só é admissível no período anterior à lavratura do auto de infração. A prescrição começa a fluir decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte. Acórdão em R.E. 217

Décimo terceiro salário
ver

VANTAGENS PECUNIÁRIAS

DIREITO URBANÍSTICO

MUKAI, Toshio. — O imóvel urbano e rural: caracterização. Admite-se que possa haver um critério para fins urbanísticos, e outro, para fins tributários. Artigo. 53

ESTABILIDADE

PIRES, José Quadros. — Estabilidade. Tempo de serviço. A implementação dos pressupostos para a aquisição da estabilidade extraordinária afasta a possibilidade de ocorrência posterior da estabilidade ordinária. Parecer. 117

Estágio probatório
ver

CARGO PÚBLICO — estágio probatório.

IMPOSTO PREDIAL

HÜLLEN, Renita Maria. — Imposto predial e territorial urbano. A avaliação dos imóveis, para cálculo do imposto, é operação integrante do ato de lançamento da competência do Poder Executivo. Parecer. 173

IMPOSTO PREDIAL

MUKAI, Toshio. — O imóvel urbano e rural: caracterização. Admite-se que possa haver um critério para fins urbanísticos, e outro para fins tributários. Artigo. 53

IMPOSTO TERRITORIAL

HÜLLEN, Renita Maria. — Imposto predial e territorial urbano. A avaliação dos imóveis, para cálculos do imposto, é operação integrante do ato do lançamento, da competência do Poder Executivo. Parecer. 173

IMPOSTO TERRITORIAL

MUKAI, Toshio. — O imóvel urbano e rural: caracterização. Admite-se que possa haver um critério para fins urbanísticos, e outro, para fins tributários. Artigo. 53

LICENÇA — INTERESSE PARTICULAR

LUSTOSA, Caio. — Licença para tratar de interesses particulares. Funcionário municipal. Ilegalidade de novas concessões antes de decorrido o interregno estatutário. Parecer. 149

LICITAÇÃO

CABRAL, Armando Henrique Dias. — Licitação, Privilégio a licitante no Estado. Inconstitucionalidade. Parecer. 67

LICITAÇÃO

CASTRO, Silvia La Porta de. — Competência estadual para legislar sobre licitação. Em vigor lei estadual 6499/72. Inaplicável Lei Fed. 6946/81 aos Estados. Parecer. 83

LICITAÇÃO

GOULART, Adnor. Licitação só é admissível a correção monetária na hipótese da ocorrência de ato ilícito da administração pública. Contra-razões em R.E. 195

LICITAÇÃO

SÁ, Ney. — Interpretação da Lei Estadual 6719/74, à luz do novo coeficiente de atualização monetária trazido pela Lei Federal 6205/75. Parecer. . 59

LOTEAMENTO FECHADO

FERREIRA, Aldo Leão. — Loteamento fechado. Sua conceituação e natureza jurídica. A ele não se aplica a Lei 6766/79, mas o art. 8º da Lei 4591/64. Necessidade de sua regulação urbanística pelo Leg. Mun. Parecer. 169

LOTEAMENTO FECHADO

MEIRELLES, Hely Lopes. — Competência do Município para ordenação de seu território. O loteamento é regido pela Lei 4591/64. Cabimento de mandado de segurança para avaliar indeferimento ilegal de plano de loteamento. Parecer. 131

MAGISTRATURA

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Tempo de serviço para aposentadoria de magistrado. Cômputo de tempo de atividade privada sujeita ao regime da Lei Federal 3807/60. Lei estadual 7057/76. Parecer. 103

MUNICÍPIO

LUSTOSA, Caio. — Licença para tratar de interesses particulares. Funcionário municipal. Ilegalidade de novas concessões antes de decorrido o interregno estatutário. Parecer. 149

MUNICÍPIO

RAMOS, José Hugo V. Castro. — Concessão do 13º salário ao funcionalismo municipal. Exigência de prévio provimento legal. Iniciativa privativa do Chefe do Executivo Municipal. Parecer. 145

Nomeação
ver

PROVIMENTO

POLÍCIA CIVIL

GARCEZ, Aramis Antônio. — Auxílio-moradia dos policiais. Em se tratando de direito não reconhecido pelo Estado ocorre a prescrição quinquenal, atingindo o próprio "fundo de direito". Contra-razões em apelação. . . 187

PREFEITO MUNICIPAL

AZEVEDO, Marília de Oliveira. — Substituição e sucessão do Prefeito. Em caso de vacância do cargo cabe ao Vice-Prefeito ou ao Presidente da Câmara assumir a chefia do Executivo na qualidade de Sucessor. Desincompatibilização. Parecer. 165

PRESCRIÇÃO

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. — Prazos de prescrição e decadência em Direito Tributário. A decadência só é admissível no período anterior à lavratura do auto de infração. A prescrição começa a fluir decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte. Acórdão em R.E. 217

PRESCRIÇÃO

GALLICCHIO, Defrancisco. — Prescrição dos direitos que se inserem na relação estatutária. Contra-razões ao Embargo Infringentes. 201

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

CASTRO, José Nilo de. — Princípio da Legalidade. Características, sanções. Legitimidade, constitucionalidade e legalidade. Artigo. 39

PROVENTOS

GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Funcionários cedidos a Sociedades de Economia Mista e Fundações. Revisão dos proventos de aposentadoria. 63

PROVENTOS

MONTEIRO, José Joaquim. — Proventos de aposentadoria. Cargo em Comissão. Inviabilidade de inclusão nos proventos de aposentadoria anterior do valor que o remunera. Parecer. 125

PROVIMENTO

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Deve a administração tornar sem efeito a nomeação do funcionário que não toma posse no prazo previsto em lei. Voto vencido mantém-se o direito a posse, se o Poder Público a impediu. Acórdão em apelação. 209

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Fiscalização do Tribunal de Contas. Entidades com personalidade jurídica de Direito Privado, de cujo capital o Estado participe majoritariamente estão sujeitas a fiscalização do Tribunal de Contas. Parecer. 89

TRIBUNAL DE CONTAS

GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Fiscalização do Tribunal de Contas. Entidades com personalidade jurídica de Direito Privado, de cujo capital, o Estado participe majoritariamente estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas. Parecer. 89

VANTAGENS PECUNIÁRIAS

GARCEZ, Aramis Antônio. — Auxílio-moradia dos policiais. Em se tratando de direito não reconhecido pelo Estado, ocorre a prescrição quinquenal, atingindo o próprio "fundo de direito". Contra-razões em apelação. 187

VANTAGENS PECUNIÁRIAS

RAMOS, José Hugo V. Castro. — Concessão do 13º salário ao funcionalismo municipal. Exigência de prévio provimento legal. Iniciativa privativa do Chefe do Executivo Municipal. Parecer. 145

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