

REVISTA
DA
PROCURADORIA-
-GERAL
DO ESTADO



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

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

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

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando 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.

RPGE	Porto Alegre	v.13	nº 35	p. 1 a 272	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

JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
Governador do Estado

OCTÁVIO GERMANO
Vice-Governador do Estado

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador-Geral do Estado

MARIA AMALIA DIAS DE MORAES
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

Daiva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

JEAN FRAYSSINET e PIERRE KAYSER	A lei de 6/1/1978 relativa à informática, fichários e liberdades e o Decreto de 17/7/1978.	13
TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO	Tribunal de avaliações na desapropriação	56
J. CRETELLA JÚNIOR	O Decreto-Lei no Oireito Brasileiro	69
ARMANOO HENRIQUE DIAS CABRAL	Reeleição dos membros da mesa de Câmara Municipal.	85
CARLOS COSTA	O Tribunal de Contas - órgão e função jurisdicional	93
SÍLVIO OOBROWOLSKI	A dinâmica da Justiça Federal	109

PARECERES

JORGE ARTHUR MORSCH	Promoção na carreira de técnico em planejamento - Parecer 5036/PGE	131
JORGE ALBERTO DIEHL PIRES	Cedência de funcionários - Parecer 4585/PGE	137
ANA MARIA LANOELL OE MOURA	Transferência de funcionário - Parecer 4332	141
SILVIA LA PORTA OE CASTRO	Oispensa de licitação - Parecer 4708 PGE	151
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Remuneração de funcionário cedido a fundação - Parecer 4872/PGE	157
ELIANA OONATELLI OE MOURA	Efluentes líquidos do pólo petroquímico: Parecer 5056/PGE	161
JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO	Aposentadoria - Parecer 4792/PGE ..	165
MARISA SOARES GRASSI	Proventos de aposentadoria - Parecer 5028/PGE	171
EULÁLIA MARIA OE CARVALHO GUIMARÃES	Contrato administrativo - Parecer 5058/PGE	181
EUNICE NEQUETE MACHA OO	AS - Regime de trabalho - Parecer 4883/PGE	189

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Estágio probatório - Parecer 4842/PGE	195
ASSUNTOS MUNICIPAIS		
JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Provimento de cargos públicos - Pare- cer 4458/PGE	201
RENITA MARIA HÜLLEN	Competência Estadual em matéria ur- banística - Parecer 5014/PGE	203
MARIA IZABEL DE A. RIBEIRO FONYAT	Denominação de vias, logradouros e próprios públicos municipais - Parecer 5023/PGE	207
CAIO LUSTOSA	Paridade de vencimentos - Parecer 4956/PGE	213
TRABALHOS FORENSES		
DEFRANCISCO GALLICCHIO	Correção monetária de vencimentos atrasados - Razões de apelação	219
RICARDO KOCH	Inaplicabilidade da confissão às pes- soas de Direito Público	227
ADNOR GOULART	Interdito proibitório - Contestação	233
JACQUES TAVORA ALFONSIN	Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja" - Contestação	239

DOCTRINA

A LEI DE 6 DE AGOSTO DE 1978 RELATIVA À INFORMÁTICA, FICHÁRIOS E LIBERDADES E O DECRETO DE 17 DE JULHO DE 1978

JEAN FRAYSSINET e PIERRE KAYSER

SUMÁRIO

Introdução

1. — Perigos da informática.
2. — Relatório da Comissão "Informática e Liberdade".
3. — Projeto de lei e trabalhos parlamentares.
4. — Decreto de 17 de julho de 1978.
5. — Finalidades da lei (art. 1º).
6. — Princípio relativo aos tratamentos automatizados das informações sem caráter nominativo (art. 3).
7. — Definição das informações nominativas (art. 4).
8. — Definição dos tratamentos automatizados destas informações (art. 5).
9. — Princípio relativo ao valor probatório da definição do perfil ou personalidade do interessado numa decisão jurídica ou administrativa (art. 2).
10. — Extensão parcial da lei aos fichários não informatizados.
11. — Extensão da lei aos fichários privados.
12. — Proteção das informações nominativas nas relações internacionais.

I. — PROTEÇÃO DAS PESSOAS EM RELAÇÃO ÀS INFORMAÇÕES NOMINATIVAS NAS RELAÇÕES INTERNAS.

13. — Distinção das regras protetoras de pessoas e a missão da Comissão Nacional de Informática e Liberdades.

A. — Regras protetoras das pessoas em relação às informações nominativas.

14. — Distinção das regras relativas à criação dos fichários informatizados e aquelas aplicáveis às informações nominativas de todos os fichários.

Tradução de "La loi du 6 janvier de 1978 relative à l'informatique aux fichiers et libertés et le décret du 17 juillet de 1978" (Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger 3 :629-956, mai/jun. 1979), autorizada pelos autores e direção da revista. Tradução de Paulo Turra Magni e revisão de Maria Heoniza N. da Silva e César Augusto Mariano.

- 1º Regras relativas à criação dos fichários informatizados.
15. — Diferenças e semelhanças entre os tratamentos públicos e os tratamentos privados.
 - a) Diferenças entre as duas categorias de tratamentos
 16. — Criação dos tratamentos públicos por uma lei ou por um ato regulamentar (art. 15).
 17. — Necessidade de um parecer motivado da Comissão (art. 15). Procedimento.
 18. — Consequências de um parecer favorável e de um parecer desfavorável.
 19. — O ato regulamentar e sua publicidade (art. 20).
 20. — Declaração dos tratamentos privados (art. 16).
 - b) Regras comuns.
 21. — Tratamentos que não acarretam manifestamente prejuízos à vida privada e às liberdades (art. 17).
 22. — Indicação do pedido de parecer e da declaração (art. 19).
 23. — Publicidade dos tratamentos (art. 22).
 24. — Utilização do Cadastro Nacional de Identificação das Pessoas Físicas (art. 18).
 25. — Sanção penal (art. 41).
 26. — Extensão destas regras a certos fichários não informatizados (art. 45, alínea 4).
- 2º Regras relativas às informações nominativas de todos os fichários.
27. — Extensão das regras dos Capítulos IV e V aos fichários não informatizados (art. 45, alínea 1, 2 e 3).
 - a) Interdição do registro.
 28. — Pequeno número destas informações.
 29. — Origens raciais, opiniões políticas, filosóficas e religiosas e participações sindicais (art. 31).
 30. — Exercício pelo devedor de sua faculdade de retração em certas operações de crédito (art. 7 da Lei de 10 de janeiro de 1978).
 31. — Infrações, condenações e medidas de segurança (art. 30).
 32. — Regra geral do art. 26.
 33. — Sanção penal (art. 42).
 - b) Coleta, registro e conservação
 34. — Coleta (art. 25).
 35. — Conservação (art. 28).
 36. — Segurança (art. 29).
 37. — Sanções penais (art. 42 e 43).
 - c) Direitos de acesso e de retificação.
 38. — Caráter geral e natureza destes direitos.
 39. — Direito único das pessoas físicas.
 - aa) Regras gerais.
 40. — Direito de interrogação (art. 34).
 41. — Direito à comunicação (art. 35).
 42. — Direito de retificação (art. 36).
 - bb) Regras particulares a certos fichários.
 43. — Fichários de interesse da Segurança do Estado, defesa e segurança pública (art. 39).

44. — Fichários médicos (art. 40).
- B. — Comissão Nacional de Informática e Liberdades.
45. — Características (art. 8, alínea 1º).
- 1º Estatuto e funcionamento.
46. — Independência.
 47. — Composição (art. 8, alínea 2).
 48. — Designação e estatuto dos membros (art. 8 alínea 2, 7 e última).
 49. — Setores e recursos (art. 10 e 7).
 50. — Regulamento interno (art. 8, alínea 4).
- 2º Poderes.
51. — Extensão destes poderes (art. 6 e 14).
 - a) Poder de decisão, de dar pareceres e de controle.
 52. — Decisões regulamentares e decisões individuais (art. 6 e 21, 1º).
 53. — Parecer.
 54. — Controle.
 - b) Poder de informação.
 55. — Obrigação de informação (art. 21, 7).
 56. — Extensão do poder de informação.

II. — PROTEÇÃO DAS PESSOAS EM RELAÇÃO ÀS INFORMAÇÕES NOMINATIVAS NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS.

57. — Progresso dos fluxos internacionais.
 58. — Proteção das informações.
- A. — Regras da lei.
59. — Autorização e regulamentação da transmissão das informações objeto de um tratamento privado (art. 24).
- B. — Lei aplicável.
60. — A lei do lugar do tratamento.
- C. — Proteção internacional.
61. — Resoluções do Conselho da Europa.
 62. — Anteprojeto da Convenção internacional.

III. — DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS.

63. — Distinção da lei e do projeto.
64. — Disposições da lei.
65. — Disposições do decreto.

CONCLUSÃO

66. — Apreciação crítica.

INTRODUÇÃO

1 — O recente desenvolvimento da informática nas sociedades industrializadas suscitou, ao mesmo tempo que a esperança de uma sociedade melhor informada, mais próspera e mais livre, sérias apreensões. Apreensão, em primeiro plano, pelo respeito à vida privada, a informática podendo colocar à disposição das entidades públicas e empresas privadas um grande número de informações sobre os particula-

res, substituindo sua "opacidade" natural por uma "transparência" exclusiva do segredo pertinente à vida pessoal e familiar. Apreensão, também, pelo atentado às liberdades públicas, pela ruptura do equilíbrio entre governantes e governados, a multiplicação de informações à disposição daqueles, conferindo-lhes um poder crescente sobre estes. Perguntou-se, enfim, se o desenvolvimento da informática não seria suscetível de romper o equilíbrio entre os poderes dentro do Estado, em proveito do poder informado, ou seja, do executivo em relação ao Parlamento, e mesmo de provocar incidentes no que tange ao funcionamento das instituições democráticas.

Da mesma maneira, um certo número de países industrializados esforçaram-se, sob o estímulo da opinião pública e dos partidos políticos, em se prevenir destes perigos, se bem que suas realidades e principalmente suas extensões tenham sido objeto de controvérsias. A maior parte destes países o fizeram por via legislativa. É o caso, em particular, da Suécia, pela lei sobre a proteção dos dados de 11 de maio de 1973, os Estados Unidos pela "Privacy Act of 1974", a República Federal da Alemanha, pela Lei de 27 de janeiro de 1977, sobre a proteção contra a utilização abusiva dos dados pessoais no tratamento destes, que foi precedida por uma lei do Land de Hesse. A Noruega possui uma Lei, de 9 de junho de 1978, sobre o registro de dados pessoais, e outros países preparam leis semelhantes. Somente a Grã-Bretanha, até agora, parece orientar-se no sentido de uma prevenção contra estes perigos, pelos próprios "profissionais da informática", sob o impulso da British Computer Society.

2 — Por iniciativa governamental, a França orientou-se por uma solução legislativa. O Primeiro-Ministro, na época, M. Chaban-Demas, solicitou ao Conselho de Estado que estudasse, em seu relatório anual para 1969/1970, "As conseqüências do desenvolvimento da informática sobre as liberdades públicas e privadas e sobre as decisões administrativas"; o Conselho fez o relatório, não publicado, contendo propostas para resolver estas questões. A Chancelaria realizou estudo em 1972. As propostas de lei foram entregues em outubro de 1970 por M. Poniatowsky, e em abril de 1974 por M. Caillavet, mas estas propostas não tiveram continuidade. Uma parte da imprensa escrita vivamente criticou, no início de 1974, um projeto que pretendia desenvolver o emprego da informática na administração, conectando um certo número de computadores por ela utilizado, para obter informações variadas sobre as pessoas, empresas e associações.

Este projeto utilizar-se-ia, para tal, de uma identificação única das pessoas nascidas na França, número este já empregado pela INSEE e também utilizado pela Segurança Social. Este projeto, tendo sido designado pelas iniciais de seu nome "SAFARI", levou o governo a ser acusado de querer organizar a "Caça aos franceses".

Face a estas reações, o Primeiro-Ministro solicitou ao Ministro da Justiça que criasse uma Comissão encarregada de propor soluções ao problema criado pelo desenvolvimento da informática; o Presidente da República delimitou a missão desta

Comissão pelo decreto de 8 de novembro de 1974, solicitando-lhe "propor ao governo, num espaço de 6 meses, medidas capazes de garantir que o desenvolvimento da informática, nos setores público e privado, se realizaria dentro das normas de respeito à vida privada, liberdades individuais e liberdades públicas".

A Comissão principiou fazendo um estudo tão exato quanto possível do estado da informática na França. Com esta finalidade, ele conferiu a seus membros a missão de estudar os diferentes setores com a ajuda da magistratura e funcionários. Por outro lado, ela procedeu a grandes consultas a pessoas e grupos interessados pelo desenvolvimento da informática, estendendo-as, particularmente, aos grandes centros sindicais, ao Conselho Nacional do Patronato Francês e aos meios profissionais da informática (construtores, sociedades prestadoras de serviços profissionais da área, usuários). Enfim, ela informou-se a respeito das realizações e dos projetos dos países industrializados, bem como estudos que os organismos internacionais (ONU, UNESCO, OCDE, Conselho da Europa) já haviam processado.

Assim, a Comissão pode remeter ao Presidente da República, em 27 de junho de 1975, um relatório extenso e preciso, redigido por M. Bernard, seu redator-geral e Conselheiro de Estado, e pelo Professor Pierre Catala, redator-geral adjunto. A este relatório acompanharam vários anexos com trabalhos da Comissão: estudos sobre as leis e experiências estrangeiras, relatórios sobre diferentes setores que empregam a informática, ou são candidatos a sua utilização, informações estatísticas sobre o emprego da informática, apreciações sobre o caráter perigoso dos dados.

Por outro lado, a Comissão remeteu ao Governo um anteprojeto de textos legislativos e regulamentares, o qual foi publicado, e que representava a conclusão prática de seu relatório.

3 — Após estudo deste anteprojeto, o governo remeteu à Assembléia Nacional, em agosto de 1976, um projeto de lei relativo à informática e às liberdades, tendo por objeto, segundo os termos da Exposição de Motivos, "realizar um equilíbrio necessário entre a completa utilização da informática e a proteção dos cidadãos numa democracia liberal". Com este propósito, o anteprojeto, após ter consagrado às diretrizes e aos princípios estes artigos preliminares, instituiu uma Comissão Nacional de Informática e Liberdades encarregada de salvaguardar a observância de suas disposições e investida de uma missão de informação, de decisão, de controle e de regulamentação (Capítulo I). Subordinou, em seguida, o emprego dos tratamentos automatizados de informações nominativas do setor público e do setor privado às formalidades preliminares (Capítulo II), regulamentou a coleta, o registro e a conservação das informações nominativas (Capítulo III), consagrou, em benefício das pessoas a quem estas informações concernem, um direito de acesso e um direito de retificação (Capítulo IV), constituiu em infrações penais a violação de um certo número de suas disposições (Capítulo V), enfim, dispôs no tempo a aplicação destas infrações (Capítulo VI).

Este projeto provocou trabalhos parlamentares de uma amplitude e interesse excepcionais, apresentados por um relatório de M. Jean Foyer, Presidente da Comissão de Leis da Assembléa Nacional. Discutido pela Assembléa Nacional em 4 e 5 de outubro de 1977, foi adotado, com modificações, em 5 de outubro. Enviado ao Senado, foi igualmente objeto de um importante relatório de M. Jacques Thyrand, em nome da Comissão de Leis desta Assembléa. Discutido pelo Senado em 17 de novembro, foi no mesmo dia adotado com substanciais modificações que deram origem a uma segunda leitura pela Assembléa Nacional. Discutido e adotado em 16 de dezembro com modificações que originaram uma segunda leitura pelo Senado, foi lá discutido e aceito, em 19 de dezembro, com modificações que levaram, por iniciativa do Governo, à reunião de uma Comissão Mista Paritária. A decisão sobre a composição da Comissão Nacional de Informática e Liberdades não colocou fim a divergências entre a Assembléa Nacional e o Senado a respeito deste ponto; na realidade, o governo perseverou, frente às duas assembléas, em sua oposição à presença de parlamentares. Apreciado pela Assembléa Nacional em 21 de dezembro, não o foi no mesmo dia pelo Senado que rejeitou o projeto por unanimidade.

Antes de fazer prevalecer o texto votado pela Assembléa Nacional como lhe permitia a Constituição, o Ministro da Justiça preferiu solicitar à Assembléa Legislativa que mudasse de opinião sobre a ausência de Parlamentares na Comissão, o que permitiu ao Senado adotar o texto votado pela Assembléa. Ao final destes trabalhos, o projeto de lei foi objeto de várias modificações importantes inspiradas pelas recomendações da Comissão de Informática e Liberdades, mas ultrapassando-as, por iniciativa do Senado. Foi o caso, também, da extensão dos fichários não-informatizados de informações nominativas do conjunto das disposições da lei relativos à coleta, registro e conservação das informações nominativas (Capítulo IV), e ao exercício de direito de acesso (Capítulo V): art. 45, alíneas 1 e 3ª.

Esta extensão determinou, por pedido do Senador Caillavet, a modificação da denominação da lei passando de "Relativa à Informática e às Liberdades" para "Relativa à Informática, **Fichários** e Liberdades".

O Senado, por outro lado, desenvolveu as diretrizes e os princípios consagrados pelos 3 artigos preliminares do projeto de lei e reuniu os novos textos num 1º capítulo intitulado "Princípios e definições", conforme o modelo seguido pela maior parte das leis recentes sobre a informática, em particular, "Privacy Act of 1974" e a lei federal alemã de 27 de janeiro de 1977.

4 — A lei possui numerosas e complexas disposições — 48 — razão pela qual o legislador sentiu a necessidade de recorrer a **decretos** a fim de determinar as condições de aplicação de um certo número dentre elas. Em suas "Disposições diversas", reunidas no capítulo VII e último, a lei decide que os decretos no Conselho de Estado fixarão suas modalidades de aplicação, é em particular, os prazos nos quais suas

disposições entrarão em vigor, estes prazos não podendo exceder a dois anos a contar de sua promulgação. Estes decretos devem ser colocados em prática num prazo de seis meses, a contar, igualmente, de sua promulgação: art. 46.

Até agora, somente o Decreto nº 78-774 de julho de 1978 foi elaborado. Seu capítulo 1º é relativo à Comissão Nacional de Informática e Liberdades, o capítulo 2, às formalidades preliminares para o emprego dos tratamentos automatizados de informações nominativas, o capítulo 3, às disposições transitórias. O artigo 26 deste último capítulo foi modificado pelo Decreto nº 78-1223 de 28 de dezembro de 1978 e após, pelo Decreto nº 79-421 de 30 de maio de 1979.

O Decreto de 17 de julho de 1978 prevê que um decreto em Conselho do Estado fixará as condições de aplicação da lei aos tratamentos automatizados de informações nominativas, interessando à Segurança do Estado, a defesa e segurança públicas: art. 27. Este último decreto, ou talvez um outro, deverá precisar igualmente as condições de exercício dos direitos de acesso e de retificação à guarda dos fichários não-automatizados de informações nominativas: art. 45, alínea 3 da lei, assim que as condições nas quais as decisões, avisos e recomendações da Comissão, cujo conhecimento é útil à aplicação e à interpretação da lei, sejam colocados à disposição do público (art. 22, alínea última).

5 — Os **princípios** e as **definições** contidas nos arts. 1º a 5 do capítulo I devem ser objeto de um estudo prévio em relação aos outros dispositivos da lei, porque permitem compreender seu alcance, podendo esclarecer a interpretação. É o caso, primeiramente, do art. 1º consagrado, mais do que a um princípio propriamente dito, a uma indicação das "finalidades almejadas pela lei". A comissão de leis do Senado, seguida pelo Senado, substituiu a expressão adotada pela Assembléa Nacional, "a informática deve estar a serviço dos cidadãos", por "a informática deve estar a serviço de **cada cidadão**", a fim de, disse o Relator, substituir a idéia de indivíduo por aquela de grupo, e de manifestar que a informática deve ser um instrumento destinado à melhoria da vida". M. Thyraud acrescentou que "seu desenvolvimento deve se operar dentro do quadro da cooperação internacional", a fim de "introduzir a dimensão internacional indispensável para a compreensão da realidade da informática", e de "convidar o governo a colaborar na elaboração de uma convenção internacional...".

À indicação dos fins da informática, segue-se a indicação dos prejuízos que ela não deve causar às pessoas.

A identidade humana, segundo o Relator da comissão de leis do Senado, primeiramente, significa que "a pessoa não perde nem seu nome, nem sua língua, nem sua personalidade". Esta última idéia é a mais importante, porque dá um fundamento ao direito de acesso e ao direito de retificação, que são consagrados pelo capítulo V da lei, com relação às informações nominativas de todos os fichários; e que são os novos direitos de personalidade.

O texto acrescenta que a informática não deve causar prejuízos nem aos direitos do homem, nem à vida privada, nem às liberdades individuais ou públicas. Assim, ela conta, em particular, com o direito de respeito à vida privada, que é reconhecido como um direito do homem pelo art. 8 da Convenção da Europa de salvaguarda dos direitos do homem e liberdades fundamentais, e como um direito subjetivo, pelo art. 9 do Código Civil Francês.

6 — É preciso destacar, deste texto preliminar, o art. 3, porque, diferentemente dos outros dispositivos da lei, ele não é particular às informações nominativas. Ele consagra, em benefício de todas as pessoas, o direito de **conhecer** e de **contestar** as **informações** e os **raciocínios** utilizados nos **tratamentos automatizados** cujos resultados lhe são contrários. Possui sua origem nesta observação do Relatório da Comissão de Informática e Liberdades: "...são tratamentos não-nominativos que podem, pelo menos indiretamente, prejudicar os indivíduos e os grupos, reduzindo efetivamente suas liberdades". O relatório assim exemplifica: "a direção de uma empresa notificará aos membros de um comitê, que após ter recorrido à informática, ficou estabelecida a necessidade de fechar tal estabelecimento"... "os habitantes de uma planície, da qual os computadores concluíram constituir o melhor lugar para a implantação de uma usina perigosa à vizinhança".

Os direitos, assim consagrados, limitam-se, quando são exercidos aos cuidados dos tratamentos automatizados do setor público, pela tradição, ou pela regra do segredo da administração. Mas esta tradição foi parcialmente questionada após a lei de 17 de julho de 1978, que consagra **livre acesso dos administradores aos documentos administrativos de caráter não nominativo**: art. 1º, alínea 1ª. A lei considera como tal "os documentos enumerados pelo artigo 1º, alínea 2, sob a forma... tratamentos automatizados de informação não nominativas": art. 1º, alínea 2. O novo princípio comporta exceções para os documentos cujo acesso trariam prejuízo a um certo número de segredos enumerados pelo art. 6 e, "de um modo geral, aos segredos protegidos pela lei". Será, sem dúvida, difícil conciliar a regra do art. 3 da lei de 6 de janeiro de 1978 com as disposições da lei de 17 de julho de 1978 cuja terminologia e conteúdo são diferentes. A generalidade do texto — "Toda pessoa" — e sua finalidade deveriam conduzir ao reconhecimento dos direitos de acesso e de contestação, não somente às pessoas físicas, bem como às pessoas jurídicas.

7 — As outras disposições da lei somente concernem às "**informações nominativas**" definidas pelo art. 4º, "as informações que permitem, independentemente da forma, diretamente ou não, a identificação das pessoas físicas as quais elas se aplicam, quer o tratamento seja efetuado por uma pessoa física ou jurídica".

A lei assegura, portanto, a proteção de todas as informações que permitem identificar uma pessoa **física**. Não é necessário que a informação seja relativa a elementos da vida privada; os elementos que se relacionam a atividades públicas são

igualmente protegidos. A informação, neste caso, pode ser inexata ou incompleta, importante é que o interessado possa exercer os direitos de acesso e de retificação em relação a esta informação. Esta concepção extensiva das informações nominativas tem, aliás, a vantagem de afastar a dificuldade, distinguindo a vida privada das atividades públicas. Também tem sido consagrada por várias leis estrangeiras. O "Privacy Act of 1974", após ter declarado que o "objetivo da presente lei é garantir a cada indivíduo um certo número de proteções contra a invasão de sua vida privada, exigindo das administrações respeito às regras seguidas, salvo disposições legais contrárias", edita, em seguida, as regras destinadas às "informações relativas a uma pessoa identificável", sem distinguir igualmente, quer estas informações tenham por objetivo a vida privada, quer as atividades públicas. No mesmo sentido a lei alemã de 27 de janeiro de 1977, após ter declarado que seu objetivo é proteger os dados de caráter pessoal contra uma utilização abusiva, define estes dados como sendo "aqueles concernentes à situação pessoal ou material de uma pessoa determinada ou determinável".

Se a lei protege todas as informações relativas a uma pessoa física que permitem identificá-la, não protege as informações concernentes às **pessoas jurídicas**. Estabelece, assim, uma nova diferença entre a condição das primeiras e a das segundas. Esta diferença não existia no projeto de lei que qualificava de nominativas as informações, permitindo a "identificação de pessoas físicas ou jurídicas... às quais elas se aplicam": art. 2, alínea 2.

A Comissão de leis do Senado propusera somente proteger as pessoas jurídicas sem interesses lucrativos. O Senado votou, sem discussão, um texto visando as "pessoas". A Comissão de leis da Assembléia Nacional propôs, numa emenda de M. Foyer, restringir o alcance do texto às pessoas físicas, e a Assembléia Nacional pronunciou-se neste sentido.

O Relator justificou-se dizendo que a lei objetivava proteger os direitos da pessoa, sua vida e sua intimidade, "e que estender a definição de informações nominativas às pessoas jurídicas seria suscetível de perturbar profundamente o segredo dos negócios". É difícil captar o alcance deste último argumento, porque tratar-se-ia de saber, não se os direitos de acesso e de retificação se exercerão em oposição às pessoas jurídicas, o que foi aceito sem discussão, mas se elas poderiam exercê-los por si mesmas em oposição às informações que lhe fossem concernentes. Não é compreensível porque as pessoas jurídicas não se beneficiariam, a exemplo das pessoas físicas do direito à identidade. É, sem dúvida, para as pessoas físicas um direito da personalidade, mas certos direitos da personalidade, tal como o direito de resposta, dizem respeito às pessoas jurídicas. O anteprojeto da Convenção Internacional sobre a Proteção de Dados, elaborado pelo Conselho da Europa, não protege, de pleno direito, as informações relativas às pessoas jurídicas. Entretanto, permite a uma parte contratante conhecer as disposições da Convenção das Pessoas Jurídicas por uma declaração endereçada ao depositário desta convenção: arts. 1º e 2.

8 — A definição legal de informações nominativas tem por complemento a do **tratamento automatizado** destas informações. O projeto de lei assimilava somente a interconexão das informações nominativas a um tratamento: art. 2, alínea 1ª. A comissão de leis do Senado propôs uma definição do tratamento, colocada no capítulo Iº, que o Senado precisou na primeira leitura do projeto. A comissão de leis da Assembléia Nacional propôs complementar esta definição, e esta proposta, aceita pela Assembléia Nacional, tornou-se o art. 5 da lei. Este texto define o tratamento automatizado de informações nominativas como "todo conjunto de operações realizadas por meios automáticos relativo à coleta, ao registro, à elaboração, à modificação, à conservação e destruição de informações nominativas...".

Considera, a seguir, como tal, "todo o conjunto de operações da mesma natureza que se relacionam com a exploração de fichários ou base de dados e especialmente as interconexões ou aproximações, consultas ou comunicações de informações nominativas". Estas precisões são baseadas nesta observação da Comissão de Informática e Liberdades de que os computadores podem estar em comunicação sem estar interconectados.

9 — Os tratamentos automatizados de informações nominativas permitem fornecer uma "definição do perfil ou da personalidade" do interessado, que pode ser utilizada na administração do pessoal, para decidir a lotação e as promoções. Igualmente, permite estabelecer o coeficiente de "periculosidade" de um delinqüente. O art. 2 da lei, que tem por origem uma proposta da comissão de leis do Senado inclinada a modificar o art. 2 do projeto de lei, decide primeiramente que, uma decisão da justiça, implicando na apreciação de um comportamento humano, "não pode ter por fundamento um tratamento automatizado de informações dando uma definição do perfil ou da personalidade do interessado". Portanto, proíbe recorrer a esta espécie de prova numa decisão de justiça, judiciária ou administrativa, implicando a apreciação de um comportamento humano.

Ela não limita a força probatória para decisões administrativas e para as decisões privadas que implique uma tal apreciação: dispõe que estas decisões não podem ter *este único fundamento*. A definição do perfil ou da personalidade do interessado pode pois, neste caso, servir de início da prova.

É somente esta definição que é excluída do meio de prova ou cuja força probatória é limitada, e não as informações que serviram para estabelecê-la e que continuam a ser regidas pelo direito comum de provas.

10 — O emprego destes princípios e destas definições desencadeou dificuldades no que concerne a seu campo de aplicação. A mais importante foi saber se era preciso limitar as regras da lei protetora das informações nominativas aos **fichários informatizados**, ou se era preciso estendê-las aos **fichários manuais e mecano-gráficos**. É a primeira parte que é adotada pela Lei Federal alemã de 27 de janeiro de

1977 e a segunda que é consagrada pela "Privacy Act of 1974". A primeira parecia impor-se já que a lei era inspirada pelo anseio de impedir a informática de trazer prejuízo em respeito à vida privada e às liberdades. Além do que, estender as regras da lei aos fichários não informatizados, acarretaria o risco de torná-la inaplicável, em razão do número destes fichários.

Por outro lado, a limitação do alcance da lei aos fichários informatizados teria incitado a recorrer a fichários não informatizados para os dados mais sensíveis, já que a decisão da assembléia do Conselho de Estado de 13 de fevereiro de 1976, relativa aos fichários dos alienados, da Comissão de Polícia de Paris, revelara o perigo destes.

A Comissão "Informática e Liberdades" sugeriu um acordo que foi estabelecido por um projeto de lei, onde todas as disposições protetoras das informações nominativas somente se aplicariam aos fichários informatizados.

Mas o Parlamento manifestou a vontade de afastar esta limitação; a Assembléia Nacional queria estender aos fichários manuais e mecano-gráficos somente um número restrito de regras aplicáveis aos fichários informatizados, e o Senado desejava estender um número maior destas regras.

A divergência entre as duas Assembléias levou a um acordo, que consistiu em somente impor as formalidades quando da criação de fichários informatizados, permanecendo os não informatizados livres, e em compensação, estendendo a estes últimos as regras relativas à coleta, registro e conservação das informações nominativas, assim como aquelas relativas ao direito de acesso e ao direito de retificação: art. 45, alínea 1ª, 2 e 3.

As disposições do Capítulo III, consagrado às "formalidades preliminares ao emprego dos tratamentos automatizados" somente se aplicam, assim, a estes tratamentos. Ao contrário, o conjunto das regras do Capítulo IV, consagrado à "Coleta, registro e conservação das informações nominativas" e do Capítulo V, intitulado "Exercício do direito de acesso", é aplicável aos fichários não informatizados.

A distinção destas duas categorias de regras é, entretanto, atenuada pelo poder do governo de estender, por decreto do Conselho de Estado, sob proposta da Comissão, à totalidade ou uma parte das outras disposições da lei e, por conseqüência, àquelas do capítulo III, aos fichários não informatizados: art. 45, alínea última.

O desenvolvimento da informática, desta forma, permitiu tomar maior consciência dos perigos que não são particulares aos fichários automatizados e evitar estes perigos.

11 — Questionam os fichários informatizados se as regras destinadas a assegurar a proteção das informações nominativas devem ser limitadas aos fichários do setor público ou estendidas àqueles do **setor privado**. Os primeiros apresentam, **a priori**, perigos particulares pelo respeito à vida privada e pelas liberdades, em razão das facilidades que obtêm para colocar em comunicação as relações entre os serviços públicos e a possibilidade de recorrer a um identificador único. Entretanto, certos fichários do setor privado possuem outros perigos, que não são menores. É o caso, por exemplo, dos fichários ditos de engajamento destinados a permitir às empresas que os exploram a dar informações sobre os candidatos a um emprego, aos empregadores do setor privado.

O "Privacy Act of 1974", dos Estados Unidos, somente permite aos fichários da Administração Federal, excluídos aqueles da C.I.A. e àqueles das administrações cuja atividade principal é o combate ao crime, ou seja, o da polícia em particular. Mas cria uma Comissão de estudo para a proteção da vida privada, encarregada de fazer recomendações destinadas a aperfeiçoar a lei e a ampliar sua aplicação às organizações públicas e privadas que escapem desta proibição.

A Lei Federal alemã de 27 de janeiro de 1977 engloba, em sua proteção dos dados pessoais, os fichários do setor público e os do setor privado. Mas submete a regras distintas os tratamentos das autoridades públicas, os dos organismos privados com fins próprios e os destes organismos efetuados por conta de terceiros.

Conforme o projeto de lei, a lei de 6 de janeiro de 1978 resolveu a questão por um acordo. A **criação** das duas categorias de fichários é submetida a regras diferentes. Os do setor público somente podem ser criados por uma lei, ou por um ato regulamentar, após parecer da Comissão Nacional de Informática e Liberdades: art. 15, alínea 1ª. A criação dos segundos é subordinada a uma simples declaração: art. 16. Esta diferença foi justificada pela razão do setor privado ser regido pelo princípio da liberdade de comércio e de indústria e que não é preciso acrescentar à regulamentação muito rígida que o rege regras suscetíveis de entrar o desenvolvimento da informática. Em contrapartida, as *informações nominativas* das duas categorias de fichários são, em princípio, submetidas às mesmas regras no que concerne à coleta, registro e conservação, e os direitos de acesso e de retificação: Capítulo IV e V. A Comissão Nacional de Informática e Liberdades é encarregada de velar pela aplicação destas regras em ambas as espécies de fichários: art. 14.

12 — A proteção das informações nominativas levantou uma última dificuldade que não é a menos importante: não deve somente ser efetivada em relações internas, mas também nas **relações internacionais**. Ora, o progresso das telecomunicações tende a tornar mais freqüente sua circulação fora das fronteiras. A dificuldade não fugiu à atenção do legislador: a lei de 6 de janeiro de 1978 contém várias disposições destinadas a proteger as pessoas contra a passagem de informações nominativas para fora das fronteiras. Entretanto, elas somente poderiam ser completa-

mente protegidas contra o fluxo internacional dos dados nominativos por uma convenção internacional. Também o Conselho da Europa elaborou uma convenção internacional sobre a proteção dos dados.

É preciso examinar, preliminarmente, a proteção das pessoas em relação às informações nominativas nas relações internas (I), e após, se questionar como esta proteção pode ser assegurada nas relações internacionais (II). Enfim, o escalonamento, no tempo da aplicação da lei, confere uma importância particular a suas disposições transitórias que serão o objeto de um último parágrafo.

— A proteção das pessoas em relação às informações nominativas nas relações internas.

13 — Se a escolha da via legislativa para assegurar esta proteção implica em numerosas e complexas disposições legais, a aplicação destas deve advir da competência única do poder judiciário. O "Privacy Act of 1974" decide que: "As administrações poderão ser recorridas, frente aos tribunais civis, por qualquer prejuízo resultante dos atos que violem, voluntária ou intencionalmente, os direitos que a presente lei confere a cada indivíduo".

Entretanto, a maior parte das leis sobre informática confia a um organismo, criado por elas mesmas, a missão de assegurar sua aplicação, e os particulares são somente obrigados a recorrer aos tribunais se estimarem não ter obtido o desejado, através deste organismo. Este organismo pode tratar-se de uma única pessoa, como o delegado à proteção de dados da Lei Federal alemã de 27 de janeiro de 1977. Trata-se, entretanto, mais comumente, de uma instância colegiada, como a inspeção de dados da lei da Suécia de 11 de maio de 1973.

A lei de 6 de janeiro de 1978, a respeito deste ponto, adota, como para outros, um acordo. Confia a missão de velar, em respeito de suas disposições relativas aos **tratamentos automatizados**, a uma comissão a quem assegura a independência pela composição e pelos poderes que a ela confere.

Qualifica-a "autoridade administrativa independente" e nomeia-a "Comissão Nacional de Informática e Liberdades. Desta forma, somente se os particulares acreditarem não ter obtido da Comissão a aplicação das disposições da lei relativa aos tratamentos automatizados, ou se preferirem não recorrer primeiramente à Comissão, é que são obrigados a recorrer aos tribunais.

Ao contrário, a Comissão não é encarregada, em princípio, de velar em respeito das disposições da lei relativas aos **fichários não informatizados**. Sem dúvida, o art. 6 da lei investe a Comissão na tarefa de "velar pelo respeito de suas disposições" sem distinção entre elas. Mas este texto já estava assim redigido no projeto de lei cujo alcance estava limitado aos fichários informatizados.

Ora, a missão da Comissão não fora estendida, pelo Parlamento, aos fichários não informatizados, porque pareceu que o seu número não lhes permitiria cumprir adequadamente a missão. Desta forma, os tribunais, em princípio, são os únicos competentes a assegurar a aplicação das disposições da lei a estes fichários.

Como a missão da Comissão não se estende a todas as regras da lei protetora das pessoas em relação às informações nominativas, é preciso abordar estas regras (A) antes de nos interessar com a missão da Comissão (B).

A — As regras protetoras em relação às informações nominativas

14 — O desenvolvimento da informática permitiu tomar consciência dos perigos particulares em respeito à vida privada, cujos fichários manuais não são isentos. Entretanto, estes perigos são maiores para os fichários informatizados, porque estes podem ser facilmente colocados em comunicação, permitindo constituir bancos de dados, atribuindo à cada pessoa várias espécies de dados, por exemplo, médicos, escolares, profissionais, judiciários, policiais, suscetíveis de múltiplas aplicações. É difícil, desta forma, avaliar sobre as medidas convenientes de extensão aos fichários manuais das regras protetoras das informações nominativas editadas para os fichários informatizados.

As diferentes tendências da Assembléia Nacional e do Senado a este respeito resultaram em um acordo entre as partes que constituía em subordinar somente às formalidades a **criação** dos fichários automatizados, e, ao contrário, a editar regras aplicáveis às **informações nominativas** de todos os fichários, seja manuais ou informatizados. É preciso, então, abordar, primeiramente as regras relativas aos fichários informatizados (1.º) e posteriormente aquelas relativas às informações nominativas de todos os fichários (2.º).

15 — O emprego dos tratamentos automatizados não é subordinado às mesmas condições segundo sua emanção do setor público ou privado. Emanado do primeiro, seu emprego é subordinado a uma **autorização**, do segundo, a uma simples **declaração**: arts 15 e 16. Anteriormente proposta pelo Relatório da Comissão de Informática e Liberdades, esta diferença é justificada em razão de colocar fim "à desordem jurídica que reina atualmente no fato da criação de fichários públicos informatizados, já que a criação dos fichários privados é relevante somente à liberdades das empresas, associações e sindicatos". Os fichários do setor público representam, por outro lado, mais perigo à vida privada e à liberdade em razão da facilidade de sua intercomunicação e a constituição dos vastos bancos de dados. Enfim, a experiência sueca é neste sentido: após ter submetido a criação dos tratamentos privados a uma autorização, a Suécia substituiu-a por uma simples declaração a fim de desafogar a instância de controle. Também, após ter sido proposta pela comissão de Informática e Liberdades, a diferença entre estas duas categorias de tratamento foi consagrada pelo projeto de lei e não foi discutida pela Assembléia Nacional e pelo Senado.

Mas se o emprego destas duas categorias de tratamento exige, assim, uma diferença importante, (a) ele é, entretanto, submetido às mesmas regras. (b).

a) Diferença entre os tratamentos públicos e os tratamentos privados.

16 — Os tratamentos do **setor público**, ou seja, aos termos do art. 15, alínea 1.ª, aqueles que são operados por conta do Estado, de um estabelecimento público, de uma coletividade territorial, ou de uma pessoa jurídica de direito privado geradora de um serviço público, somente podem ser decididos por uma lei ou por um ato regulamentar: mesmo texto. O projeto de lei somente previa um ato regulamentar. Mas surgiu, durante a discussão do projeto, como o havia previsto a Comissão de Informática e Liberdades, a necessidade da lei ser iminente em determinados casos, e o Senado votou, numa segunda leitura do projeto, uma emenda de M. Thyraud, apresentada em nome da comissão de leis, prevendo a intervenção da lei.

Se bem que convidado, o Parlamento recusou, de acordo com o governo, tornar preciso quando a criação de um tratamento demanda uma lei e quando demanda um ato regulamentar. A determinação das competências respectivas da lei e do regulamento é, na verdade, efetuada pela constituição em seus artigos 34 a 37. Nos termos destes textos, a criação de um tratamento deve provir de uma lei quando esta possui uma limitação às regras concernentes "às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício de liberdades públicas": art. 34, alínea 1.ª.

É verdade que neste caso, objetou-se à competência da lei quando a autorização do tratamento é uma medida particular. Ora, o artigo 34 da Constituição somente prevê, em suas disposições, medidas particulares, tais como a entrega de uma autorização relevante da lei. O artigo 34 somente visa a intervenção da lei "para fixar as regras" ou "determinar princípios fundamentais". Mas resulta que a lei competente para fixar as regras de garantias fundamentais concedidas aos cidadãos pelo exercício das liberdades públicas, o é igualmente para causar uma limitação a estas regras, mesmo no caso em que esta limitação constitui uma "medida particular".

A criação de um tratamento provém igualmente da lei quando traz uma **limitação ao direito em respeito à vida privada**. Com efeito, nos termos da Convenção Européia de Salvaguarda aos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais, ratificada pela França, somente pode haver limitações a este direito quando estabelecido **por lei**, e se esta limitação é necessária numa sociedade democrática, num dos fins enumerados de uma maneira limitativa, mas ampla, pelo art. 8, § 2.º, da Convenção.

Desta forma, quando a criação de um tratamento ocasiona uma limitação a este direito? O artigo 9 do Código Civil consagrado a este fim, desde a lei de 9 de julho de 1970, não lhe determinou o conteúdo. Mas resulta da jurisprudência anterior a esta lei, que já admitira a existência deste direito, e desta intervenção posterior,

quando este direito possui duas prerrogativas: primeiramente a prerrogativa que uma pessoa não pode ser o objeto de **investigações** de sua vida privada, sem seu consentimento, e em segundo lugar, não ser o objeto, igualmente sem seu consentimento, da **divulgação** de sua vida privada, isto é, em oposição a suas atividades públicas, sua vida pessoal e familiar.

A criação de um tratamento ocasiona, desta forma, uma limitação ao direito em respeito à vida privada, quando a coleta das informações, parcela integrante do tratamento nos termos do art. 5º da lei, obriga uma pessoa a dar informações sobre sua vida privada. Não é necessário que esta obrigação seja de uma maneira direta. Tampouco se ela obriga somente de uma maneira indireta, por exemplo, subordinando-a a dar tal informação quando de uma visita médica.

A criação de um tratamento igualmente ocasiona uma limitação ao direito em respeito à vida privada, quando a utilização das informações, objeto deste tratamento, tem por consequência a divulgação da vida privada de uma pessoa sem seu consentimento, isto é, traz um elemento de sua vida pessoal ou familiar ao conhecimento de um número indeterminado de pessoas.

A lei seria igualmente necessária para a criação de **fichários manuais** que obrigassem uma pessoa a dar informações sobre sua vida privada, ou cuja utilização tivesse por consequência a divulgação desta. A limitação ocasionada ao direito em respeito à vida privada é, na verdade, a mesma nos dois casos.

É uma lei também necessária para a criação de um tratamento se este possui, interconectado ao seu, outros fichários propiciando a constituição de banco de dados que ocasionam numerosos e diversos registros sobre pessoas, sendo estes suscetíveis de aplicação múltipla? Parece que se deve responder afirmativamente quando as informações nominativas, assim tratadas, possuem por objeto **a vida privada**.

Seu tratamento permite dar, segundo os termos do art. 2º da lei, "uma definição do perfil ou da personalidade do interessado".

Esta definição tende a substituir a opacidade natural das pessoas por uma transparência que pode ser considerada como uma limitação, própria da informática, do direito em respeito à vida privada. É preciso concluir, acreditamos, que esta limitação somente pode ser ocasionada por uma lei em virtude do art. 8, §2, da Convenção Européia de Direitos do Homem, e que somente lhe lícite se for necessária a um dos fins enumerados por este texto.

Pode-se mesmo se interrogar sobre **a conformidade com a Constituição** de uma lei que autorizasse a interconexão de todos os fichários automatizados da administração: médicos, escolares, judiciários, policiais, fiscais e que permitisse, sem

limitação, sua consulta. O conselho constitucional declarou não em conformidade com a Constituição, uma lei que tinha por objetivo dar aos oficiais da polícia judiciária, e na ordem destes, aos agentes de polícia judiciária, em vista de buscas e de prevenção a infrações, o poder de vistoriar qualquer veículo e seu interior, nas condições únicas de que ele se encontra em via aberta e em circulação pública, e que a vistoria tivesse lugar em presença do proprietário ou do motorista. Deu-se esta razão, quando da aplicação dos poderes assim conferidos aos oficiais de polícia judiciária e a seus agentes. Esta lei ocasionava prejuízo à liberdade individual que "constitui um dos princípios fundamentais garantidos pelas leis da República e proclamados pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, confirmado pelo Preâmbulo da Constituição de 1958". Parece que a liberdade individual, a que esta lei atentava, não era verdadeiramente à liberdade de ir e vir, mas à liberdade à vida privada e seu segredo. Ora, uma lei que autorizasse, sem limitações, a intercomunicação de todos os fichários informatizados de informações nominativas detidas pela administração causaria à liberdade e ao segredo à vida privada um atentado mais grave do que a lei declarada em não conformidade com a Constituição pelo Conselho Constitucional.

A vistoria dos veículos aparece com um atentado menor em respeito à vida privada em relação àquela que autorizasse tal lei.

Quando uma lei é necessária para a criação de um tratamento, o projeto de lei é transmitido ao Parlamento que leva à criação deste, deve, nos termos do art. 20 deste decreto de 17 de julho de 1978, ser acompanhada do parecer da Comissão Nacional de Informática e Liberdades. A exigência do parecer da Comissão não foi imposta às proposições da lei, porque ela contrariaria o princípio da separação dos poderes.

17 — Colocado à parte este caso, o tratamento deve ser criado por um **ato regulamentar**. Mas a pessoa jurídica que quiser criar um tratamento deve solicitar à Comissão Nacional de Informática e Liberdades que emita um **parecer** sobre a criação de tratamento; art. 15, alínea 1.

O procedimento a seguir é determinado pela Seção I do Capítulo II do decreto de 17 de julho de 1978. O pedido de parecer deve ser firmado pelo ministro competente, quando o tratamento deve ser operado por conta do Estado. E, quando não for desta forma, pela pessoa qualificada para representar o estabelecimento público, a coletividade territorial ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público; art. 12, alínea 1.

O dossier emanado em resposta ao pedido de parecer deve conter, em anexo, o projeto de lei ou o ato gerador da criação do tratamento e, se for o caso, o projeto do decreto autorizando a utilização do Cadastro Nacional de Identificação das Pessoas Físicas; art. 12, alínea 2.

O pedido de parecer deve ser endereçado à Comissão em 3 vias, seja por carta registrada, com pedido de parecer de recebimento, seja por entrega ao secretariado de Comissão, mediante recibo; art. 13, alínea 1.

Um dos exemplares do pedido de parecer é enviado ao Comissário do Governo: art. 10, alínea 2, do decreto.

A Comissão dispõe de um prazo de 2 meses para dar seu parecer ao solicitante, tendo por início deste prazo a data de recebimento ou do recibo: art. 15, alínea 3, da lei, e art. 13, alínea 2, do decreto.

Este prazo pode ser renovado, uma vez por decisão do Presidente da Comissão: art. 15, alínea 3, da lei. Esta decisão deve ser notificada ao signatário do pedido, por carta registrada com pedido de aviso de recebimento: art. 14, do decreto.

O Presidente ou o Vice-presidente delegado da Comissão designa um Redator, designado para instruir o pedido de parecer: art. II, alínea 1, do decreto. O Redator e o Comissário do Governo podem solicitar à Comissão executiva uma ou várias pessoas: art. II, alínea 2.

Quando a Comissão delibera sobre o pedido de parecer, o Redator pode se fazer assistir por agentes dos setores da Comissão. O Comissário de Governo e os representantes da autoridade que apresentou o pedido mostram suas observações: art. 15, alínea 1, do decreto. Entretanto, quando esta autoridade é uma coletividade territorial, um representante desta pode apresentar diretamente suas observações frente à Comissão e, neste caso, esta autoridade indica se ela deseja a ajuda da Comissão e do Governo: art. 15, alínea 2.

O parecer da Comissão deve ser justificado e é notificado à autoridade que apresentou o pedido, seja por carta registrada com pedido de aviso de recebimento, seja por depósito, entregue ao Secretário da Comissão mediante recibo: art. 16, do decreto.

18 — Se o parecer da Comissão for **favorável**, o tratamento é criado por decreto de um ou mais ministros competentes, se efetuado por conta do Estado. Se a cargo de uma coletividade territorial, a decisão é tomada pelo comissário ou pelo prefeito, conforme o caso; a cargo de um estabelecimento público, pelos órgãos deliberativos encarregados de sua administração: art. 19, do decreto.

Se, ao contrário, o parecer da Comissão é **desfavorável**, o tratamento somente pode ser criado por um decreto tomado por parecer do Conselho de Estado, ou, se ele deve ser efetuado a cargo de uma coletividade territorial, por uma decisão de seu órgão deliberativo aprovado por decreto tomado sob parecer do Conselho de Estado: art. 15, alínea 2, da lei. E em dos casos excepcionais, onde um decreto somente pode ser tomado com o consentimento do Conselho de Estado, e, onde esta última parte, assim com o governo o poder de decisão.

19 — O ato regulamentar, acórdão ou decreto, assim necessário para que um tratamento do setor público possa ser estabelecido regularmente, deve salientar a denominação e a finalidade do tratamento, o setor no qual se exercem os direitos de acesso e de retificação, as categorias de informações nominativas registradas e os destinatários ou categorias de destinatários habilitados a receber comunicação destas informações: art. 20, alínea 1, da lei. É necessário sua **publicação**: art. 41. Mas os atos regulamentares relativos a certos tratamentos que interessam à segurança do Estado, à defesa pública e a segurança pública podem ser dispensados de publicidade por decretos do Conselho de Estado: art. 20, alínea 2.

20 — A criação dos **tratamentos do setor privado**, isto é, aqueles que devem ser efetuados a cargo de pessoas diferentes das enumeradas pelo art. 15, da lei, é subordinada a condições menos rigorosas e a um processo mais simples.

Ela só é subordinada a uma **declaração** à Comissão, que deve conter o compromisso do tratamento em satisfazer as exigências da lei: art. 16, alínea 1 e 2 do decreto. Esta declaração deve ser endereçada à Comissão em três exemplares, seja por carta registrada com pedido de aviso de recebimento, seja por entrega ao Secretário da Comissão, mediante recibo: art. 21, do decreto. Um dos exemplares da declaração é enviado ao Comissário do Governo: art. 10, alínea 2, do decreto. Quando contém o compromisso acima indicado e as indicações prescritas pelo art. 19 da lei, a Comissão, ou em caso de delegação, o Presidente ou o vice-presidente delegado libera, sem prazo, ao solicitante um recibo que lhe permite colocar em funcionamento, desde já, o tratamento: art. 16, alínea 3, da lei e 22, do decreto. Naturalmente não é exonerado de nenhuma de suas responsabilidades: art. 3, da lei.

Se a criação dos tratamentos públicos e dos privados é assim submetida a diferentes condições, ela é, entretanto, condicionada às mesmas regras.

b) Regras relativas aos tratamentos públicos e aos tratamentos privados.

21 — Quando provém do setor público ou do setor privado, as categorias mais normais de tratamentos de informações nominativas que não demonstram manifestamente atentado à vida privada e às liberdades, são somente submetidas a uma **declaração simplificada**: art. 17. A regra foi inspirada na experiência sueca, onde, segundo ela, a maioria dos tratamentos de informações nominativas são relativas a assistentes, fornecedores, clientes, etc. e não representam tanto perigo.

Esta regra possui um corretivo indispensável ao princípio de que a lei submete a suas regras, todos os tratamentos de informações nominativas, e não somente aqueles suscetíveis de causar prejuízo à vida privada e às liberdades porque a determinação destes pareceu impossível.

Para as categorias mais comuns destes tratamentos, a Comissão deve estabelecer e publicar normas simplificadas, conforme as características dos tratamentos in-dedicados pelo art. 19, da lei: art. 17, alínea 1, da lei. Para os tratamentos respondendo a estas normas, é suficiente entregar à Comissão, nas condições previstas pelo art. 21, do decreto, uma declaração simplificada em conformidade a uma destas normas: art. 17, alínea 2 e 24, do decreto. O recibo da declaração é logo liberado ao declarante que pode imediatamente colocar em funcionamento o tratamento: alínea 2, in finis, da lei.

Entretanto, se existe alguma dúvida sobre a conformidade do tratamento a uma das regras estabelecidas pela Comissão, esta pode adiar a liberação do recibo da declaração: art. 17, alínea 2, da lei e art. 25, alínea 1, do decreto. O Presidente ou Vice-Presidente delegado designa um redator que é encarregado de preparar a deliberação relativa a este tratamento. A Comissão deve entender toda pessoa cuja audição é solicitada pelo Redator ou a Comissão do Governo: art. 11, do decreto. O signatário da declaração é convidado a justificar a conformidade do tratamento com a norma e, na falta, apresentar uma declaração, em conformidade com o art. 16, ou um pedido de parecer, conforme o art. 15: art. 25, alínea 2, do decreto.

22 — O pedido de parecer à Comissão, se for o caso da criação de um tratamento do setor público, e a declaração, se for o caso de um tratamento do setor privado não resultante das categorias previstas pelo art. 17, da lei, devem conter as **mesmas indicações** que são enumeradas pelo art. 19, da lei. Elas devem precisar:

- a pessoa que apresenta o pedido e aquela que tem o poder de decidir da criação do tratamento ou, se ela reside no estrangeiro, seu representante legal;
- as características, a finalidade e se for o caso, a denominação do tratamento;
- o setor ou os setores encarregados de empregá-lo;
- o setor no qual se exerce o direito de acesso definido no Capítulo V, assim como as medidas para facilitar o exercício deste direito;
- as categorias de pessoas que, em razão de suas funções ou pelas necessidades do serviço, têm diretamente acesso às informações registradas;
- as informações nominativas recolhidas, suas origens e a duração de suas conservações, assim como, seus destinatários ou categorias de destinatários habilitados a receber comunicação destas informações;
- As aproximações, interconexões ou qualquer outra forma de relacionamento destas informações, assim como, sua cessão a terceiros;

— as disposições tomadas para garantir a segurança dos tratamentos e das informações e a garantia dos segredos protegidos pela lei;

— se o tratamento destina-se à expedição de informações nominativas entre o território francês e o estrangeiro, sob qualquer forma que seja, compreendendo-se neste, aqueles cujo objeto de operação são parcialmente efetuados sobre o território francês a partir de operações realizadas fora da França.

As modificações feitas, no curso do tratamento, a um dos elementos que acabam de ser indicados, devem ser levadas ao conhecimento da Comissão, devendo ocorrer o mesmo quando da suspensão do tratamento: art. 19, alínea 2.

A Comissão deve adotar, por uma deliberação especial, modelos de pedido de parecer e de declaração a fim de facilitar a realização das formalidades preliminares ao emprego do tratamento: art. 9, do decreto.

As exigências do art. 19 são acompanhadas de uma importante exceção: os pedidos de parecer relativos aos tratamentos que versam sobre a segurança do Estado, a defesa e a segurança pública, podem não conter certas menções enumeradas pelo texto: art. 19, alínea última.

23 — Os tratamentos públicos e os tratamentos privados são o objeto de uma **publicidade**. A Comissão deve colocar à disposição do público a lista destes tratamentos: art. 22, alínea 1. Esta lista precisa, para cada um, a lei ou o ato regulamentar que decide de sua criação ou a data de sua declaração, sua denominação e sua finalidade, o setor no qual são exercidos os direitos de acesso e de retificação, as categorias de informações registradas, e os destinatários ou categorias de destinatários habilitados a receber comunicação destas informações.

Se bem que anunciada em termos gerais, esta regra possui uma exceção que não é expressamente indicada pela lei: ela não se aplica aos tratamentos públicos versando sobre a segurança do Estado, a defesa ou a segurança pública, criados por atos regulamentares dispensados de publicidade, por decreto do Conselho de Estado: art. 20, alínea última.

A falta de publicidade destes tratamentos tem por consequência não permitir, em relação a estes, um exercício efetivo dos direitos de acesso e de retificação.

24 — Os tratamentos públicos e os tratamentos privados de informações nominativas somente podem utilizar o Cadastro Nacional de Identificação das Pessoas Físicas com uma autorização dada por decreto do Conselho do Estado, após parecer da Comissão: art. 18, da lei. O parecer do Conselho do Estado não é necessário se o parecer da Comissão é desfavorável, importante diferença em relação à criação dos tratamentos do setor público.

Este cadastro, estabelecido pelo I.N.S.E.E. para todas as pessoas nascidas na França, possui para cada um o nome patronímico, os pré-nomes, o lugar e data de nascimento, o sexo, o número do registro de nascimento, e o número nacional de identidade, dito número de segurança social, se bem que ele seja igualmente utilizado pelos serviços fiscais e pelo da educação. O projeto "SAFARI" pretendia empregá-lo pelo conjunto das administrações. Fez o governo ser acusado de querer organizar a "caça aos Franceses", porque a generalização de seu emprego teria tornado mais fácil a interconexão dos fichários administrativos. Na realidade, fichários podem ser colocados em comunicação sem interconexão e sem identificação única. Mas é verdade que o recurso da identificação única facilita as interconexões de fichários, e é por esta razão que a lei subordina a utilização do Cadastro Nacional de Identificação de pessoas físicas a uma autorização fornecida por um decreto do Conselho de Estado elaborado após parecer da Comissão.

O procedimento a seguir é determinado pelo art. 19, do decreto de 17 de julho de 1978, para os tratamentos públicos e pelo art. 23, deste decreto, para os tratamentos privados, e é, na essência, o mesmo para ambos. Para os primeiros, o pedido de parecer é endereçado à Comissão e instruído nas condições estabelecidas pelo art. 11 e 17 do decreto, para os pedidos de parecer relativos à criação destes tratamentos, com as seguintes particularidades. O Ministro encarregado de controlar o cadastro, ou seja, o da economia e finanças, deve ser escutado pela Comissão. O pedido deve, especificadamente, precisar a justificação da utilização do cadastro e as condições de seu emprego: art. 18, alínea 1, do decreto. A Comissão deve transmitir o pedido, acompanhado de seu parecer, ao Ministro competente e ao Ministro encarregado do controle do cadastro: art. 19, alínea 2.

Para os tratamentos privados, o pedido de parecer é endereçado à Comissão e por ela instruído, nas mesmas condições que o pedido de parecer relativo à criação dos tratamentos do setor público, com exceção daquelas condições ligadas à qualidade de pessoa jurídica do setor público do solicitante do parecer: art. 23, alínea 1, do decreto. O procedimento possui, aliás, as mesmas particularidades que o pedido de parecer para um tratamento público, com estas únicas diferenças, que o Comissário do Governo pode se fazer assistir pelo signatário do pedido ou por seu representante expressamente habilitado, e que a Comissão envie o pedido, acompanhado de seu parecer, ao Ministro da Justiça: art. 23, alínea 1 e 2.

25 — Enfim, as condições às quais é subordinado o emprego dos tratamentos públicos e dos tratamentos privados são sancionadas pelo mesmo delito penal. Consiste na fato de proceder ou fazer proceder a tratamentos automatizados de informações nominativas sem que tenham sido publicados, para os tratamentos públicos, os atos regulamentares lhes autorizando, e sem que tenham sido feitos para os tratamentos privados, as declaração as quais é subordinado seu emprego: art. 41, alínea 1. Este delito é punido com prisão de seis meses a três anos e uma multa de 2.000 a 200.000 francos ou por uma destas duas penas. O tribunal pode, diferente-

mente, ordenar às custas do condenado, a isenção integral ou por extrato do julgamento em um ou vários jornais, e sua fixação nas condições que ele determine: art. 41, alínea 2.

Este delito não atinge o fato de realizar um tratamento público ou um tratamento privado sem que tenha sido feita a declaração simplificada imposta pelo art. 17. O art. 41 somente visa a ausência de publicação dos atos regulamentares, previsto pelo art. 15 e declarações previstas pelo art. 16. Compreende-se, pois, por hipótese, o tratamento não apresentar manifestamente perigo à vida privada e às liberdades. Esta interpretação seria confirmada, se fosse necessário, pelo fato de que o projeto de lei sancionasse igualmente, por esta infração, a ausência de declarações simplificada: art. 32, alínea 1. Ora, o artigo 41, da lei, não visa o artigo 17, que é relativo à declaração simplificada.

26 — Todas as regras relativas ao emprego dos tratamentos automatizados somente se aplicam, em princípio, a estes tratamentos. Os fichários não automatizados podem ser livremente criados pela administração e pelos particulares. Mas esta regra possui uma importante exceção para os fichários que apresentam, seja por eles próprios, seja pela combinação de seu emprego com o de um fichário informatizado, perigos às liberdades. Sob proposta da Comissão, o Governo pode decidir, por um decreto do Conselho do Estado, que um destes fichários, ou uma categoria destes, será submetido à totalidade ou a uma parte das disposições da lei, além daquelas que lhe são aplicáveis de pleno direito, ou seja, aquelas dos Capítulos IV e V: art. 45 alínea 4.

O Governo pode, desta forma, decidir que o emprego de um fichário não informatizado do setor público — ou de uma categoria destes fichários — seja subordinado a uma autorização em conformidade com o artigo 15. Pode, igualmente decidir que a criação de um destes fichários do setor privado — ou de uma categoria destes — seja subordinada a uma declaração, em conformidade com o artigo 16. Pode, enfim, decidir que o emprego de fichários não automatizados do setor privado e do setor público seja submetido às disposições comuns, aplicáveis ao emprego dos fichários automatizados.

2º — Regras relativas às informações nominativas de todos os fichários.

27 — O Capítulo IV da lei consagrado à "Coleta, registro e conservação das informações nominativas" e o Capítulo V consagrado ao "Exercício do Direito de Acesso" dão regras que, por seu teor, somente regem as informações nominativas dos fichários automatizados. Mas o art. 45, alínea 1, 2 e 3 estende a maior parte destas regras às informações nominativas dos fichários que, tais como os cadernos de endereço, estão ligados ao exercício de "direito à vida privada". Esta anomalia de redação originou-se do fato de que o projeto de lei somente editava estas regras, como aque-

las do Capítulo III, para os fichários automatizados e porque elas foram estendidas, pelo Parlamento, ao fichários manuais, por uma disposição inserida no Capítulo "Disposições Diversas".

Algumas destas regras proíbem o registro de certas informações nominativas (a). Outras submetem a coleta, o registro e a conservação das informações nominativas que podem ser registradas como regras particulares (b). Enfim, outras consagram um direito de acesso e um direito de retificação destas informações em benefício das pessoas as quais elas concernem.

a) Interdição do registro de certas informações nominativas.

28 — A Comissão "Informática e Liberdades" tinha, em seu relatório, proposto proibir somente o registro de um pequeno número de dados, fazendo observar que as interdições mais vastas deveriam ser acompanhadas de exceções e poderiam ser facilmente burladas, e principalmente que a adequação dos dados a sua finalidade é uma "idéia diretriz mais fecunda... que as interdições a priori". Poderá, igualmente, argumentar, com base na posição por ela tomada, em conformidade com as experiências estrangeiras mais recentes, estendendo sua proteção a todas as informações nominativas na impossibilidade de poder estabelecer uma lista exaustiva somente das informações relativas à vida privada, e também de estabelecer uma distinção fundada entre dados sensíveis e dados muito sensíveis.

O projeto de lei seguiu esta recomendação e não foi modificado neste ponto, de uma maneira importante, pelo Parlamento. A lei somente interdita o registro de um pequeno número de dados e estas interdições são acompanhadas, conforme as previsões da Comissão, de importantes exceções.

29 — É preciso, em primeiro lugar, falarmos das informações relativas às **origens raciais, às opiniões políticas e religiosas e às participações sindicais**. A interdição de seus registros somente é editada pelo art. 31, no que tange ao emprego ou conservação em memória de computadores. Mas é estendido pelo art. 45, alínea 1 aos fichários manuais. Esta tem por objetivo prevenir as discriminações fundadas em raça, opiniões políticas, filosóficas ou religiosas e participações sindicais, e não ocasionar entraves à liberdade de pensamento e liberdade sindical. Assim, estende-se às informações que fariam aparecer, de uma maneira indireta estes elementos.

Entretanto, comporta limitações que lhe diminuem bastante o alcance. É o caso, primeiramente, do consentimento do interessado no registro destes dados. O argumento de que este consentimento poderia não ser livre, não foi aceito pelo Parlamento, porque todas as pessoas devem ter a liberdade de se orgulhar de sua etnia e de suas opiniões.

O artigo 31 exige que a anuência do interessado seja expressa, este termo significando, segundo o caso, dada por escrito ou explícita não duvidosa, parece preferível interpretá-la no primeiro sentido, que é o mais rigoroso.

A interdição comporta igualmente uma exceção, para seus membros e seus correspondentes, em benefício das igrejas, assim como dos **agrupamentos de caráter religioso, filosófico e político ou sindical**. A exceção é expressamente consagrada pelo art. 31, alínea 2, somente em relação aos fichários automatizados, mas é ampliada, pelo art. 45 aos outros fichários, porque é preciso que estes agrupamentos possam estabelecer uma listagem de seus membros. O art. 31, alínea 2 exclui mesmo todo controle, e por consequência aquele da Comissão, sobre os fichários, mesmo se informatizados.

Os órgãos da imprensa escrita e falada podem igualmente possuir fichários manuais que contenham informações nominativas sobre as origens raciais e as opiniões políticas, filosóficas e religiosas, assim como participações sindicais das pessoas: art. 33. Esta exceção, introduzida por uma emenda socialista e que, segundo a expressão de M. Foyer, sobre "uma enorme brecha no dispositivo", mas inevitável... é subordinada à condição de que ela se exerça no quadro das leis que regem os órgãos da imprensa e no caso onde a interdição tivesse por efeito limitar a liberdade de expressão destes organismos. Desta forma, ela tem por fim permitir-lhe exercer esta liberdade, mas não suprimir os limites que ela comporta. É o caso, em particular, da difamação e do direito de respeito à vida privada.

Enfim, nos termos do art. 31, alínea 3, pode haver uma exceção à interdição por motivos de interesse público por decreto do Conselho de Estado, sobre proposição ou, pelo menos, parecer da Comissão. Mas é preciso observar que esta exceção somente pode ser assim argüida se não concerne "às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas", uma vez que nos termos do art. 34, alínea 2, da Constituição, uma lei, neste caso, é necessária.

Também é necessária, se a exceção traz uma limitação ao direito em respeito à vida privada, porque nos termos de art. 8 § 2 da Convenção Européia de Salvaguarda aos Direitos do Homem, ratificada pela França, os Estados contratantes somente podem limitar este direito por uma lei e com fins determinados pelo texto.

30 — Uma outra informação nominativa não pode ser registrada, em virtude da lei de 10 de janeiro de 1978, relativa à informação e à proteção dos consumidores, em certas operações de crédito. As operações de crédito determinadas pelo art. 2 desta lei devem ser objeto de uma oferta prévia do credor ao devedor, que fixa as condições de crédito e obriga o credor a manter as condições durante um período mínimo de 15 dias, a contar de sua emissão: art. 5, alínea 1 e 2. O contrato torna-se, em princípio, perfeito, desde a aceitação da oferta pelo devedor. Mas este último pode renunciar ao seu compromisso num prazo de 7 dias, a contar de sua aceitação da oferta. Ora, "o exercício pelo devedor de sua faculdade de retração não pode ser o objeto de um registro em fichários": art. 7.

Esta interdição tem por objetivo não permitir aos credores estabelecer uma listagem de devedores considerados como versáteis, que se comunicariam e que seria suscetíveis de privar estes devedores de créditos.

A interdição, estando regida em termos gerais, visa por sua vez os fichários manuais e os fichários informatizados. É aplicável, por sua vez, aos fichários de uma empresa no seu uso exclusivo, e àqueles mais temíveis, que seriam utilizados por toda uma classe profissional ou em seu interesse. É de ordem pública, como o conjunto das disposições da lei: art. 28.

31 — As informações nominativas que concernem às infrações, às condenações e às medidas de segurança são objeto de uma interdição que se estende, como as precedentes, aos fichários manuais, mas é menos ampla, porque podem ser o objeto de tratamentos automatizados de jurisdição e de autoridades públicas agindo no quadro de suas atribuições legais, e também, sob parecer motivado da Comissão, de pessoas jurídicas gerando serviços públicos: art. 30. A interdição visa, desta forma, essencialmente os fichários do setor privado.

Comporta, entretanto, como as precedente, exceções. É o caso, primeiramente, dos órgãos da imprensa escrita e falada que podem trabalhar estas informações: art. 33. A exceção tem por objetivo, como aquela relativa às origens raciais, às opiniões políticas, filosóficas e religiosas e às participações sindicais, permitir a estes órgãos o exercício da liberdade de expressão. Comporta, desta forma, as mesmas limitações. É assim, em particular, que um órgão da imprensa, tendo difamado uma pessoa pela apresentação de uma infração anistiada, prescrita, ou tendo dado lugar à uma condenação apagada pela reabilitação ou revisão, não pode se justificar provando a veracidade de sua alegação: art. 35, alínea 3, c. da lei de 29 de julho de 1881.

As companhias de seguro beneficiam-se, por outro lado, de uma exceção provisória: podem, até ser colocado em funcionamento o fichário de motoristas, previsto pela lei n.º 70/539 de 24 de junho de 1970, utilizar-se, sob controle da Comissão, das informações relativas à existência, à categoria, e à validade das autorizações para dirigir, às autorizações e documentos administrativos exigidos para a circulação dos veículos, e à classificação dos motoristas, quando estas informações concernem às pessoas as quais elas asseguram ou são chamadas a assegurar a responsabilidade dos prejuízos causados por veículos terrestres a motor: art. 30, alínea 2.

32 — É preciso aproximar destas interdições o direito de toda pessoa a se opor, por razões legítimas, a que informações nominativas que lhe concernem sejam objeto de um tratamento: art. 26, alínea 1. Este direito é estendido pelo art. 45, alínea 2, às informações nominativas que devem ser objeto de um fichário manual. À diferença das interdições precedentes, a lei não determina as informações nominativas que não podem ser registradas: reconhece somente aos particulares a faculdade de se oporem a seus registros por razões cuja legalidade, em caso de litígio entre o particular e o órgão que deseja fazer o registro, deverá ser apreciada pelos tribunais. Trata-se, não de uma regra propriamente dita, mas de uma diretriz que caberá a jurisprudentia determinar o alcance.

Este direito não se aplica aos fichários automatizados do setor público, no que tange aos tratamentos designados no ato regulamentar que decide estes tratamentos: art. 26, alínea 2, remetendo explicitamente ao art. 15 e implicitamente ao art. 20.

Não estende, também, aos fichários manuais do setor público decididos por um ato regulamentar: art. 45, alínea 2. Desta forma, existe, praticamente, somente em função dos fichários automatizados e manuais do setor público.

33 — A lei manifesta a importância que ela atribui a estas limitações ao registro das informações nominativas sancionando-as penalmente. Sanciona as limitações fixadas por seus artigos 26, 30 e 31 por um delito penal punindo com prisão de um a cinco anos e com multa de 20.000 a 2.000.000 de francos ou com uma destas duas penas somente, todo aquele que registra ou faz registrar informações nominativas que violam as regras explanadas por este texto: art. 42, alínea 1. O tribunal pode, de outra forma, ordenar, às custas do condenado, a inserção integral ou do resumo de seu julgamento em um ou vários jornais, assim como sua fixação nas condições que ele determina: art. 42, alínea 2.

O artigo 45, alínea 1 e 2, ao estender as limitações previstas pelos artigos 26, 30 e 31 aos fichários manuais, é preciso concluir, acreditamos, teve como intenção também estender o delito penal do artigo 42 a estes fichários.

A lei de 10 de janeiro de 1978 relativa à informação dos clientes em certas operações de crédito sanciona a interdição do registro em fichário do exercício para o credor de sua faculdade de retração com uma multa de 2.000 à 200.000 francos: art. 25, alínea 1 e 3.

Assim, é somente às informações nominativas compatíveis de serem registradas que se aplicam as regras relativas à coleta, registro e conservação destas informações.

b) Coleta, registro e conservação das informações nominativas.

34 — A lei tomou cuidado em precisar quando as informações nominativas não podem ser coletadas com a finalidade de serem registradas num fichário automatizado ou num fichário manual, por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos: art. 25 e 45, alínea 1. Dever-se-ia aceitá-la, na falta de um dispositivo legal. Mas permitiu ao legislador sancioná-la, não somente pela responsabilidade civil do autor da coleta, mas também pelo delito penal previsto pelo artigo 42.

A lei atribui ao autor da coleta, coletividade pública ou pessoa privada, que a coleta seja efetuada em via do registro de informação num fichário automatizado ou num fichário manual, a obrigação de fornecer esclarecimento à pessoa submetida

à coleta. Esta obrigação baseia-se no caráter facultativo ou imperativo das respostas, nas conseqüências de uma ausência de resposta, nas pessoas físicas ou jurídicas destinatárias das informações, na existência de um direito de acesso e de retificação: art. 27, alínea 1 e 45, alínea 1. Quando a informação é recolhida por via de questionário, este deve mencionar estas exigências: art. 27, alínea 2. A coleta de informações necessárias à constatação de infrações não é submetida a estas disposições: art. 27, alínea 3.

35 — A **conservação** das informações nominativas é submetida a uma única regra particular aos fichários automatizados: não pode ter lugar sob forma nominativa além de duração prevista pelo pedido de parecer à Comissão exigida pelo artigo 15 ou à declaração imposta pelos artigos 16 e 17: art. 28. É uma aplicação do direito ao esquecimento, que é um direito natural, mas cujo conteúdo é demasiadamente indeterminado para que ele possa ser reconhecido na falta de uma disposição legal.

O artigo 28 possui, aliás, uma importante limitação a este direito além das disposições legislativas contrárias: permite à Comissão autorizar a conservação das informáticas além da duração prevista.

A regra não se aplica aos fichários manuais do setor público e do setor privado, porque não são, em princípio, submetidos a um pedido de parecer nem a uma declaração. Mas se o autor da coleta das informações, coletividade pública ou pessoa privada, compromete-se, junto à pessoa submetida à coleta, em não as conservar sob uma forma nominal além de um certo tempo, ele estará vinculado a este compromisso.

36 — A pessoa que coordena ou efetua um tratamento de informações nominativas assume uma obrigação igual a do encargo do explorador de um fichário manual, ou seja, a de garantir a segurança das informações: art. 29 e 45, alínea 1. O art. 29 inclui, em particular nesta obrigação geral, aquelas de impedir que as informações não sejam deformadas, prejudicadas e comunicadas a terceiros não autorizados. Apresenta esta obrigação como sendo de natureza convencional, mas o explorador do fichário não pode afastá-la por uma cláusula contrária, é na realidade uma obrigação legal.

37 — As regras relativas à coleta, ao registro e à conservação das informações nominativas são punidas por diversos **delitos penais** que já se encontravam no projeto de lei. Manifestam a tendência do legislador contemporâneo em assegurar a proteção das pessoas em relação a novas infrações. O delito do artigo 42 pune toda a pessoa que registre ou faz registrar, conserva ou faz conservar informações nominativas violando regras estabelecidas pelos arts. 25, 28 e 29. Somente a obrigação de informações, imposta pelo art. 27 ao autor da coleta de informações, não é punida por este delito. É preciso concluir, acreditamos, que os artigos 25 e 29, estendido pelo art. 45, alínea 1 aos fichários não informatizados pune igualmente estes, pelo delito penal do artigo 42.

O artigo 43 cria dois novos delitos que não são indiretamente estendidos pelo art. 45 aos fichários manuais e que consistem na violação do segredo da informática, um intencional o outro por imprudência. O primeiro consiste na reunião de vários elementos, primeiramente o fato de ter recolhido informações nominativas por ocasião de seus registros, de sua classificação, de sua transmissão ou qualquer outro tipo de tratamento.

O segundo consiste, para aquele que recolheu estas informações e forneceu-as, sem a autorização do interessado, no conhecimento de uma pessoa que não possui qualidade para recebê-la em virtude das disposições da lei ou outros dispositivos legais. O terceiro consiste no fato de que a divulgação destas informações, isto é, sua revelação a um certo número indeterminado de pessoas, tivesse como conseqüência, acarretar prejuízo à reputação ou à intimidade da vida privada do interessado. O legislador faz assim uma nova aplicação da noção de prejuízo à intimidade da vida privada consagrada pela primeira vez pela lei de 17 de julho de 1970, no artigo 9, alínea 2 do Código Civil e nos artigos 368 e 369 do Código Penal, é preciso acrescentar a estes elementos o fato do autor da revelação efetivá-la em conhecimento de causa.

Este delito é punido com prisão de dois a seis meses e com multa de 2.000 a 20.000 francos ou somente por uma destas penas.

Há uma concessão que consiste no fato de ter divulgado, ou deixado divulgar, as informações que acabam de ser indicadas e de tê-lo feito por imprudência ou negligência. Não atinge, assim, aquele que somente revelou estas informações a uma ou várias pessoas determinadas. Este é somente punido com uma multa de 2.000 a 20.000 francos: art. 43, alínea 2.

Seríamos levados a nos espantar se não fosse instituído em infração penal a divulgação intencional de tais informações tendo por efeito causar prejuízo à reputação do interessado ou à intimidade de sua vida privada. Mas, no primeiro caso, os elementos constitutivos do delito de difamação estão reunidos. No segundo, somente há infração penal nas condições particulares determinadas pelo art. 369, do Código Penal. Mas, em ambos os casos, os elementos constitutivos do delito do artigo 44, mais severamente sancionados, serão freqüentemente reunidos.

Consiste no **desvio de informação de suas finalidades** tal como é determinado pelo ato regulamentar que criou o tratamento, ou pelas declarações dos artigos 16 e 17, ou por uma disposição legal. Atinge aquele que é detentor destas informações por ocasião de seu registro, de sua classificação, de sua transmissão ou de qualquer outra forma de tratamento e o pune com prisão de um a cinco anos e de uma multa de 20.000 a 2.000.000 de francos.

Os elementos constitutivos destes delitos excluem de seu campo de aplicação os fichários não automatizados, cuja criação não é submetida à autorização e à declaração.

c) Os direitos de acesso e de retificação

38 — Como as leis estrangeiras sobre a informática, em particular, a lei da República Federal da Alemanha de 27 de janeiro de 1977, e como o anteprojeto da Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Dados elaborado pelo Conselho da Europa, a lei de 6 de janeiro de 1978 consagra um direito de acesso e um direito de retificação em benefício de toda pessoa física em relação às informações nominativas que lhe concernem: capítulo V, art. 34 a 40.

Estes direitos diferem, por suas finalidades e por seus conteúdos, dos direitos de conhecer e de contestar as informações e as razões utilizadas nos tratamentos automatizados cujos resultados são opostos a uma pessoa, que são consagrados ao benefício desta pelo art. 3, da lei. Estes últimos existem em relação às informações que não possuem um caráter nominativo, enquanto que os direitos de acesso e de retificação, consagrados pelo capítulo V da lei, somente existem em relação às informações nominativas.

Não são sem precedente em nosso direito. A lei de 24 de junho de 1970 referente à centralização da documentação relativa à circulação rodoviária, reconhece um direito de acesso e um direito de retificação em relação a esta documentação às pessoas que ela concerne: art. 4 a 7. Por outro lado, o Conselho de Estado consagrou, em sua decisão da assembleia de 13 de fevereiro de 1976, um direito de acesso e de retificação em benefício de toda pessoa que figure em fichário estabelecido pela polícia que possui informações sobre as pessoas cujo estado mental coloca em ameaça a ordem pública, uma vez que o acesso a estas informações não é reservado somente aos funcionários encarregados de executar a missão do serviço público que consiste em que a ordem pública não seja perturbada por estas pessoas.

Os direitos de acesso e de retificação consagrados pelo capítulo V da lei de 6 de janeiro de 1978 diferem destes direitos por sua **generalidade**. Existem, estes direitos, em benefício de toda pessoa física cujo nome figure num fichário do setor público e num fichário do setor privado, num fichário informatizado e num fichário manual: art. 34 e 35, alínea 3.

Estes direitos eram consagrados pelo projeto de lei somente em relação aos fichários informatizados e foram ampliados, pelo Parlamento, aos fichários manuais.

O desenvolvimento da informática, neste sentido, longe de restringir as garantias individuais, levou a estendê-las a um campo onde não existiam, e a resolver questões que não tinham ainda encontrado soluções.

Os dois direitos, assim consagrados, são direitos complementares: o direito de acesso tem por fim permitir o direito de retificação. São direitos subjetivos que consagram, na medida de seu conteúdo, este direito natural que é o direito à identidade, reconhecido pelo art. 1º da lei. Este direito, que se pode assim qualificar de direito à autenticidade, é direito de toda pessoa física de não ser julgada pelos outros por aquilo que ela não é na realidade e que, quando foi, poder reestabelecer sua verdadeira personalidade. Os direitos de acesso e de retificação consagrados pelo Capítulo V da lei de 6 de janeiro de 1978 são análogos aos direitos de retificação e de resposta consagrados pelos artigos 12 e 13, da lei de 29 de julho de 1978. Não sendo suscetíveis de avaliação pecuniária, são, como estes últimos, **direitos da personalidade**.

A lei de 6 de janeiro de 1978 cria uma obrigação de informações que tem por objetivo a existência deste direito a cargo de toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que colete informações nominativas; esta pessoa deve informar a existência destes direitos à pessoa da qual ela recolhe estas informações: art. 27, alínea 1.

Se a lei consagra estes direitos tanto aos fichários manuais como aos fichários informatizados, eles não podem ser exercidos em relação aos primeiros como em relação aos segundos. A razão disto é, em particular, a de que fichários manuais, diferentemente dos fichários informatizados, não estão sujeitos à publicidade: art. 22. A lei também prevê que as condições de exercício deste direito a seu respeito serão determinadas por um decreto emitido pelo Conselho de Estado: art. 45, alínea 3, **in fine**. Em razão deste decreto não ter sido ainda devolvido, vislumbraremos somente as regras relativas ao exercício destes direitos em relação aos **fichários informatizados**, que são determinadas pelo Capítulo V da lei.

39 — Os direitos de acesso e de retificação pertencem a toda pessoa física em relação às informações que lhe concernem. Não pertencem às pessoas jurídicas, se bem que o artigo 34 confere estes direitos a "qualquer pessoa", pois as informações nominativas são unicamente, nos termos da definição dada pelo artigo 4º da lei, aquelas que permitem "a identificação das pessoas físicas às quais se aplicam".

Diferentemente ocorre em relação ao direito de acesso ao **fichário eleitoral**, que pertence aos candidatos e aos partidos políticos, em condições idênticas, tanto para uns como para os outros, e sob o controle das comissões de propaganda eleitoral: art. 32. O prefeito pode autorizar os candidatos e os partidos políticos a fazerem cópias dos catálogos das informações ou submetê-los a tratamentos pelo serviço público da informática, em particular, para facilitar a difusão dos documentos destinados aos eleitores, sob a condição que as mesmas facilidades sejam dadas a todos os candidatos e a todos os partidos e que ninguém seja dispensado de pagar à comunidade o preço destas prestações. Este direito de acesso ao fichário eleitoral é distinto do direito que pertence a todo eleitor de se informar e copiar a **lista eleitoral**: art. 28, do Código Eleitoral.

O exercício dos direitos de acesso e de retificação acarretará dificuldades para os incapazes. Devem ser solucionadas levando em consideração o caráter de direitos da personalidade destes direitos. É preciso admitir, por outro lado, que estes direitos podem ser exercidos, em nome do interessado, por um mandatário habilitado para este fim.

É, em princípio, o titular destes direitos que possui a qualificação para exercer estes direitos através de um intermediário (bb).

aa) Regras gerais do exercício destes direitos.

40 — O exercício destes direitos implica que seu titular tenha, primeiramente, o **direito de interrogar os responsáveis de tratamentos** automatizados, para saber se estes tratamentos se relacionam com as informações nominativas que lhe concernem: art. 34. O exercício deste direito é facilitado pela publicidade deste tratamento que torna preciso, em particular, para cada um deles, sua denominação e sua finalidade, e o setor no qual é exercido o direito de acesso: art. 22, alínea 1. Também é facilitado pela obrigação da pessoa que colhe uma informação nominativa de outra, em fazê-la conhecer a existência de um direito de acesso e de retificação em relação a esta informação: art. 27 alínea 1.

Está subordinado à condição de que a pessoa, ao exercê-lo, justifique sua identidade: art. 34.

41 — Se a resposta do responsável pelo tratamento é afirmativa, o interessado tem o **direito de obter a comunicação** das informações que lhe concernem. Esta comunicação deve estar em conformidade com o conteúdo dos registros e efetuada numa linguagem clara: art. 35, alínea 1. O interessado pode solicitar uma cópia destes registros, devendo pagar uma taxa, variável segundo as categorias de tratamentos, cujo montante é fixado por uma decisão da Comissão, homologada por decreto do Ministro da Economia e Finanças: art. 35, alínea 2. Esta taxa é devolvida assim que o interessado obtenha uma modificação do registro que lhe concerne: art. 36, alínea última.

O direito de comunicação não se estende às **fontes de informações** contidas nos fichários, em princípio, importante diferença do Fair Credit Reporting Act dos Estados Unidos, que obriga, em princípio, os exploradores de fichários utilizados em matéria de emprego, facilidades de crédito, polícias de segurança, a dar a fonte de seus registros. Não se estende também à utilização destas informações. Mas o interessado pode conhecê-la pela publicidade do tratamento, que precisa sua finalidade e os destinatários das informações: art. 22, alínea 1.

O responsável pelo fichário não fica sem defesa em relação ao pedido de comunicação das informações. Pode, primeiramente, pedir à Comissão, em contrariedade

de com o interessado, de lhe conceder prazos de resposta, o que implica que o prazo inicialmente concedido é suscetível de ser prolongado: art. 35, alínea 3.

Pode, de outra forma, solicitar, da mesma maneira, à Comissão de autorizá-la a não responder os pedidos que seriam manifestamente abusivos, seja por sua característica repetitiva ou sistemática: mesmo texto.

O exercício do direito de comunicação acarreta uma dificuldade mais grave: o titular deste direito pode ter razões de temer a **dissimulação ou desaparecimento** das informações que lhe concernem. Assim, ele também tem a possibilidade, antes do exercício do recurso jurídico, de solicitar ao juiz competente que este ordene todas as medidas de natureza a evitar esta dissimulação ou este desaparecimento: art. 35, alínea última. Esta disposição tem por origem uma emenda apresentada pelo governo ao Senado, que foi substituída por uma emenda da Comissão de leis do Senado. O art. 35 não especifica o juiz competente, esta questão dependendo do poder regulamentar, declarou o Ministro da Justiça, solicitando que ele intervisse com a finalidade de especificar os procedimentos possíveis. É o caso, para as jurisdições de ordem judiciária, do presidente do tribunal de alta instância, estatuinto por regulamento sobre decreto, visto que ele pode assim ordenar "todas as medidas urgentes quando as circunstâncias exigem que elas sejam tomadas contraditoriamente": art. 812, alínea 2, novo Código de Processo Civil.

42 — O direito de comunicação tem por fim permitir o exercício do **direito de retificação** das informações. Este direito pertence ao interessado quando as informações que lhe concernem são inexatas, incompletas, equivocadas ou caducas, a fim de que sejam corrigidas, completadas, esclarecidas ou apagadas: art. 36, alínea 1. Elas devem igualmente ser apagadas se a coleta, ou a utilização, ou a conservação é proibida: mesmo texto. O interessado pode solicitar a liberação, sem pagamento, junto com uma cópia do registro modificado: art. 36, alínea 2.

A principal dificuldade encontrada para o exercício deste direito consiste no encargo da prova da inexatidão da informação. Pode possuir diversas soluções. Uma delas consiste na proibição do uso dos dados que não são possíveis de estabelecer nem a exatidão, nem a inexatidão. Ela é adotada pela lei da República Federal da Alemanha de 27 de janeiro de 1977. A lei de 6 de janeiro de 1978 soluciona a dificuldade fazendo passar o ônus da prova para o setor no qual é exercido o direito de acesso: art. 36, alínea 3. Mas isto acontece, diferentemente, quando as informações contestadas foram comunicadas pela pessoa a que dizem respeito, ou que elas o foram com seu consentimento: mesmo texto.

Se o responsável pelo fichário recusa retificá-lo, sem razão, de acordo com a opinião da pessoa a que dizem respeito, cabe a esta submeter o litígio à justiça.

A principal obrigação resultante para o responsável do fichário do direito de retificação é acompanhada de duas obrigações acessórias. Ele deve corrigi-la de

ofício, quando toma conhecimento do erro: art. 37. Quando ele transmitir a um terceiro uma informação inexata ou anulada, ele deve notificar a este terceiro sua retificação ou sua anulação. A Comissão pode, entretanto, dispensá-lo desta obrigação: art. 38.

Não pareceu possível aplicar todas as regras que precedem a certos fichários. Estes fichários não são, entretanto, exonerados dos direitos de acesso e de retificação; são somente submetidos a regras particulares.

b) Regras particulares a certos fichários.

43 — Não seria possível permitir às pessoas que figuram nos fichários que interessam à **segurança do Estado, defesa e segurança pública** aceder elas próprias às informações que lhes concernem e solicitar a retificação.

A Comissão é para elas um instrumento intermediário obrigatório. É a Comissão que elas devem endereçar seus pedidos, e é ela que designa um de seus membros, magistrado ou antigo magistrado, para efetuar as investigações necessárias e fazer eventualmente proceder as modificações que se impõem. Este magistrado pode se fazer assistir por um agente da Comissão: art. 36, alínea 1. O requerente recebe somente uma notificação de que foram procedidas as verificações: art. 39, alínea 2. Estas regras colocam fim aos direitos de acesso e de retificação, direitos reconhecidos pelo Conselho de Estado pela decisão Deberon.

44 — Não foi mais possível permitir aos **doentes mentais** obter, por eles próprios, a comunicação das informações médicas que lhes concernem. Elas somente podem ser comunicadas aos médicos que eles designam com este fim, este último sendo juiz da maneira como ele próprio pode comunicá-las ao paciente: art. 40.

Nesta limitação dos direitos do doente, baseando-se em seu próprio interesse, ele pode, por isso mesmo, exercer o direito de interrogação e de retificação.

Nenhum fichário informatizado é, desta forma, exonerado dos direitos de acesso e de retificação. O mesmo acontece com os fichários manuais. Mas as regras aplicáveis aos fichários informatizados tiveram de ser adaptadas às características destes fichários.

B) A Comissão Nacional de Informática e Liberdades.

45 — A Comissão de Informática e Liberdades desejou que fosse criada "no seio do Estado, uma instância amplamente independente que fosse de qualquer forma o órgão de consciência social face ao emprego da Informática..." Esta concepção foi consagrada pelo projeto de lei e reforçada pelo parlamento que introduziu parlamentares entre os membros da Comissão.

A Comissão é definida pelo art. 8º como "**autoridade administrativa independente**". Estes termos explicam seu estatuto e seu funcionamento, assim como, os poderes dos quais ela é dotada.

1º — Estatuto e funcionamento da Comissão.

46 — A Comissão é uma autoridade administrativa independente, porque não é submetida nem a um poder hierárquico nem a um poder de tutela. Seus membros não recebem instruções de nenhuma autoridade no exercício de suas atribuições: art. 8, alínea 1. Suas decisões regulamentares e individuais somente são submetidas a recursos jurisdicionais. Pode ser comparada à Comissão de Operações da Bolsa de Valores e à Comissão de Concorrência da Lei de 19 de julho de 1977.

Desta forma, ela não é uma jurisdição e não executa atos jurisdicionais, já que é característico do ato jurisdicional solucionar as contestações em conformidade com o direito. Não modifica, assim, em nada, segundo os termos da exposição de motivos do projeto de lei, "as competências das jurisdições administrativas ou judiciárias que serão solucionadas, em caso de litígio, segundo as regras de direito comum".

Estabelece livremente seu regulamento interno que determina as condições de seu funcionamento, as regras de procedimento aplicáveis frente ela, a organização de seus setores, sob reserva somente das disposições do decreto de 17 de julho de 1978, art. 8, da lei e 2, do decreto.

Sua independência somente não é assegurada pela falta de subordinação: ela o é também pela composição e pelo estatuto de seus membros, e pode efetivamente o exercer graças aos setores dos quais ela é dotada e dos recursos que lhe são concedidos.

47 — Se o número dos membros da Comissão pode parecer elevado, apresenta a vantagem de reunir personalidades de origem, formação e competência diferentes: parlamentares, altos magistrados, especialistas na aplicação da Informática e personalidades designadas em razão de sua autoridade e de sua competência. Com efeito, ela é composta por 17 membros: 2 deputados e 2 senadores, 2 membros do Conselho Econômico e Social, 2 membros ou ex-membros do Conselho de Estado, sendo 1 de um grau ao menos igual ao de conselheiro, 2 membros ou ex-membros do Supremo Tribunal Federal, sendo 1 de um grau ao menos igual ao do conselheiro, 2 membros ou ex-membros do Tribunal de Contas, sendo 1 de um grau ao menos igual ao de conselheiro-mestre, 2 pessoas qualificadas por seu conhecimento na aplicação da informática, 3 pessoas designadas em razão de sua autoridade e sua competência art. 8, alínea 2.

A Comissão elege entre seus membros, por 5 anos, um presidente e 2 vice-presidentes: art. 8, alínea 3.

O governo é representado na Comissão por um comissário, designado pelo Primeiro Ministro, que pode, nos dez dias de deliberação convocar um segundo: art. 9. É convocada a todas as sessões da Comissão nas mesmas condições que os membros desta: decreto de 17 de julho de 1978, art. 4.

48 — Não menos que a qualidade dos membros da Comissão, é o seu **estatuto** que assegura sua independência e principalmente seu modo de designação. Os dois deputados e os senadores são eleitos respectivamente pela Assembléia Nacional e pelo Senado, os dois membros do Conselho Econômico e Social, por esta assembléia e os seis altos magistrados pela assembléia geral de seu grupo. As duas pessoas qualificadas por seus conhecimentos na aplicação da Informática são nomeadas por decreto, mas por proposta, uma do presidente da Assembléia nacional, e a outra do presidente do Senado. Somente as três pessoas designadas em razão de sua autoridade e sua competência são diretamente nomeadas por decreto do Conselho dos Ministros: art. 8, alínea 2.

Estes membros, assim designados, são nomeados por 5 anos e, se for o caso de parlamentares e membros do Conselho Econômico, pela duração de seu mandato: art. 8, alínea 2. Beneficiam-se da inamovibilidade; o caso de demissão, posto à parte, somente pode ser colocado fim a suas funções em caso de impedimento constatado pela Comissão nas condições que ela define: art. 8, alínea última. O mandato do sucessor é limitado ao período restante: art. 8, alínea 5.

A independência dos membros da comissão em relação ao governo e às empresas privadas é assegurada por duas **incompatibilidades**: a qualidade de membro da Comissão é incompatível com a de membro do governo e com o exercício de funções ou a detenção de participação em empresas concorrentes na fabricação de material utilizado em informática ou em telecomunicações e no fornecimento de serviços de informática ou telecomunicações: art. 8, alínea 7. Estas incompatibilidades não têm por consequência a inelegibilidade daqueles a que elas concernem; acaba-se este se demite das funções ou abandona as participações que as fizeram nascer. É à Comissão que cabe apreciar, em cada caso, a incompatibilidade que ela pode opor a seus membros: art. 8, alínea 8.

Mas somente pode fazê-lo sob controle da jurisdição administrativa.

Enfim, estas regras possuem um complemento útil no direito dos membros da Comissão de fazer-se reembolsar os custos que necessita a execução de seu mandato: art. 6, do decreto de 17 de julho de 1978.

Mas a independência dos membros da Comissão não lhes confere nenhuma **imunidade** em relação às opiniões que emitirem e para os atos que cometerem no exercício de suas funções. Alguns parlamentares propuseram-lhes conferir esta imunidade levando em consideração o precedente do mediador.

Entretanto, o Ministro da Justiça opôs-se dizendo que "não é desejado que os membros da Comissão escapem da lei penal se cometerem infrações". Podem, desta forma, ser perseguidos por difamações. São igualmente sujeitos aos segredos profissionais pelos fatos, atos e informações os quais tiverem conhecimento no exercício de suas funções, sob pena de delitos dos artigos 75 e 378 do Código Penal, reserva feita às divulgações necessárias do relatório anual: art. 12.

A independência estatutária da Comissão e de seus membros seria ineficaz se não fosse acompanhada dos meios necessários para exercê-la.

49 — A Comissão deve conhecer, segundo estimativas do Ministro da Justiça, mais de cento e vinte mil fichários informatizados. Parece, por experiências estrangeiras que se pode avaliar em cinquenta o número de pessoas as quais ele deverá recorrer. Há necessidade, assim, para desempenhar sua função, ao mesmo tempo de setores e recursos.

Dispõe de **setores** dirigidos pelo presidente e que podem ser, igualmente sob sua delegação, pelo vice-presidente: art. 10, alínea 1. Os agentes destes setores são nomeados pelo Presidente ou pelo Vice-presidente por ele delegado: art. 10, alínea 3. A Comissão determina as modalidades de recrutamento e de remuneração destes agentes nas condições previstas pelo art. 15 da lei de outubro de 1945, relativa à formação, recrutamento e ao estatuto de certas categorias de funcionários: art. 2, alínea última, do decreto de 17 de julho de 1978. Eles estão sujeitos ao segredo profissional nas mesmas condições e sob as mesmas penalidades que os membros da Comissão: art. 12.

A organização destes setores é determinada pelo regulamento interno da Comissão: art. 2, alínea 1 do decreto de 17 de julho de 1978.

Os **recursos** da Comissão consistem nos créditos que lhe são atribuídos e nas possibilidades de perceber rendas.

Os créditos são inscritos em um capítulo particular do orçamento do Ministro da Justiça: art. 7, alínea 1, do decreto de 17 de julho de 1978. Sua gestão é dispensada do controle exercido pelo Ministério da Fazenda em virtude da lei de 10 de agosto de 1922. Mas as contas da Comissão estão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas: art. 7, alínea 1. As despesas são ordenadas pelo Presidente da Comissão e pelo vice-presidente delegado: art. 7, alínea 2, do decreto de 17 julho de 1978.

A comissão, por outro lado, tem a faculdade de perceber rendas pelo parecer por ela dado sobre a criação de um tratamento do setor público; para a declaração de um tratamento do setor privado, para a declaração simplificada de um tratamen-

to do setor público e do setor privado e pela proposta ou parecer relativos à transmissão entre o território francês e o estrangeiro de informações nominativas objeto de tratamento do setor privado: art. 7, alínea 2.

Estas rendas são cobradas como em matéria de créditos estrangeiros para o imposto e para o patrimônio: art. 8, alínea 1, do decreto de 17 de julho de 1978. Os títulos de recebimento são emitidos e tornados válidos pelo presidente da Comissão ou pelo vice-presidente delegado: art. 8, alínea 3, do decreto. As somas percebidas podem ser utilizadas para a restauração de créditos: art. 8, alínea 2.

50 — O regulamento interno da Comissão determina as condições de seu **funcionamento**, as regras de procedimento aplicáveis frente ela e a organização de seus setores, sob as reservas das regras impostas pelo decreto 17 de julho de 1978: art. 2, alínea 1.

Os membros da Comissão são convocados pelo presidente e a convocação deve precisar a ordem do dia. Mas a convocação pode ser feita através do pedido de um terço de seus membros: art. 3 do decreto.

A Comissão somente pode validamente deliberar se a maioria de seus membros em exercício participarem da sessão: art. 5, alínea 1, do decreto de 17 de julho de 1978. Suas deliberações são tomadas pela maioria absoluta dos membros presentes: art. 5, alínea 2, do decreto. Entretanto, em caso de divisão dos votos, o do presidente é o preponderante: art. 8, alínea 5, da lei.

Um certo número das deliberações da Comissão devem, de qualquer forma, ser tomado pela maioria no mínimo de 9 votos. Acontece o mesmo para: eleição do presidente e do vice-presidente e a designação do vice-presidente delegado, a adoção do regulamento interno, as decisões tomadas em virtude do poder regulamentar da Comissão, a adoção dos regulamentos tipos destinados a assegurar os tratamentos, os pareceres emitidos sobre a criação dos tratamentos do setor público. O regulamento interno da Comissão pode, diferentemente, decidir que outras deliberações da Comissão, além destas precedentes, sejam tomadas por maioria qualificada: art. 5, alínea 3 e 4, do decreto de 17 de julho de 1978.

2º — Os poderes da Comissão

51 — A lei confere a missão geral de "velar pelo respeito de suas disposições" e precisa, em seguida, de uma maneira não limitativa, certos aspectos desta missão. A enumeração do art. 6 não esgota assim a competência da Comissão. Ela pode se utilizar, para executar a missão geral que a lei lhe confere, de outras prerrogativas além daquelas expressamente reconhecidas por este texto.

Também é necessário considerar, como não sendo contrária a lei, acreditamos, o reconhecimento da Comissão, pelo art. 1º, do decreto de 17 de julho de 1978, da missão e dos poderes que não lhe são expressamente conferidos pela lei, mas que podem ser reunidos a sua missão geral de velar pelo respeito das disposições da lei, especialmente àquela do art. 1º nos termos da qual: "a informática deve estar a serviço de cada cidadão..." Ela não pode prejudicar nem a identidade humana, nem os direitos do homem, nem a vida privada, nem as liberdades individuais ou públicas.

A Comissão pode, em particular, na aplicação das disposições da própria lei, velar pelo respeito do direito, em relação a todas as pessoas, de conhecer e de contestar as informações e as razões utilizadas nos tratamentos automatizados cujo resultado lhe são contrários: art. 3. Sua missão não é limitada à proteção das informações nominativas.

Ao contrário, ela não se estende à proteção das informações nominativas de todo os fichários. A Comissão somente é encarregada de velar que "os tratamentos **automatizados**, públicos ou privados de informações nominativas sejam efetuados em conformidade com as disposições da lei": art. 14. Ela não é encarregada de velar pela aplicação das disposições da lei às informações nominativas dos fichários não automatizados, porque pareceu que o número destes fichários não lhe permitiria cumprir convenientemente esta missão.

A autoridade colegiada, pode encarregar o presidente ou o vice-presidente delegado de exercer algumas de suas atribuições. É o caso para a liberação do recibo de declaração a qual é submetida a criação dos tratamentos automatizados do setor privado, para o estabelecimento e a publicação de normas simplificadas para os tratamentos previstos pelo art. 17 e para a liberação do recibo de declaração de conformidade a uma destas normas, para o envio de advertência ao Ministério Público das infrações, para que vele a fim de que estas modalidades de emprego dos direitos de acesso e de retificação não entrem o exercício destes direitos para receber as reclamações, as petições e as queixas: art. 10, alínea 2.

Esta enumeração tem um caráter limitativo: a Comissão deve exercer ela própria os outros poderes que a lei lhe confere. Alguns pertencem igualmente a outras Comissões administrativas: é o caso de seu poder de decisão, de seu poder de dar parecer e de seu poder de controle. Ao contrário, ela é dotada de um poder de informação que possui um caráter original por sua extensão.

a) O poder de decisão, de dar parecer e de controle.

52 — A Comissão pode tomar **decisões regulamentares e decisões individuais** para as quais o juízo competente é, em princípio, o Conselho de Estado estatuinto em primeiro e último plano, uma vez que agora reconhece "recurso de anulação dirigidos contra as decisões administrativas dos órgãos colegiados de competência na-

cional": art. 1º, do decreto nº 75.793 de 26 de agosto de 1975. Acontece de forma diversa, entretanto, para a nomeação dos agentes da Comissão pelo presidente ou vice-presidente delegado, que é da competência dos tribunais administrativos.

Se bem que limitado pelo art. 6º no caso previsto pela lei, o **poder regulamentar** da Comissão tem uma particular importância. Não traz um complemento, mas uma limitação ao poder regulamentar do Governo. É o caso, em particular, do poder de estabelecer e de publicar normas simplificadas das categorias de tratamentos públicos e privados que não ocasionam atentado à vida privada e às liberdades, os tratamentos que respondem a estas normas estando somente sujeitos a uma declaração de conformidade a uma delas: art. 17. É o caso também do poder de tomar regulamentos-tipos em via de garantir a segurança do sistema, e em caso de circunstâncias excepcionais, ordenando medidas podendo chegar até a destruição dos suportes da informação: art. 21, 3º. É o caso, enfim, do poder da Comissão de estabelecer seu regulamento interno, porque este tem efeitos de importantes direitos em relação às responsabilidades dos funcionários públicos e privados e em relação aos agentes da Comissão: art. 8, alínea 4.

A Comissão tem também o poder de tomar **decisões individuais** nos casos previstos pela lei: art. 21, 1º. Pode encarregar um ou vários de seus membros ou de seus agentes de proceder verificações, **in loco**, em relação aos tratamentos e de fazer-lhe todas as informações e todos os documentos úteis a sua missão: art. 21 2º. Pode igualmente endereçar as advertências aos responsáveis dos funcionários e denunciar ao Ministério Público, as infrações que tem conhecimento: art. 21, 4º.

É preciso aproximar ao poder da Comissão, no que tange a tomada de decisões, o seu poder de **propor** ao governo decidir por decreto do Conselho de Estado a aplicação de outras disposições da lei, além daquelas visadas pelo art. 45, alíneas 1, 2, e 3 aos funcionários não automatizados que apresentam perigo quanto a proteção das liberdades: art. 45, alínea última.

O governo pode emitir um decreto neste sentido somente por proposta da Comissão. Desta forma, este decreto é o resultado de uma decisão conjunta da Comissão e do Governo.

É preciso aproximar deste caso aquele onde a Comissão deve dar um **parecer favorável**; ela é igualmente coatora da decisão. Assim ocorre em relação à exceção ocasionada por decreto do Conselho de Estado, por motivos de interesse público, à interdição de colocar ou conservar em memória informatizada os dados nominativos que fazem aparecer as origens raciais ou opiniões políticas, filosóficas ou religiosas ou as participações sindicais das pessoas. O decreto somente pode ser tomado por proposta, ou, pelo menos, com o parecer favorável da Comissão; art. 31, alínea 3.

As pessoas jurídicas administradoras de serviços públicos, além de suas jurisdições e as autoridades públicas agindo no quadro de suas atribuições legais, somente podem, igualmente, proceder ao tratamento automatizado de informações nominativas que concernem às infrações, às condenações e às medidas de segurança através do parecer favorável da Comissão: art. 30, alínea 1.

53 — Em outros casos, a Comissão somente tem o poder de **dar um parecer** prévio a uma decisão que pode ser tomada contra este parecer. Mas um parecer desfavorável pode acarretar conseqüências mais ou menos importantes, se a Comissão dá um parecer favorável à criação de um tratamento automatizado do setor público. Este tratamento pode ser criado por um ato regulamentar que é, em regra, uma decisão ministerial: art. 15, alínea 1. Se, ao contrário, a Comissão emite um parecer desfavorável, o tratamento somente pode ser criado por um decreto elaborado a partir de um tratamento favorável do Conselho de Estado: art. 15, alínea 2.

O parecer desfavorável da Comissão tem por efeito tornar impossível a criação do tratamento sem a anuência do Conselho de Estado.

Ao contrário, a utilização do Cadastro Nacional de Identificação de Pessoas físicas para efetuar tratamento nominativo pode ser autorizado por um decreto do Conselho de Estado elaborado após parecer favorável da Comissão: art. 18.

O mesmo acontece para a autorização da transmissão entre o território francês e o estrangeiro de informações nominativas que são objeto de um tratamento automatizado do setor privado: art. 24.

54 — A Comissão é igualmente investida de um **poder de controle** sobre as aplicações da informática ao tratamento das informações nominativas, a fim de poder assegurar o respeito dos dispositivos de lei relativos a estes tratamentos art. 6 e 21, alínea 1. Pode, em particular, encarregar um ou vários de seus membros, ou de seus agentes, assistidos, se for o caso dos experts, de proceder, em relação a qualquer tratamento verificações e de lhes fazer comunicar todas as informações e documentos úteis a sua missão: art. 21, 2º. Pode igualmente solicitar aos presidentes da Corte de Apelação, se for o caso de tratamento do setor privado, e aos presidentes dos tribunais administrativos, se for o caso de tratamento do setor público, a delegação de um magistrado de sua jurisdição, eventualmente assistido pelos experts, para efetuar, sob sua direção, a missão de investigação e de controle: art. 11.

Cuida para que estas modalidades de emprego dos direitos de acesso e de retificação indicadas nos pedidos de parecer para a criação dos tratamentos do setor público e nas declarações, para os tratamentos do setor privado, não entrem o livre exercício destes direitos: art. 21, 5º.

Ela tem qualificação para receber as reclamações, as petições e as queixas: art. 21, 6º. Endereçar aos interessados advertências e denunciar ao Ministério Público as infrações de que ela tem conhecimento: art. 21, 4º.

A Comissão pode ser levada, no exercício de seu poder de controle, a pedir esclarecimento às informações e também a prestar-lhe testemunho: são então dispensados, quando necessário, para fornecimento desta informação e para seu testemunho, da obrigação de discrição: art. 13, alínea 2. Poder-se-ia temer que certos responsáveis de fichários públicos e de fichários privados ocasionassem entraves ao exercício do poder de controle da Comissão. O artigo 21, alínea última, corrige este perigo decidindo que os detentores e os utilizadores de fichários nominativos, ministros, autoridades públicas e dirigentes de empresas públicas e privadas e responsáveis de grupos diversos não podem se opor à ação da Comissão e de seus membros, seja qual for o motivo e devem, ao contrário, tomar todas as medidas úteis para lhe facilitar sua tarefa: art. 21, alínea última.

Estes poderes são complementados por um poder de informação muito extenso.

b) O poder de informação.

55 — É o poder que, em seu relatório, a Comissão Informática e Liberdades indica em primeiro lugar, entre as missões da "instância de controle": "o comitê deve ser, primeiramente, um centro de informações, consulta, confronto, reflexão e, se possível, de conserto. Organizará encontros, lançará estudos..."

A experiência, com efeito, mostrou que a opinião pública deve ser sensibilizada dos riscos que acarreta às liberdades e ao respeito à vida privada, o desenvolvimento da informática. "A idéia de que a lei incitaria os cidadãos a controlar os fichários automatizados se mostra falsa, constatou o comissário para a proteção dos dados da Land de Hesse. A atitude dos cidadãos continuou imutável, marcada de passividade..."

Para informar, a Comissão necessita ser ela mesma informada. Ela o é, no que concerne ao estado atual dos tratamentos automatizados de informações nominativas pelas formalidades necessárias ao emprego destes tratamentos. Mas a informática e suas técnicas desenvolvem-se rapidamente. Também a lei obriga a Comissão a se manter "informada das atividades industriais e dos órgãos que concorrem ao emprego da informática": art. 21, 7º.

A presença, na Comissão, de "duas pessoas qualificadas por seus conhecimentos da aplicação da informática" (art. 8, alínea 2) deve lhe facilitar a realização desta obrigação.

O decreto de 17 de julho de 1978 estende a obrigação de informação da Comissão. Nos termos de seu artigo 1º, alínea 2, a Comissão "mantém-se informada dos efeitos da utilização da informática sobre o direito de proteção da vida privada, o exercício das liberdades e o funcionamento das instituições democráticas". É a expressão "direito ao respeito à vida privada" a do artigo 9, alínea 1, do Código Civil que deveria ser empregada pelo decreto. Mas ele coloca uma questão muito importante: é ela competente para estender assim a obrigação de informação da Comissão? Nos mesmos termos do artigo 1º alínea 1, essa expressão somente tem lugar "para a execução das missões que lhe são conferidas pela lei de 6 de janeiro de 1978..."

A Comissão é investida, pela lei, da missão geral de velar pelo respeito de suas disposições: art. 6. Ora, a primeira destas disposições é que: "a informática deve estar a serviço de cada cidadão... não deve causar prejuízo nem à identidade humana, nem aos direitos do homem, nem à vida privada, nem às liberdades individuais ou públicas": art. 1º.

56 — Assim informada, a Comissão pode, ela própria, desempenhar sua missão de informação, cujo objeto foi ampliado pelo decreto de 17 de julho de 1978. Ela o faz, primeiramente, colocando a disposição do público **lista dos tratamentos automatizados** de informações nominativas.

Esta lista deve possuir, para cada tratamento, indicações que permitam ao público conhecer suas características e poder exercer os direitos de acesso e de retificação. Deve, na verdade, precisar a lei ou o ato regulamentar que decide sua criação ou a data de sua declaração, sua denominação e sua finalidade, o setor no qual serão exercidos os direitos de acesso e de retificação, as categorias de informações nominativas registradas, os destinatários - ou as categorias de destinatários - habilitados a receber comunicação destas informações: art. 22, alínea 1.

O público deve, de outra parte, ser informado dos **atos** da Comissão na medida que seu conhecimento pode ser útil para aplicar e interpretar a lei. O art. 22, alínea última, prescreve com este fim que devem ser postos à disposição do público as decisões, os pareceres e as recomendações cujo conhecimento é útil para a aplicação e a interpretação da lei. Um decreto deve fixar as condições de aplicação deste texto.

A Comissão deve, por outro lado, informar "todas as pessoas às quais concernem os direitos e obrigações entendendo-se com elas...": art. 6. O decreto de 17 de julho de 1978 acrescenta a essa **missão de informação** da Comissão uma **missão de aconselhamento**: a Comissão "aconselha as pessoas e os organismos que recorrerem ao tratamento automatizado de informações nominativas ou procederem a provas ou experiências de natureza a alcançar tais tratamentos": artigo 1º, alínea 3. O decreto amplia, por outro lado, a missão de informação da Comissão, obrigando-a a responder "aos pedidos de parecer dos poderes públicos e, se for o

caso, os das jurisdições" art. 1º, alínea 4. Podemos nos interrogar sobre a validade desta ampliação de missão de informação da Comissão pelo decreto de 17 de julho de 1978. Mas convém observar que somente tem lugar, nos termos de seu artigo 1º, "para a execução das missões que lhe são confiadas pela lei".

Ora, a Comissão é investida pela lei da missão geral de velar pelo respeito de suas disposições: art. 6º. As novas missões especiais de informação impostas à Comissão pelo decreto somente podem ser exercidas de uma maneira adequada a sua missão geral.

Enfim, a Comissão deve apresentar, a cada ano, ao Presidente da República e ao Parlamento, um relatório prestando contas da execução de sua missão e este **relatório** deve ser publicado: art. 23, alínea 1. A lei atribui a este relatório um conteúdo que não é exclusivo de desenvolvimento deixado à apreciação da Comissão. Deve, com efeito, descrever **detalhadamente** os procedimentos e os métodos de trabalho seguidos pela Comissão e conter, em anexo, todas as informações sobre a organização da Comissão e seus setores próprios para facilitar as relações do público com ela: art. 23, alínea 2. Sem dúvida, é sobretudo neste relatório que a Comissão desenvolverá uma nova função a ela atribuída pelo decreto de 17 de julho de 1978, mas que pode ser ligada a sua função de informação: **propor ao governo todas as medidas legislativas e regulamentares** de natureza a adaptar a proteção das liberdades à evolução dos procedimentos e técnicas da informática: art. 1º alínea última.

A Comissão exerce, assim, suas funções no território francês, mas não se deve concluir que ela não desempenhe nenhum papel nas relações internacionais.

II — Proteção das pessoas em relação às informações nominativas nas relações internacionais.

57 — Apesar dos estudos até agora empreendidos, ainda não é possível determinar, com precisão, a amplitude e o objeto dos fluxos internacionais dos dados. Entretanto, não é duvidoso que eles tendem a aumentar. Vários fatores agem neste sentido. O mais importante é o "casamento" da informática com a telecomunicação do que nasceu a "telemática". O desenvolvimento da cooperação do Estado e sociedades multinacionais age no mesmo sentido.

Entretanto, parece que esse crescimento não possui a mesma importância para os dados nominativos que para os outros dados. Segundo informações fornecidas pelo Clube de Informática das Grandes Empresas Francesas (CIGREF) as informações para fora das fronteiras entre a sede de uma empresa e suas filiais são, principalmente, de ordem administrativa e financeira (estoques, taxas de vendas, perspectivas de mercados). Raramente concernem a clientes, fornecedores e mesmo pessoal cuja gestão é, em geral, assegurada no próprio lugar, pelas filiais.

Quando se trata de informações nominativas, sua transmissão de um país para outro é, na maioria das vezes, efetuada sem a automatização. Sua proteção não é, pois, assim assegurada: elas podem provir de um tratamento automatizado e ser destinadas a um outro tratamento automatizado. Mesmo provindo de um fichário manual e destinadas a um fichário igual, colocam, como nas relações internas, a questão de sua proteção em relação àquela que lhe é assegurada nos tratamentos automatizados. Sua proteção não acarreta as mesmas dificuldades no setor público e no setor privado. Existe para o primeiro convenções internacionais relativas a certas informações, aquela, por exemplo, concernente à saúde — Organização Internacional da Saúde — aos delinquentes — Interpol — assim como convenções internacionais relativas às telecomunicações, em particular a convenção de Montreux de 1965. Ao contrário, não existe até hoje uma convenção internacional análoga para os dados nominativos do setor privado.

58 — Como, fora destas convenções internacionais, se encontra assegurada a proteção das informações nominativas? A lei de 6 de janeiro de 1958 esclarece várias questões colocadas na França pela circulação internacional de informações nominativas (A). Esta lei coloca, por outro lado, a questão da lei aplicável na França, em caso de conflito de leis, a esta circulação (B).

É preciso, entretanto, reconhecer que as dificuldades levantadas por esta circulação não podem encontrar solução completamente satisfatória sobre o território de um estado determinado: postulam soluções internacionais (C).

A — As regras da lei de 6 de janeiro de 1977 relativas à circulação internacional das informações nominativas.

59 — A lei edita regras que permitem conhecer os tratamentos automatizados de informações nominativas efetuadas na França destinados à transmissão destas informações ao estrangeiro, e subordinar eventualmente esta transmissão a uma autorização. Estas regras, em princípio limitadas aos fichários automatizados do setor público e do setor privado, podem ser estendidas aos fichários não-automatizados dos dois setores.

O pedido de parecer endereçado à Comissão, se for o caso da criação de um tratamento do setor público, e a declaração à Comissão, se for o caso de criação de um setor privado, devem precisar se o tratamento é destinado à expedição de informações nominativas entre o território francês e o estrangeiro: art. 19, alínea 1. Esta precisão é necessária, "seja qual for a forma" que deva ser feita esta expedição, isto é, quer deva ser feita sob a forma automatizada, quer sob a forma manual. É igualmente necessária, se o tratamento é somente objeto de operações parcialmente efetuadas no território francês a partir de operações realizadas fora deste território: mesmo texto. Além disso, se for o caso de um tratamento do setor privado, e que a

pessoa que tenha o poder de decidir da criação deste tratamento resida no estrangeiro, a declaração deve indicar o representante desta pessoa na França: art. 19, alínea 1.

Quando um tratamento do setor público e do setor privado foi assim criado ele pode transmitir entre o território francês e o estrangeiro as informações nominativas que lhe são objeto. Mas, se for o caso de um tratamento do **setor privado** esta transmissão pode, por proposta ou após parecer da Comissão, ser submetida à **autorização** prévia ou **regulamentada**, segundo as modalidades fixadas por um decreto do Conselho do Estado, tendo em vista assegurar o respeito dos princípios colocados pelo art. 1 da lei: art. 24. Acontecerá o mesmo, seja qual for a forma que seja feita a transmissão, e por consequência, mesmo quando ela é efetuada de uma forma não-automatizada. Esta regra é o objeto de uma importante exceção em benefício dos órgãos de imprensa escrita e audiovisual: art. 33. A transmissão para o estrangeiro de informações que elas tratam no quadro da lei que as regulam não pode ser subordinada a uma autorização. Isto também acontece quando esta subordinação tiver por efeito limitar o exercício da liberdade de expressão.

Estas diferentes regras somente se aplicam, em princípio, aos fichários automatizados. Mas o governo pode, por proposta da Comissão, decidir por decreto do Conselho de Estado, que elas se aplicarão, na totalidade ou parcialmente, a um fichário ou categorias de fichários não-automatizados que apresentam, seja por eles, seja pela combinação de seu emprego com um fichário automatizado, perigo às liberdades: art. 44, alínea 4. Esta aplicação pode ser decidida em relação aos fichários do setor público, em relação aos do setor privado. Mas somente pode o ser em relação às regras comuns a estas duas categorias de fichários e respectivamente em relação àqueles relativas a uma destas categorias. Não podem ser decididos, por exemplo, que a transmissão para o estrangeiro de informações nominativas de um fichário não-automatizado do setor público será submetido à autorização, uma vez que este procedimento não pode ser assim aplicado aos fichários automatizados do setor público.

A lei de 6 de janeiro de 1978 não determinou a lei aplicável no caso de conflito de lei aos tratamentos automatizados de informações nominativas. Mas esta determinação resulta, de uma maneira implícita, das regras que acabam de ser indicadas.

B — A lei aplicável aos fichários automatizados nas relações internacionais.

60 — As regras relativas aos tratamentos automatizados das informações nominativas têm por objeto assegurar a proteção das pessoas às quais estas informações concernem. É o caso, em particular, dos direitos de acesso e de retificação que consagram as leis relativas à informática e que são direitos da personalidade. Parece que somos levados a concluir que estas leis fazem parte do estatuto pessoal, e que é

preciso, desde já, aplicar na França a lei nacional das pessoas a que concernem as informações nominativas. Mas esta aplicação se mostra impossível. Se, por exemplo, as informações nominativas relativas aos originários da Alemanha Federal são objeto, na França, de um tratamento automatizado, não é possível aplicar a este tratamento a lei federal alemã de 27 de janeiro de 1977 sobre a proteção contra a utilização dos dados de caráter pessoal quando do tratamento destes dados. A aplicação desta lei depende, segundo seus próprios termos, de medidas técnicas e estruturais, e da intervenção de delegados federais para a proteção dos dados cujo emprego somente é possível no território da Alemanha Federal.

É preciso, assim, aplicar aos tratamentos automatizados de informações nominativas a **lei do lugar destes tratamentos**. Esta lei é aplicável a todas as informações nominativas que são objeto, na França, destes tratamentos, quer elas concernam aos franceses, domiciliados ou não na França, estrangeiros, domiciliados ou residentes, ou não, na França. É a consequência necessária dos fins buscados pela lei de 6 de janeiro de 1978, isto é, nos termos de seu artigo 1º, que a informática "não deve ocasionar prejuízo nem à identidade humana, nem aos direitos do homem, nem à vida privada, nem às liberdades individuais ou públicas". É também a consequência da definição das informações nominativas dada pelo artigo 4: "as informações que permitem, seja qual for a forma, diretamente ou não, a identificação das **pessoas físicas**, as quais elas se aplicam". Deste conceito resulta que estas pessoas podem exercer o direito de acesso e de retificação em relação às informações nominativas que lhes concernem, que são objeto, na França, de tratamentos automatizados, mesmo se estes direitos não são reconhecidos nos países de onde estas pessoas são originárias, e nos países onde elas estão domiciliadas ou residem.

É preciso também aplicar aos **fichários manuais** de informações nominativas a lei do lugar de sua localização. Estes fichários, situados na França, são regidos, aplicando o artigo 45, alínea 1 e 2, da lei, pela maioria das regras relativas à coleta, registro e conservação das informações nominativas, dadas pela lei em seu capítulo IV, quer estas informações se refiram aos franceses ou aos estrangeiros.

Estão, igualmente, submetidos pela aplicação do artigo 45, alínea 3, ao direito de acesso e ao direito de retificação de todas as pessoas atingidas pelas informações nominativas que eles contêm.

A aplicação a todos fichários de informações nominativas da lei do lugar de sua situação tem por consequência a diversidade, segundo os países, do estatuto protetor destas informações, e mesmo, para um certo número de países, a falta de tal estatuto. O desenvolvimento da circulação internacional dos dados levou a pensar que esta necessita de soluções que ultrapassem as fronteiras dos estados.

C — A proteção internacional das informações nominativas.

61 — O Conselho da Europa esforçou-se em dar respostas internacionais às questões colocadas pela circulação internacional dos dados nominativos. Ele o fez primeiramente, adotando, através do órgão de seu Comitê de Ministros, duas **resoluções**, recomendando aos Governos dos Estados-membros do Conselho da Europa tomarem todas as medidas estimadas necessárias para aplicação de um certo número de princípios enunciados no anexo destas resoluções, tendo por fim assegurar a proteção da vida privada das pessoas, frente aos bancos de dados eletrônicos.

A primeira destas resoluções, adotada em 26 de setembro de 1976, recomenda que o Governo dos Estados-membros tome medidas estimadas necessárias para assegurar a proteção da vida privada das pessoas físicas em relação aos bancos de dados eletrônicos do **setor privado**. A segunda recomenda também a estes governos tomar medidas estimadas necessárias para assegurar a proteção da vida privada das pessoas físicas em relação aos bancos de dados eletrônicos do **setor público**.

62 — O Conselho da Europa tomou uma iniciativa de alcance mais vasto e suscetível de maior eficácia, adotando em 1976 um **Anteprojeto de Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Dados**. Este anteprojeto é inspirado pelo anseio de levar solução para a falta, em certo número de países, de uma legislação protetora das pessoas contra o tratamento automatizado dos dados nominativos e de impedir que os explorados destes tratamentos não se instalem, de preferência, nestes países destinados a se tornarem paraísos fiscais, paraísos de dados. É igualmente inspirado pela busca de soluções para as dificuldades reveladas pela aplicação à circulação internacional de dados, de regimes nacionais de proteção diferentes. É comum que os diferentes componentes de um sistema de tratamentos estejam situados em vários países, e que um computador situado num país seja ligado a outro situado em um outro país. A aplicação territorial, neste caso, de diferentes regimes nacionais de proteção de dados, pode ser a fonte de dificuldades praticamente insolúveis.

III — As Disposições transitórias.

63 — A aplicação imediata das disposições da lei de 6 de janeiro de 1978 não era possível em razão de seu número e de sua complexidade, e também porque a colocação em vigor de várias destas disposições era subordinada à intervenção da Comissão. Também, o projeto de lei organizara a aplicação, no tempo, da lei, no último capítulo: art. 36 e 37. Estas disposições foram profundamente modificadas pelo Parlamento que quis tornar mais rápida a aplicação da lei.

Esta apresenta, com esta finalidade, várias regras, em seu último artigo: art. 48. Decide, além do mais, que os Decretos de Conselho de Estado que devem fixar as modalidades de aplicação da lei e que devem ser executados num prazo de seis me-

ses a contar de sua promulgação, determinarão as datas nas quais as diferentes disposições da lei entrarão em vigor, a data mais afastada, não podendo exceder a dois anos contados de sua promulgação: art. 46. Somente foi feito, até agora, o decreto de 17 de julho de 1978, cujo capítulo III é consagrado às disposições transitórias e cujo art. 26 foi modificado pelo decreto 78-1223 de 28 de dezembro de 1978, após por um decreto n.º 79-421 de 30 de maio de 1979.

É preciso, pois, distinguir as disposições transitórias que são editadas pela própria lei e aquelas mais complexas que o são, previstas pela lei por este **decreto**.

64 — Nos termos das primeiras, os tratamentos **já criados do setor público** são provisoriamente submetidos somente a uma **declaração** feita à Comissão, idêntica àquela dos tratamentos do setor privado, e à declaração simplificada, prevista pelo art. 17, para as categorias mais comuns destes tratamentos que não acarretam manifestamente atentado à vida privada e às liberdades: art. 48, alínea 1. Na realidade, é somente para os primeiros que esta disposição tem um caráter transitório, já que os segundos, mesmo criados em conformidade com a lei, são submetidos somente a uma declaração simplificada.

Esta situação tem um caráter provisório para os primeiros, porque, expirando o prazo de dois anos a contar da promulgação da lei, deverão ter sido objeto de um ato regulamentar, realizado nos termos do artigo 15, após parecer da Comissão: art. 48, alínea 3.

Se o parecer da Comissão é desfavorável, ele somente poderá voltar a funcionar por um decreto realizado por parecer favorável do Conselho de Estado: art. 15, alínea 2.

Por outro lado, a Comissão pode, imediatamente, decidir que um destes tratamentos seja submetido às disposições do artigo 15 e fixar o prazo final no qual o ato regulamentando este tratamento deva ser realizado: art. 48, alínea 2.

65 — Na aplicação do artigo 46, alínea 2, da lei, o decreto de 17 de julho de 1978 organiza em seu artigo 26, cujas alíneas 2, 3 e 4 foram substituídas por outras disposições pelo decreto n.º 78-1223 de 28 de dezembro de 1978, uma aplicação escalonada da lei. Nos termos da alínea 1.ª, do artigo 26, ela é imediata, isto é, à data da aplicação do decreto que foi publicado no **Diário Oficial** de 23 de julho, para o capítulo I, consagrado aos **Princípios e definições**, e para o capítulo II consagrado à **Comissão** assim como para outros artigos da lei que possuem uma ligação com este último capítulo. É o artigo 14 que especifica a missão da Comissão em relação aos tratamentos automatizados de informações nominativas, o art. 21 que determina os poderes da Comissão no exercício desta missão, o art. 24, nos termos do qual, por proposta ou parecer da Comissão, a transmissão entre o território francês e o estrangeiro de informações nominativas, objeto de tratamentos automatizados do se-

tor privado, pode ser submetida à autorização prévia ou regulamentada, de acordo com as modalidades fixadas pelo decreto do Conselho de Estado. O mesmo acontece com o artigo 25, que consagra uma regra, que deveria ser admitida na ausência do texto, com o art. 29 que impõe uma obrigação de segurança aos exploradores de fichários automatizados, e com o art. 32, relativo ao acesso ao fichário eleitoral, com o art. 33, que possui uma exceção em benefício dos órgãos de imprensa a várias regras relativas às informações nominativas de fichários automatizados e com o art. 37 que impõe ao explorador de fichário nominativos a obrigação de retificá-lo de ofício.

É, em 1º de novembro de 1979, que, nos termos da alínea 2 do art. 26, do decreto, modificado pelo artigo 1º do decreto nº 79.421 de 30 de maio de 1979, deve entrar em vigor o art. 30 limitando as pessoas que podem proceder ao tratamento automatizado das informações nominativas concernentes às infrações. É, igualmente, nesta data, que a criação dos tratamentos automatizados do setor público, será submetida às regras dos artigos 15, 17, 19 e 20 da lei. Os tratamentos criados antes desta data serão submetidos às regras do artigo 48 da lei, até 31 de dezembro de 1979.

Todas as outras disposições da lei somente entrarão em vigor em 1º de janeiro de 1980, isto é, alguns dias antes do fim dos dois anos previstos pelo artigo 46, alínea 2 da lei. É o caso, em particular, dos artigos 16, 17 e 19 que submetem à declaração os tratamentos do setor privado, do artigo 18 relativo à utilização do Cadastro Nacional de Identificação das Pessoas Físicas, do artigo 31 relativo à interdição em colocar e conservar em memória informatizada algumas informações nominativas das exposições relativas ao exercício dos direitos de acesso e de retificação, objeto do capítulo V, com exceção do artigo 37, das disposições penais, objeto do capítulo VI, e do artigo 45 que estende um certo número das regras da lei às informações nominativas dos fichários manuais.

Conclusão

66 — O legislador francês deparou-se, além de outras, com a dificuldade de conciliar a necessidade econômica e social do desenvolvimento da informática com a prevenção das ameaças que este desenvolvimento faz pesar sobre o respeito à vida privada, liberdades individuais e públicas e parece, também, o funcionamento regular das instituições democráticas. Não se pode censurar-lhe, cremos, por ter tomado, com esta finalidade, medidas insuficientes. O decano Vedel observara que o projeto de textos legislativos e regulamentares enviados ao governo, em junho de 1975, pela Comissão de Informática e Liberdades com seu Relatório, era "Claro, preciso e direto". Ora, a maioria das medidas preconizadas por este projeto foram transcritas ao projeto de lei e o Parlamento se encarregou de reforçar esta medida para os tratamentos automatizados de informações nominativas do setor público e do setor privado. Estendem, por outro lado, um grande número destas medidas aos fichários

não-automatizados de informações nominativas de ambos os setores. O desenvolvimento da informática, desempenha, neste caso, um papel de revelador de perigos dos quais ele não tem o monopólio.

Mas a ordenação da lei não manifesta seu verdadeiro alcance. Ela, logicamente, tem provocado a distinção das regras próprias aos tratamentos automatizados de informações nominativas e daquelas comuns aos fichários informatizados e aos fichários manuais e mecanográficos. Ora, a extensão parcial do alcance da lei a estes últimos fichários resulta somente de uma de suas "Disposições diversas" reunidas em seu capítulo VIII, art. 45, que enumera os artigos da lei aplicáveis aos fichários não-automatizados. Disto resulta uma incerteza sobre o alcance de várias disposições de lei que não são previstas nestes artigos. É o caso, em particular, dos delitos penais dos artigos 42 e 43.

O estudo da lei leva, sobretudo, a concluir que seu alcance exato dependerá "numa parte importante" de sua aplicação. Sua aplicação, primeiramente, pelos decretos a que ela própria remete, e onde um só até hoje foi elaborado. Sua aplicação imediata, pela Comissão, através do exercício de seu poder regulamentar nos casos previstos pela lei e sua aplicação, enfim, pelas práticas numerosas e diversas que a Comissão será progressivamente conduzida a instaurar, para assegurar, a eficiência de suas disposições.

Não resta dúvida que após uma longa aplicação da lei aparecerá nas decisões judiciais e administrativas um contencioso suficiente para dar lugar a uma jurisprudência que possa ser considerada como uma interpretação da lei.

Não se exclui, por outro lado, que a aplicação e a interpretação da lei conduzam a Comissão, assim como a convida o decreto de 17 de julho de 1978 em seu art. 1º a propor ao governo todas as medidas legislativas e regulamentares de natureza a adaptar a proteção das liberdades à evolução dos procedimentos e técnicas da Informática.

Nestas diferentes perspectivas pode-se somente dissimular que a margem de manobras, entre dois perigos, é relativamente pequena: paralisar o desenvolvimento da informática por uma regulamentação excessiva, não prevenir as ameaças que acarretam seu desenvolvimento, pelo respeito à vida privada e pelas liberdades individuais e públicas. Estes perigos são uma testemunha dos constrangimentos do liberalismo recentemente invocado, nestes termos, pela investigação dos veículos, pelo Professor Jean Rivero: "Uma vez mais encontra-se a eterna inconformação do liberalismo, procurando seu equilíbrio entre os imperativos ao mesmo tempo complementares e contraditórios, e mantendo a aposta de uma eficácia isenta de arbitrariedade".

TRIBUNAL DE AVALIAÇÕES NA DESAPROPRIAÇÃO

TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Administrativo na
FAPCCA

Ponto fundamental na desapropriação é o de fixar o 'quantum' indenizatório, valor necessariamente 'justo', segundo o art. 153, § 22 da Constituição Federal.

A avaliação requer conhecimentos especializados, devendo o juiz louvar-se numa opinião de profissional de área científica diversa da sua. O perito deverá ser profissional qualificado, engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo, de acordo com a Lei N.º 5.194, de 24/12/66, art. 7.º, letra 'c'.

Embora se faculte ao julgador rejeitar o laudo, formando sua convicção com "outros elementos ou fatos provados nos autos" (Código de Processo Civil, art. 436), vê-se ele, no particular, limitado por sua formação na área jurídica, não dispondo de um instrumental científico ou de conhecimentos indispensáveis à fixação de um valor justo ao bem objeto de expropriação.

Nesse quadro do direito positivo pátrio, pela brecha da especialização, tem-se introduzido muita distorção avaliatória, ficando a sentença longe do ideal colimado na Lei Maior. Nota-se, na prática judiciária, uma tendência dos assistentes técnicos a 'advogarem' a causa da parte que os indica. O perito, em geral, é visto como o ensejador do meio-termo, da síntese, o solucionador do impasse.

Poderá um técnico, sozinho, avaliar bem, pairar acima das pressões das partes, somar conhecimentos amplos diante da variedade dos problemas apresentados, tais como diferentes qualidades de solo, culturas, zonas de características diversas, influências ambientais, história do bem a desapropriar, fatores especiais de valorização ou desvalorização, como o tratar-se de um prédio histórico ou depreciado pelo tempo?

Às vezes o adiantamento de honorários ao perito é de valor insignificante ou insuficiente para o emprego de uma equipe ou material sofisticado nos trabalhos de avaliação. O desapropriado, quando não é pobre, contrata um escritório especializado, que dispõe da mais moderna tecnologia e a oferece ao perito e, seguidamente, ao próprio assistente técnico do Poder Público. Busca-se um ambiente de cordialidade, estimulado pela meta comum de honorários proporcionais ao valor do bem. Quanto maior esse, dentro de critérios razoáveis, melhor para os 'experts'. Chega-se a um laudo conjunto, em realidade apenas assinado pelo perito e o assistente do au-

tor, tendo-o feito o do réu. Casos há, mais graves, onde o perito entra em entendimentos com o expropriado ou seu assistente técnico, atribuindo esse ao bem valor elevadíssimo e aquele um preço apenas elevado, mas que contrastado com os números muito menores encontrados pelo assessor do expropriante, talvez os justos, se afigura como o meio-termo, o fruto de uma análise ponderada, eqüidistante do passionalismo de autor e réu.

Se a experiência vem demonstrando a insuficiência de nosso sistema legal, na matéria, urge procurar solução, indicando novo rumo para o legislador. Tem havido casos, em segunda instância, em que os desembargadores fulminam a sentença, afastam o laudo e se vêem forçados a fazer cálculos, a procurar nos autos documentos com o preço de transações em áreas próximas à desaproprianda, buscando pelo bom senso suprir as lacunas criadas pelo mau comportamento dos técnicos. Assim mesmo, sujeitam-se os magistrados a consultar fontes adulteradas, falsas, pois é sabido que certas transações são simuladas quando se desencadeia uma desapropriação, preparando o terreno para futuras aplicações distorcidas do método pretensamente comparativo.

Avaliar é tarefa de especialista e não do juiz. Esse deve zelar para evitar desvios. Se a 'opinio communis omnium' diz que tal área vale cem, nenhuma fórmula matemática poderá convencer o julgador de que seu valor é mil. A ciência deve correr rente aos fatos, à realidade. Há limites que o bom senso deve estabelecer. Por isso o poder conferido ao juiz pelo art. 436 do CPC.

O caminho da indicação ou nomeação de um perito e assistentes para cada caso concreto atomiza a busca de soluções, tira-lhe a solidez. Tome-se como parâmetro o chamado controle externo, em Direito Administrativo, onde o Poder Legislativo julga as contas do Executivo através de um Tribunal criado especificamente para tanto. Seria desejável a criação de um órgão próprio para as avaliações, marcado pela presunção de legitimidade dos atos dos administradores, com uma parcela de poder delegado, com uma imagem pública de respeitabilidade, levando o Judiciário a se socorrer dele serenamente, sem qualquer suspeita. A desapropriação deixaria de aparecer como uma incógnita, desapareceria a angústia das partes ante as eternas indagações: "Quem será o perito? O que farão os assistentes? Quem vencerá a luta?"

Sistema semelhante ao brasileiro era o adotado na Argentina, através da Lei n.º 189, de 1866. Com a nova lei das desapropriações, de n.º 13.264, foi o mesmo abandonado, criando-se um Tribunal de Avaliações. Trata-se de um colegiado composto de cinco representantes de organismos fiscais do Estado e cinco de entidades particulares, todos escolhidos mediante critério rigoroso. Cada parte pode indicar um representante, que atuará com direito a voto. Faz-se um trabalho preparatório que é submetido aos representantes de partes. Estes opinam, podem acrescentar elemen-

tos à perícia prévia que submeteram à Corte, reunindo-se a mesma para elaborar um laudo final e submetê-lo a votação. Pode o juiz, fundamentadamente e em casos excepcionais, afastar-se do mesmo.

A experiência do Tribunal de Avaliações tem sido exitosa. Notícias o professor DANTE GUERREIRO que em geral a margem de discordância dos membros é ínfima, sendo comum os provenientes da Administração Pública votarem com o representante do expropriado e os membros particulares se inclinarem pelo ponto de vista do representante do autor. Na maior parte dos casos o valor final da indenização é obtido por votação unânime, acatando-o simplesmente a justiça. Sugere ainda esse autor seja dito Tribunal integrado por um defensor de ofício, profissional especializado, para representar desapropriados pobres ou que morem em lugares distantes e não tenham meios para se deslocar até o lugar do julgamento. Essas posições são apresentadas num Curso Avançado de Avaliação proferido pelo professor mencionado na Argentina.

Dada a relevância econômica do problema das desapropriações e os graves defeitos que a legislação brasileira traz na matéria, seria interessante a formação de um grupo de estudos para introduzir modificação saudável como essa do modelo argentino ao criar-se um Tribunal de Avaliações. As mudanças deveriam ser introduzidas na Lei das Desapropriações, cujo anteprojeto vem recebendo sugestões em nosso país. Tratando-se de uma república federativa, cada Estado-membro deveria ser dotado de um Tribunal.

Porto Alegre, 1.º de outubro de 1982

O DECRETO-LEI NO DIREITO BRASILEIRO

J. CRETELLA JÚNIOR
Professor Titular de Direito Administrativo na Fa-
culdade de Direito da Universidade de São Paulo

Síntese: 1. Introdução. 2. A expressão decreto-lei. 3. Abrangência. 4. Motivo da criação do "decreto-lei". 5. Em 1967, o decreto-lei. 6. Em 1969, o decreto-lei. 7. Regime jurídico do decreto-lei. 8. Matéria do decreto-lei, na prática. 9. Pressupostos do decreto-lei. 10. Validade dos atos praticados. 11. Colocação francesa e italiana. 12. Conclusões.

1. Introdução.

Falta ainda, no campo da doutrina brasileira, estudo sereno, objetivo, desapassionado que estudasse o decreto-lei, em seus aspectos mais relevantes, mostrando-o, primeiro, como figura de exceção, em que se apresenta como "lei material", de responsabilidade exclusiva do Presidente da República, depois, como figura normal, em que se apresenta como "lei formal", de cujo processo de formação participa necessariamente o Congresso, manifestando-se ou deixando de manifestar-se a respeito.

Nas três últimas décadas, a expressão *decreto-lei* tem sido usada com grande frequência, no direito público brasileiro, designando, pelo menos, três institutos diferentes, não só quanto à abrangência, como também quanto aos efeitos irradiados.

As Constituições de 1891, de 1934 e de 1946 não cogitam do *decreto-lei*, ao contrário das Constituições de 1937, de 1967 e de 1969, que agasalham o instituto entre seus dispositivos.

A figura do *decreto-lei*, importada no direito francês e italiano, somente foi utilizada, entre nós, em períodos de exceção, sempre que o Poder Executivo desempenhou, em maior ou menor grau, a função legislativa.

Em épocas excepcionais, como em 1930, até o *decreto*, ato administrativo inconfundível, legitimou a instituição do Governo Provisório, permitindo-lhe exercer "discricionariamente" (aliás, "arbitrariamente", empregando o vocábulo em sentido rigoroso e técnico), em toda a sua plenitude, as funções e atribuições do Poder Legislativo, até que a Assembléia Constituinte, eleita, estabelecesse a reorganiza-

ção do país (Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930). Assim dispunha aquele ato administrativo: "Os atos do Governo Provisório constarão de *decretos* expedidos pelo Chefe do mesmo Governo e subscritos pelo Ministro respectivo" (art. 1 do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930).

Desse modo, o Governo Provisório de 1930 foi instituído "por decreto", ato administrativo por ele mesmo editado, medida que lhe facultou a possibilidade de promulgar leis! Em suma, mero ato administrativo, "que é muito menos", credenciou o Governo de 1930 a legislar, "que é muito mais", mediante *decreto*. Ato administrativo referendou o Governo a inovar na ordem jurídica "por decreto". Depois de 1930, surge o *decreto-lei*. Em 1937, o *decreto-lei* imperou durante quinze anos.

Escrevendo, em plena ditadura de Vargas, quando era absoluto o domínio do *decreto-lei*, salientava J. Rodrigues Vales que, "no período de regressão, desaparece a diferença entre *lei formal* e *lei material*. Os Parlamentos, a Constituição, as leis formais e materiais são substituídos pela vontade do Chefe. Agora que as ditaduras preponderam, agora que a humanidade se encontra na sua velhice, manifestam-se profundas semelhanças com sua infância e, de novo, como remotamente, impera um só Chefe que encarna todas as atividades do Estado" (*Curso de direito administrativo*, 1940, pág. 63).

2. A expressão decreto-lei

À primeira vista a expressão *decreto-lei* choca o leitor, confundindo-o, porque "decreto" é ato administrativo, editado pelo Executivo, ao passo que "lei" é ato legislativo, editado pelo Legislativo, pelo que a reunião de dois vocábulos que designam medidas de força e caráter diversos, provenientes de fontes inconfundíveis, configura idéia antinômica, verdadeira "contradictio in terminis".

Na realidade, "o ato que modifica a *lei* continua a ser, formalmente, ato do Executivo, submetido desde então ao controle do juiz, mas, do ponto de vista de sua autoridade, assume os característicos de *lei*. Eis por que a prática lhe dá o nome de "*decreto-lei*" (Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 58).

Entretanto, aceitando-se a denominação, já tradicional em nosso direito e no direito universal, tendo-se incorporado à terminologia técnica do direito público, administrativo e constitucional, depois de importada de outros direitos europeus, notadamente do direito francês e do direito italiano, nada impede que se conceitue, numa primeira colocação, o *decreto-lei*, como a lei material, editada pelo Poder Executivo. Decreto-lei é decreto com força de lei. Trata-se de "típico ato normativo primário e geral" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 11ª ed., 1982, pág. 208 e *Do processo legislativo*, 1968, págs. 153 e 169).

Assim definidos, "os decretos-leis não se confundem com os decretos expedidos para a fiel execução das leis. Em relação a estes, o Presidente da República age

como Poder Executivo, não se afastando das normas estatuídas pelo Poder Legislativo, ao passo que, quando expede decretos-leis, age com ampla liberdade de ação, isto é, como se fora o próprio Poder Legislativo, salvo em se tratando de decretos-leis expedidos em virtude de autorização legislativa, caso em que terá de observar as condições e limites nela estabelecidos" (Araújo Castro, *A Constituição de 1937*, ed. de 1938, pág. 184).

Escrevendo em 1937, Araújo Castro distingue, de modo preciso, neste trecho, três situações que podem ser vistas até hoje: 1ª) regulamentos, veiculados por decreto, cuja expedição cabe normalmente ao Chefe do Executivo; 2ª) decretos-leis com ampla liberdade de ação do expedidor, casos em que o Chefe do Executivo usurpa a competência do Poder Legislativo, editando lei material (regime de 1937); 3ª) decretos-leis editados com autorização legislativa e, pois, com menor liberdade de ação, em decorrência dos limites e condições estabelecidos na Constituição, hipótese que configura a lei formal, pois dela participam dois poderes (regime de 1967-1969).

3. Abrangência

Por influência do direito italiano, o *decreto-lei* surgiu, no direito brasileiro, por via constitucional, se bem que a Constituição de 1937, que o prestigiou, tivesse sido "outorgada" e não "votada" por nenhum poder constituinte.

"Num primeiro sentido, *decreto-lei* é o ato pelo qual o Chefe do Poder Executivo legisla em virtude de delegação do Congresso, como ocorre nos países de Constituição flexível, do que era exemplo a Itália, antes do regime facista. Naquela época, o Rei, em determinadas matérias, podia editar atos, que eram *decretos*, porque emanavam do Executivo, ao mesmo tempo que eram *leis*, visto que envolviam declaração de direito" (cf. nosso *Tratado de direito administrativo*, 1966, vol. II, pág. 141).

Apresentam a mesma eficácia das leis formais, mas não o são, os *decretos-leis* editados pelo Rei em casos de urgência e de necessidade os quais, diversamente dos decretos legislativos, devem ser enviados ao Parlamento para que se convertam em lei (cf. Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 34).

Tal atribuição extraordinária do Poder Legislativo é expressamente outorgada ao Governo por Constituições de Estados de tipo autoritário (cf. Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, 3ª ed., 1949, vol. I, pág. 50).

No Brasil, a Carta de 10 de novembro de 1937 deixa perplexo o leitor, em decorrência do que dispõem os artigos 13 ("O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: modificações à Consti-

tuição; legislação eleitoral, orçamento, impostos, instituição de monopólios, moeda, empréstimos públicos, alienação e oneração de bens imóveis da União") e 180 ("Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União"). Sendo incompatíveis os artigos 13 e 180, pergunta-se: em 1937, podia o Presidente da República expedir decretos-leis sobre toda e qualquer matéria de competência exclusiva da União? E onde ficariam as exceções, previstas no art. 13? Poderia, em 1937, o Presidente da República, por exemplo, modificar a Constituição, fundado no art. 180, se, pelo artigo 13, letra "a", tal providência lhe era interdita?

Pois bem, esquecido totalmente o art. 13, mas com base no art. 180, a mesma Constituição de 1937 foi emendada, em 16 de maio de 1938 (Lei Constitucional nº 1 e 2), em 18 de setembro de 1940 (Lei Constitucional nº 3), em 20 de setembro de 1940 (Lei Constitucional nº 4), e assim por diante. Todas essas emendas foram fundamentadas no art. 180 da Carta de 1937, precedidas da seguinte expressão: "o Presidente da República DECRETA". Essas leis Constitucionais são, portanto, *decretos-leis*.

O alcance do decreto-lei, durante a vigência da Constituição de 1937, foi, assim, total, sem restrições, já que o art. 13 se tornara letra morta, prevalecendo, tão só, o art. 180, de alcance ilimitado. Com fundamento no art. 180 é que o Chefe do Poder Executivo, em 1937, passou a legislar sobre toda matéria de competência da União, usurpando 100% das funções do Congresso, exagerando de tal modo suas atribuições que, em 26 de dezembro de 1939, editou o decreto-lei nº 1.907, relativo à herança jacente, restringindo o conceito de lateral sucessível, reduzindo-o do sexto para o segundo grau apenas (artigo 1.612 do CC) e, o que foi pior, dando ao ato efeito retroativo, alcançando os processos em curso e, de modo especial, a sucessão do milionário Paul Louis Joseph Deleuse, aberta meses antes da promulgação do ato do Executivo e, portanto, ato jurídico perfeito.

Em 1946, a figura do *decreto-lei* foi abandonada, prevalecendo o regime de legalidade. A declaração solene da norma jurídica pelo poder competente ficou a cargo do Poder Legislativo.

Em 24 de janeiro de 1967, foi restabelecida, no direito brasileiro, a figura do "decreto com força de lei", expedido pelo Presidente da República, desde que preenchidos alguns requisitos, fixados pela Constituição, a saber, casos de urgência ou de interesse público relevante, verificado o pressuposto da inoccorrência de aumento de despesa. Além disso, a matéria também foi limitada à segurança nacional e às finanças públicas (art. 58, I e II).

Em 17 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional nº 1, no art. 55, conservou, no texto, a expressão "decreto-lei", reiterando, com pequenas modificações, a orientação do texto emendado.

4. Motivo da criação do "decreto-lei"

Inúmeras vezes, em períodos anormais e durante lapsos de tempo bastante breves, o legislador não está em condições de cumprir inteiramente a tarefa específica que lhe é peculiar. A freqüente intervenção do Estado exige maior produção legislativa, mas o formalismo, característico do processo parlamentar, não permite atender a tais exigências. Se, por um lado, urge rápidas soluções, por outro lado, a ação do legislador é lenta.

Acresce que as providências a serem tomadas expõem os autores à impopularidade, em razão dos sacrifícios impostos ao povo. Os parlamentares não querem perder o apoio popular, fazendo leis que irrite o eleitorado, razão por que, aos poucos, vai surgindo técnica nova, a das "leis de plenos poderes", medida pela qual o Parlamento transfere ao Executivo a possibilidade de efetuar modificações sociais, mediante o emprego da via regulamentar.

Deixando de lado, na França, o período de 1940 a 1946 (regime de Vichy e governo provisório da República), em que a função legislativa é absorvida totalmente pelo Executivo, a função de governar por meio de decreto-lei só se concretiza, em rápidos períodos, para atender a soluções de emergência e, assim mesmo sob controle do Legislativo (cf. Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 57).

Em síntese, o *decreto-lei* surge em períodos de crise, por exceção, quando medidas urgentes precisam ser tomadas pelo Executivo, já que o Legislativo não pretende expor-se a iniciativas impopulares, nem conseguiria de modo rápido fazer leis de emergência, por causa da lentidão com que se exerce a atividade legislativa.

5. Em 1967, o decreto-lei

O governo revolucionário de 1964, por duas vezes, inseriu, no direito positivo de exceção, o decreto-lei, entre nós, antes de 1967 (ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, art. 30 e ato institucional nº 4 de 7 de dezembro de 1966, art. 9º), mas normalmente a medida deveria incidir sobre "matéria de segurança nacional" (art. 30 do ato nº 2 e 9º do ato nº 4) e excepcionalmente, durante períodos de convocação extraordinária do Congresso Nacional, sobre "matéria financeira" (art. 9º, § 1º). Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária, poderiam ser baixados decretos-leis sobre "matéria administrativa e financeira" (art. 9º, § 2º do ato nº 4).

No regime da Constituição de 1967, duas causas e uma condição se erigem como pressupostos para a expedição de "decreto com força de lei", o qual incidirá apenas sobre duas matérias — a "segurança nacional" e as "finanças públicas". As causas determinantes da medida, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, são a "urgência" e o "interesse público relevante". A condição requerida é a de que não haja "aumento de despesa". Além da "causa" e da "condição", existe ainda a "matéria" do decreto-lei.

Quem é que decide se ocorre "urgência" ou "interesse público relevante"? Em primeiro lugar, o Presidente da República, ao expedir o decreto-lei. Em segundo lugar, o Congresso Nacional, ao aprová-lo ou rejeitá-lo. Nos dois casos, com base no poder discricionário: poder discricionário do Executivo e poder discricionário do Legislativo. Na hipótese do silêncio deste último, ocorre a aprovação tácita, também discricionária.

O Poder Judiciário, solicitado a pronunciar-se, não pode apreciar nem o fundamento da expedição do ato nem a posterior aprovação ou rejeição da medida pelo Congresso. A avaliação do "urgente" e a avaliação do "relevante" são expressas em "juízos de valor" ou "juízos axiológicos", ao sabor do poder discricionário da fonte editora, insuscetíveis, portanto, de revisão judicial, mas o conceito de *segurança nacional* tem limites específicos, determinados pela própria Constituição Federal de 1967 (artigos 89 e 91), pelo que é inconstitucional a interpretação ampla da expressão "segurança nacional", como algo plástico, fluído, fixado pelo Executivo, ao decretar a medida, ou pelo Congresso, desfazendo-a, ou por ambos, o primeiro fazendo e o segundo concordando, no uso do poder discricionário, que lhes é afeto, no caso.

"Segurança nacional", em país de Constituição rígida, como o nosso, é o que se coaduna com dispositivos específicos do próprio texto constitucional, em enumeração casuística, taxativa, e nunca o que o Chefe do Executivo e o Congresso Nacional resolvem rotular, em dado momento, como tal, a seu talante.

Em 23 de agosto de 1967, o STF teve ocasião de julgar importante recurso extraordinário, interposto contra decisão do Tribunal do Estado da Guanabara, em simples caso de ação ordinária de rescisão de contrato de locação comercial de aluguel por falta de pagamento. A sentença de primeiro grau deferiu a emenda da mora, julgando extinta a ação. Em grau de apelação, o decisório fora confirmado. O recorrido locatário depositara os aluguéis extemporaneamente. Os acórdãos da apelação e embargos entenderam que a emenda deveria ser cumprida até a contestação, mas o engano do magistrado, dando dilação maior, constituía obstáculo judicial, pelo que recorreu a locadora, invocando a letra "e", bem como divergência e ofensa à Súmula 123.

O relator do feito, no STF, levanta o problema da constitucionalidade do Decreto-Lei 322, de 7 de abril de 1967, concluindo depois o Tribunal Pleno que "no conceito de segurança nacional não se inclui assunto miúdo de direito privado, tal como a purgação da mora nas locações" (cf. STF, em RDA, 94:169).

Se o decreto-lei não se apresenta sob forma prescrita pela Constituição ou não é expedido pelos órgãos competentes para editá-lo, ou não obedece, na elaboração, ao rito legislativo constitucionalmente previsto, ou, ainda, se incide sobre matéria reservada à lei, simplesmente tal decreto-lei inexistente, não entra no mundo jurídico. Declarado inconstitucional - e não nulo - pelo Judiciário, deve o decreto-lei, assim

tratado, ser considerado, para todos os efeitos, como jamais tendo existido e, por consequência, como nunca ter possuído eficácia jurídica, sendo esse tipo de inconstitucionalidade suscetível de apreciação e revisão judicial.

Falta, assim, ao Presidente da República e ao Congresso Nacional competência para expedir decreto-lei sobre qualquer matéria privativa, da União, em assuntos perfeitamente enumerados no artigo 8º, XVII, "a" a "v", pois o único veículo, para tanto adequado, é a lei.

Todo *decreto-lei* que usurpe o campo estrito, reservado à lei, é inconstitucional, primeiro pela "matéria", depois pelo "processo legislativo" que é diferente daquele seguido pela lei.

Se sob a rotulação de "segurança nacional" estiver, de fato, inscrita matéria pura de direito civil, comercial, penal, eleitoral, agrária, serviço postal, caça, pesca, o decreto-lei é inconstitucional, porque tais matérias só podem ser objeto de lei, jamais de *decreto-lei*.

Ao contrário, pode acontecer que, em certas ocasiões anômalas, algumas ou todas essas matérias possam envolver *segurança nacional*, como ocorreu certa ocasião com o decreto-lei nº 1.075, de 22 de janeiro de 1970, cuja matéria (desapropriação) é objeto, normalmente, de lei da União (art. 8º, XVII, letra "f") e não de *decreto-lei*.

Com efeito, quem legisla sobre desapropriação é a União (Presidente e Congresso), segundo processo legislativo normal, próprio e inconfundível, ao passo que quem legisla sobre matéria de *segurança nacional* é o Executivo e o Legislativo federais, mas seguindo outro rito (art. 55, I a III e §5).

"Desapropriação", em si e por si, é uma coisa. "Desapropriação, envolvendo, realmente, segurança nacional", é outra coisa.

A "purgação de mora, na locação" também não se inscreve normalmente como caso de "segurança nacional", mas como assunto de direito civil (ou de processo civil), sendo inconstitucional o decreto-lei, expedido sobre essa matéria, porque legislar sobre direito privado é da competência da União (artigo 8º, XVII, "b"). No caso, o Presidente legislou sobre direito civil, matéria que a Constituição reservou à lei. Logo, é inconstitucional o *decreto-lei* que, visando embora a "segurança nacional", à primeira vista, na realidade, regula matéria civil, penal, processual.

Poder-se-ia perguntar: *ratione materiae*, o decreto-lei é inconstitucional ou nulo, caso incida sobre substância reservada à lei? Resposta: é inconstitucional ou é inexistente. E não nulo.

Por outro lado, no exemplo citado, de modo algum o *decreto-lei* poderia ter tido efeito retroativo, pois qualquer medida do Estado, venha de onde vier, "não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada" (art. 150, § 3º da C.F. de 1967 e art. 153, § 3º da EMENDA").

Assim como, no procedimento expropriatório, o Poder Judiciário não pode apreciar a *urgência* do decreto ou a *utilidade pública*, mas pode verificar se a declaração se enquadra num dos casos enumerados, casuisticamente, na lei, não podendo o Executivo extrapolar e invocar hipótese nova, também na edição do decreto-lei o Poder Executivo não pode rotular de "segurança nacional" aquilo que a própria Constituição reserva à lei. Aquilo que era possível em 1937, conforme o art. 180 da Carta (e não conforme o art. 13 da mesma Carta), em 1967 é inconstitucional, segundo as próprias barreiras levantadas pela Constituição.

Em suma, na sistemática da Constituição de 1967, é inconstitucional o decreto-lei que incide sobre matéria reservada à lei. Se o decreto-lei invadir área destinada a *reserva legal*, o Judiciário, solicitado a manifestar-se, deverá decretar-lhe a inconstitucionalidade.

Ainda no regime constitucional de 1967, publicado o texto do decreto-lei, terá ele *vigência* imediata. Talvez o legislador tenha pensado em *eficácia* e não em *vigência*. A *eficácia* permanente do decreto-lei depende da aprovação do Congresso Nacional. E se o Congresso rejeitar o decreto-lei?

Embora a Constituição de 1967 seja omissa a respeito, falha corrigida pela Emenda de 1969, art. 55, § 2º, pode-se interpretar o texto, dizendo-se que, exceto nas hipóteses de rejeição por nulidade e por inconstitucionalidade, os atos praticados antes da rejeição pura e simples permanecem, ou seja, a rejeição opera *ex nunc*, para o futuro e não *ex tunc*, retroativamente.

6. Em 1969, o decreto-lei.

Em 1969, a emenda Constitucional n.º 1 trouxe algumas modificações no regime jurídico do decreto-lei.

Além da "segurança nacional" e das "finanças públicas", o texto emendado incluiu "normas tributárias", "criação de cargos públicos" e "fixação de vencimentos".

Ao "caput" do artigo foi acrescentado mais um parágrafo: "A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência". No direito italiano, no art. 77 da Constituição diz exatamente o contrário: os decretos-leis perdem a eficácia, desde o início, se não forem convertidos em lei, dentro de sessenta dias de sua publicação.

Rejeitado, pois, no Brasil, o *decreto-lei* pelo Congresso Nacional, a descontinuação de sua eficácia e *ex nunc* (= para o futuro) e não *ex tunc* (= a partir de), retroativamente.

Assim, todos os atos editados durante a vigência do decreto-lei, antes de rejeição pelo Congresso, valem até o instante exato da desapropriação por aquele Colegiado, exceto, segundo alguns doutrinadores, no caso de "rejeição por inconstitucionalidade", quando é de rigor a desconstituição *ex tunc*, retroativa, porque violada a Constituição (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, 2ª ed., 1977, vol. 2º, pág. 43). Sustentava Pontes de Miranda que, "se o Congresso Nacional, dentro de sessenta dias, rejeita o decreto-lei (desaprova o decreto-lei), a descontinuação da eficácia é *ex tunc* e não *ex nunc* (*Comentários à Constituição de 1967*, vol. III, pág. 158 e *Comentários à Constituição de 1969*, vol. III, pág. 161). No caso, o "fundamento da rejeição" é importante, porque esta pode ser baseada na "inconstitucionalidade" ou em outro qualquer "motivo jurídico".

A nosso ver, no regime da Carta de 1967, o dispositivo constitucional poderia ser diversamente interpretado, dando, como conseqüência, por exemplo, as colocações opostas de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e de Pontes de Miranda, mas com o acréscimo do parágrafo ("A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência"), na Emenda de 1969, não há mais dúvida alguma: os atos praticados durante a vigência do decreto-lei perdurarão, seja qual for o motivo da rejeição mesmo a inconstitucionalidade.

7. Regime jurídico do decreto-lei

No direito administrativo brasileiro atual, com base na história, no direito comparado, no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência, o regime jurídico do decreto-lei pode ser delineado em suas linhas mestras, cumprindo assinalar, a respeito, as seguintes conotações: a) natureza jurídica; b) fonte editora; c) fonte controladora; d) matéria sobre que versa; e) causas determinantes; f) condição; g) aprovação; h) rejeição; i) emenda; j) inércia do Legislativo; l) vigência e eficácia; m) atos praticados durante sua vigência.

A *natureza jurídica* do decreto-lei decorre de sua definição, que o caracteriza, hibridamente, como "decreto com força de lei", o que é estranho no mundo jurídico, porque se o ato administrativo é equivalente à lei, deixa de ser "ato administrativo" para ser "ato legislativo", embora oriundo de outro Poder. Adotando a classificação do decreto-lei, feita pelo administrativista francês Roger Bonnard, em "decreto-lei elaborado em período ditatorial" e "decreto-lei elaborado em período normal", quando o Parlamento, mediante ratificação, participa da feitura do ato (cf. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1935, pág. 258), podemos nessa mesma colocação, dizer que, no Brasil, em 1937, quando o Congresso estava fechado, a natureza do decreto-lei era a de "lei material", mas em 1967 e em 1969, "a ratifica-

ção pelo Parlamento faz do decreto-lei ato legislativo do ponto de vista orgânico (La ratification en fait des decrets-lois soit des actes législatives au point de vue organique). Trata-se de decreto-lei pela ratificação parlamentar" (cf. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1935, pág. 258). Em síntese, o decreto-lei, em 1937, era mera lei material, da responsabilidade do Chefe do Executivo da União (artigos 13 e 180 da Carta); em 1967 (art. 58, § único) e em 1969 (art. 55, §§ 1º e 2º), o Congresso Nacional participa do processo de formação do decreto-lei, ratificando-o ou rejeitando-o, pelo que estamos diante de lei formal, elaborada mediante processo legislativo e prescrito na Carta Magna, cujos dispositivos limitam a iniciativa do chefe do Executivo.

A fonte editora do decreto-lei, em período ditatorial, é o Poder Executivo, que, sozinho, toma a iniciativa da medida e lhe dá existência, sem a participação de outro Poder; em períodos de funcionamento do Congresso, a iniciativa do decreto-lei é ainda do Executivo, mas a perfeição do ato depende do pronunciamento parlamentar que o ratifica ou rejeita, ou seja, o processo legislativo seguido pelo decreto-lei é da responsabilidade de dois poderes.

A fonte controladora do decreto-lei, em período ditatoriais, é nenhuma, mas, em outros períodos, é o Poder Legislativo, que examina a oportunidade e a conveniência da medida, no exercício de seu poder discricionário, como também pode examinar-lhe a legalidade, a constitucionalidade, o abuso, excesso ou desvio de poder. Examinando a oportunidade e conveniência do ato editado pelo Poder Executivo, o Poder Legislativo pode rejeitar a medida, sem motivar a rejeição. Apreciando a constitucionalidade, o Congresso rejeitará a iniciativa do Presidente, por inconstitucional. Neste caso, a rejeição deverá ser motivada, assinalando-se que, *ratione materiae*, o decreto-lei é inconstitucional quer porque a causa apontada, na justificativa, não possibilita a medida, por não configurar nenhuma das hipóteses do art. 55, I, II ou III, quer porque conflita com o que preceitua o art. 153, § 3º (direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada). Se o Poder Legislativo nada disser a respeito, o decreto-lei passa a ter eficácia, mas ainda pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, se contiver vício de inconstitucionalidade. Argüida a inconstitucionalidade do decreto-lei, o Supremo Tribunal Federal pronuncia-se a respeito (EC nº 1, de 1969, art. 119, I, "i" ou "l" ou III, "a") e, declarada nula a medida, por decisão definitiva, o Senado lhe suspenderá a execução (art. 42, VII da EC nº 1 de 1969).

A matéria sobre que versa o decreto-lei variou, nestes últimos anos, no direito brasileiro. "Matéria" é "objeto", "área de incidência" e não "pressuposto" para edição de ato.

Antes de 1967, o decreto-lei, no regime dos atos institucionais, posteriores à revolução de 1964 (atos 2 e 4), incidia sobre "segurança nacional", "matéria financeira" ou "matéria administrativa"; em 1967, sobre "segurança nacional" e "finanças públicas"; em 1969, passou a ter maior abrangência, incidindo sobre "segurança nacional", "finanças públicas", inclusive "normas tributárias", bem como sobre "criação de cargos públicos" e "fixação de vencimentos".

As causas determinantes da expedição do decreto-lei são a "urgência" ou o "interesse público relevante", hipóteses valoradas pelo Chefe do Executivo e pelo Congresso Nacional, no exercício do poder discricionário, de que ambos são detentores.

A condição, ou seja, "aquilo sem o que algo não seria ou ocorreria", é o "não aumento de despesa". Se houver aumento de despesa, a causa determinante, ou seja, "aquilo em decorrência do que algo é ou acontece", deixa de atuar, porque a condição está ausente.

A aprovação pelo Congresso do decreto-lei, editado pelo Poder Executivo, é elemento indispensável para o aperfeiçoamento do ato, motivo por que se pode considerar o decreto-lei como "ato complexo", que depende da manifestação de duas autoridades, uma singular, outra coletiva. A aprovação é expressa, ou tácita. A aprovação tácita verifica-se dentro de sessenta dias, a partir do momento da expedição do ato.

A rejeição do decreto-lei deverá ser total, em bloco, não podendo o Congresso Nacional emendá-lo. A inércia do Legislativo, portanto, é considerada como aprovação tácita.

Em nosso livro *Relação entre vigência e eficácia no direito positivo*, São Paulo, RT, 1951, mostramos a "vigência" como o período de tempo, no qual lei ou ato se encontram em vigor, e a "eficácia", como a execução do ato na prática, a repercussão no meio social em que ele atua. Pois bem, no texto, há impropriedade técnica, porque o legislador de 1969 empregou "vigência", quando pretendeu dizer "eficácia", o que se percebe pelo confronto entre o que está no parágrafo 1º e o que se lê no parágrafo 2º. Com efeito, se a própria Constituição determina que a "rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência", isto significa, sem a menor dúvida, que o decreto-lei é auto-aplicável, ou seja, que passa a produzir efeitos no mundo jurídico, assim que publicado o texto.

Os atos praticados durante a vigência do decreto-lei são válidos e eficazes, mesmo que o texto seja posteriormente rejeitado pelo Congresso Nacional, exceto em caso de inconstitucionalidade. Assim, se o decreto-lei for rejeitado imotivadamente 59 dias após a expedição, durante todo esse tempo é considerado válido e eficaz, gerando atos jurídicos perfeitos, o que, na sistemática da Constituição (art. 153, § 3º), investe seus beneficiários em situações imutáveis, bem como, ao contrário, impede os prejudicados pela medida de recorrerem ao Judiciário.

8. Matéria do decreto-lei, na prática.

"Segurança nacional" — eis a matéria, o conteúdo, a substância que, no Brasil, informou primordialmente a edição do decreto-lei. Como o conceito de "segurança nacional" é plástico, a própria Constituição o autolimita. Note-se, porém, que

"matéria" não se confunde com "pressuposto", porque o "pressuposto" do decreto-lei é a "urgência" ou o "interesse público relevante", como deixamos acentuado no parágrafo quinto deste artigo. Se a matéria, rotulada de "segurança nacional", for de outra índole, o decreto-lei é inconstitucional, ou, segundo outros, inexistente. Não chega a entrar no mundo jurídico. Se inexistente, não será aprovado, pois o Congresso Nacional não pode dar seu "placet" a um "ato sem objeto".

Verificados, pois, os dois pressupostos, ou mesmo um só deles, "urgência" ou "interesse público relevante", está o Chefe do Executivo da União apto a editar decreto-lei sobre "segurança nacional" — uma das matérias sobre a qual aquela competência pode exercer-se.

Em determinadas circunstâncias, a exigência de "segurança nacional" pode implicar o "interesse público relevante" ou a "urgência", mas a primeira, que é "matéria" não se confunde com os segundos, que se inscrevem como "pressupostos".

"Finanças públicas", "normas tributárias", "criação de cargos" e "fixação de vencimentos" — eis as outras matérias que, ao lado da "segurança nacional", estão capituladas, na Constituição, como passíveis de incidência do decreto-lei presidencial.

No Brasil, o decreto-lei que tratar de "direito administrativo" (decreto-lei 321, que trata de promoções), de "direito civil" (decreto-lei que trata de aluguéis), ou de qualquer outra matéria não delimitada pela Constituição, é decreto-lei inconstitucional ou inexistente, por defeito de objeto. Assim, decreto-lei que tratar de criação ou majoração de tributo (matéria que cabe à lei ordinária) é inconstitucional, por ferir o princípio da legalidade estrita. Assim, o decreto-lei 1.940, de 1982, que instituiu o FINSOCIAL, aumentando a receita e despesa públicas, conflita com a Constituição. É inconstitucional.

9. Pressupostos do decreto-lei

Já dissemos, também no parágrafo quinto, que "pressuposto" não se confunde com "matéria", pois "pressuposto" é "condição" *sine qua non* para expedição do decreto-lei. Ora, os "pressupostos" para tanto são a "urgência" e o "interesse público relevante".

Mesmo que a "matéria de incidência", que a Constituição fixa, esteja presente, o Poder Executivo ficará inerte, por falta de requisito essencial para o exercício de competência, ou seja, por inoccorrência de pressuposto.

No Brasil, por exemplo, não se demonstrou ou não se configurou o pressuposto de urgência, entre outros, nos seguintes decretos-leis: decreto-lei 323, que trata de imposto de renda; decreto-lei 325, que trata da destinação do produto da arrecadação

de tributo federal; decreto-lei 326, que trata de diferentes matérias, todas estranhas à segurança nacional e às finanças públicas; decreto-lei 330, que trata de matéria ligada à segurança nacional; decretos-leis 332, 333 e 334, que tratam de matéria tributária; decreto-lei 335, que dispõe sobre matéria financeira.

Todos esses decretos-leis são inconstitucionais, por lhes faltar o pressuposto da urgência. Não havendo urgência, deveria o projeto de lei ser enviado ao Congresso Nacional para deliberação da matéria, mas o decreto-lei, nesses casos, em que não houve menção expressa da urgência, e muito menos, motivação, é inconstitucional, por não ocorrer premência de tal grau que impedisse a manifestação do Legislativo sobre a matéria a ele submetida pelo Presidente da República.

O mesmo se pode dizer a respeito do outro pressuposto — o interesse público relevante.

Faltando, pois, um desses requisitos, ou, ambos, o decreto-lei é inconstitucional. Ou, se se quiser, inexistente, por falta de competência para editá-lo, em razão de inoccorrência de pressuposto.

10. Validade dos atos praticados.

Na EC n.º 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 55 § 2º, está prescrito que "a rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência."

Isto significa não somente que o decreto-lei é auto-executável, como também que os atos praticados durante sua vigência também o são, perdurando todos os efeitos de ambos — o do próprio decreto-lei e os dos atos nele fundamentados.

Assim, se o Congresso Nacional rejeitar, em bloco, o texto do decreto-lei, a rejeição só vale para o futuro, isto é, tem eficácia "ex nunc", mas é inócua quanto à eficácia dos atos já praticados que, de modo algum, são afetados de nulidade durante o curto período de vigência que antecedeu a rejeição. Como o A-1, n.º 5 perdurou por mais de uma década, ao lado da EC n.º 1 de 1969, suprimindo, por exemplo, a vitaliciedade, o Chefe do Executivo poderia, *verbigratia*, ter demitido todos os integrantes do STF, fundado em interesse público relevante, invocando para tanto matéria de segurança nacional. Mesmo que alguns dias depois o Congresso Nacional rejeitasse o decreto-lei perdurariam seus efeitos, bem como os dos atos praticados durante sua vigência, com base nele, não obstante a rejeição fosse fundada em inconstitucionalidade, já que a *eficácia* não seria atingida, *ex tunc*, pela repulsa.

11. Colocação francesa e italiana.

Na França, "durante o século XIX, em diversas ocasiões, o mesmo órgão exerceu, de fato, funções de órgão legislativo e de órgão administrativo, editando decre-

tos aos quais se deu o nome de decretos-leis por terem força jurídica de lei. São eles: a) os decretos de Napoleão I, invadindo o domínio dos órgãos legislativos; tais decretos são inconstitucionais. A irregularidade que apresentam é considerada como sanada, na falta de recurso ao Senado, antes de 1814; b) os decretos de Luís Napoleão Bonaparte, incidindo sobre matéria reservada aos órgãos legislativos, no período de 2 de dezembro de 1851 a 29 de março de 1852; c) os decretos sobre matéria, objeto de lei, editados pelo Governo provisório de 1848 e pelo Governo da defesa de 1870-1871" (cf. Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, 9ª ed., 1947, pág. 168).

Roger Bonnard, depois de ressaltar que "os decretos-leis constituem uma categoria especial de regulamentos do Chefe do Estado, que se distinguem dos outros pela natureza e pelo regime" (cf. *Précis de droit administratif*, 1935, pág. 257), passa a classificá-los em "decretos-leis editados em período ditatorial" e "decretos-leis editados em períodos normais" (cf. *Précis de droit administratif*, 1935, pág. 258). A edição dos primeiros ocorre depois de uma Revolução, quando subsiste, tão somente, o Executivo, já que o Parlamento foi dispersado pela ação revolucionária; a edição dos decretos-leis do segundo tipo ocorre em períodos normais, consistindo em regulamentos do Executivo, que tomam este caráter de decreto-lei por receberem ratificação do Parlamento, ao qual ele é ulteriormente submetido. Continuam decretos comuns até a ratificação, isto é, atos administrativos do ponto de vista orgânico. A ratificação transforma os decretos-leis em atos legislativos, do ponto de vista orgânico. São decretos-leis mediante ratificação parlamentar (cf. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1935, pág. 258).

Depois de assinalar as causas determinantes do aparecimento do decreto-lei (produção legislativa intensa, lentidão do legislador, problemas urgentes a serem resolvidos, receio do legislador em tornar-se impopular), Rivero elucida que "em certos intervalos, que se tornam cada vez mais breves, aparece nova técnica, a das leis de plenos poderes, pelas quais o Parlamento confere a um Governo, durante certo lapso de tempo, o poder de realizar, por via regulamentar, todas as modificações das leis em vigor, exigidas pelo restabelecimento da situação. Tal extensão de competência, além de ser outorgada por prazo relativamente curto, é cercada de condições que visam o fim a ser atingido (o que é sempre definido em termos muito amplos), quer o processo a ser seguido, como, por exemplo decretos expedidos pelo Conselho de Ministros, obrigações de submetê-los às Câmaras, para a ratificação, et cetera" (cf. Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 58).

A doutrina italiana é unânime, ao aceitar a figura do decreto-lei (cf. entre outros Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1953, pág. 25, Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, 3ª ed., 1949, vol. I, pág. 49, Arturo Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 34, Aldo Bozzi, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2ª ed., 1966, pág. 238, Landi e Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, 2ª ed., 1963, pág. 37), definindo-a e pondo-lhe em relevo os atributos essenciais, principalmente depois que o artigo 77 da Constituição traçou limites para a edição dessa figura legislativa.

Pelo que dispõe o dispositivo constitucional italiano o Poder Executivo somente pode editar decreto, com valor de lei, com expressa delegação das Câmaras, devendo o ato editado ser providenciado apenas "em casos extraordinários de necessidade e de urgência", acrescentando ainda que tais decretos perdem a eficácia "ex tunc" desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias a partir da publicação.

12. Conclusões.

Observando-se o nascimento e a evolução histórica do instituto (direito comparado diacrônico) e confrontando o resultado com que ocorre na época atual (direito comparado sincrônico); a seguir, analisando o decreto-lei em períodos ditatoriais, quando o decreto-lei é "lei material" de exclusiva responsabilidade do Chefe do Executivo, que usurpa a função legislativa do Congresso; passando depois à observação do que se passa em "períodos não ditatoriais", quando da formação do decreto-lei participam os dois poderes, o Executivo e o Legislativo, hipótese em que estamos diante de "lei formal", cujo processo legislativo está regulado por dispositivos constitucionais, chegamos às seguintes conclusões com que rematamos o presente trabalho:

1. Análise atenta da evolução histórica do decreto-lei, bem como o confronto deste, numa dada época, como o modelo paralelo de outros direitos do mesmo sistema (direito comparado), fornecem elementos indispensáveis para a estruturação e compreensão desta relevante figura jurídica.

2. No estudo do decreto-lei, cumpre considerar as circunstâncias políticas que lhe presidiram a edição, já que, "em períodos ditatoriais" ou "de exceção", a colocação apresenta fundamental diferença, quando posta em confronto com a figura editada "em períodos não ditatoriais" ou "normais".

3. Em 1937, no Brasil, quando o Congresso permaneceu fechado durante quinze anos, o Presidente da República editava decretos-leis sem participação parlamentar, pelo que a natureza jurídica do decreto-lei era, então, a de "lei material", isto é, da responsabilidade exclusiva do Poder Executivo, o qual, normalmente, não legisla.

4. Em 1967 e em 1969, no Brasil, estando o Congresso aberto, o decreto-lei é "lei formal", porque de sua formação participam dois poderes, o Executivo, a quem cabe a iniciativa da medida, e o Legislativo, a quem, a seguir, cabe a participação pelo veto global ao projeto, mediante anuência expressa, ou ainda, mediante participação por inércia ou omissão.

5. No decreto-lei de qualquer modalidade, deve-se levar em conta o início da vigência e a eficácia, consistindo a primeira no "período de tempo em que é editado

pelo Chefe do Executivo", consistindo a segunda na "aptidão para a produção de efeitos concretos insuprimíveis", durante a vigência do ato.

6. No direito italiano, o decreto-lei perde a eficácia desde o início, se não for convertido em lei, dentro de sessenta dias a partir de sua publicação (eficácia "extinct").

7. No direito brasileiro, ao contrário, o decreto-lei perde a eficácia apenas para o futuro, se não for convertido em lei, dentro de sessenta dias, não incidindo a rejeição sobre os atos praticados durante a sua vigência, os quais subsistem.

8. Há dois tipos de eficácia que emergem do decreto-lei, em 1969, uma provisória, outra definitiva. A eficácia definitiva do decreto-lei depende da aprovação da medida pelo Congresso, momento em que a iniciativa do Executivo adquire força de lei ordinária. A eficácia provisória vai desde a edição do ato até a rejeição, já que esta não implica a nulidade dos atos praticados durante sua vigência.

9. Os dispositivos da lei ordinária, cuja eficácia é sobrestada momentaneamente pelo decreto-lei, em vigência, são ripristinados, caso a medida seja rejeitada pelo Congresso.

10. Se o Decreto-lei for rejeitado, tudo se passava, em 1967, como se jamais houvesse entrado no mundo jurídico, mas, em 1969, a eficácia perdura, até o momento da rejeição, não implicando, assim, a nulidade dos atos editados durante sua vigência provisória.

11. A eficácia do Decreto-lei paralisa a eficácia dos dispositivos legais que com o decreto-lei conflitam; se o decreto-lei for aprovado, a revogação dessas normas implica o prolongamento da eficácia provisória; em caso contrário, restaura-se a eficácia das normas anteriores.

O decreto-lei corresponde plenamente, no regime da Constituição de 1967 e de 1969, à definição de lei ordinária. Trata-se de lei formal, porque de sua elaboração participam dois poderes.

13. As matérias para a fixação da competência do Presidente da República para a edição de decretos-leis devem ser precisamente aquelas que se encontram no texto constitucional, porque se trata de competência extraordinária.

14. Não se confundem os "pressupostos" necessários e suficientes para a determinação do Chefe do Executivo para a edição de decretos-leis com as "matérias" objeto da incidência da medida, sendo inexistente (ou nulo) o decreto-lei que os confunda, ferindo a letra e o espírito da Carta Magna, inversão que não encontra amparo nos dispositivos constitucionais.

REELEIÇÃO DOS MEMBROS DA MESA DE CÂMARA MUNICIPAL

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

INTRODUÇÃO.

A reeleição dos membros da Mesa da Câmara Municipal vem causando perplexidade aos vereadores e publicistas, em face do que expressamente dispõe a Constituição Federal vigente, cujos termos são os seguintes:

"Artigo 30 — A cada uma das Câmaras compete elaborar seu regimento interno, dispor sobre sua organização, polícia e provimento de cargos de seus serviços.

Parágrafo único — Observar-se-ão as seguintes normas regimentais:

(...)

f) será de dois anos o mandato para membro da Mesa de qualquer das Câmaras, proibida a reeleição".

Então, surgem questionamentos: esta norma constitucional é cogente para as Câmaras Municipais? Ou os Municípios têm legitimidade para dispor diferentemente sobre esta matéria?

Seria esta norma um "princípio" constitucional, de inafastável obediência pelo Município?

Qual é o tratamento legislativo das Mesas de Câmaras Municipais vigente no País?

Essa tese busca resposta às indagações acima.

Tese apresentada ao IX Encontro Nacional de Procuradores Municipais, em Porto Alegre, em janeiro de 1983, aprovada por unanimidade.

1. O ARTIGO 30, ITEM F DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1.1. — Há cogência para o Município?

O intérprete tem de examinar o preceito (que, no caso, é o item f, do artigo 30) como parte integrante do todo (que é o sistema constitucional), ou seja, o próprio contexto normativo de que é parte integrante o preceito.

Assim, verifica-se que o preceito em exame (artigo 30, item f) pertence ao Capítulo VI da Constituição, que normatiza a respeito "Do Poder Legislativo" da União.

Quando o artigo 30 refere "A cada uma das Câmaras compete elaborar seu regimento interno (...)", e no parágrafo único deste mesmo artigo há a cogência constitucional de algumas normas regimentais, há de se entender pelo contexto constitucional, que elas se dirigem às Câmaras federais, que no bicameralismo se "dividem" em Câmara Baixa (a Câmara dos Deputados) e em Câmara Alta (o Senado Federal). Simplesmente, porque "o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" (artigo 27, Constituição).

Ora, aquela expressão "A cada uma das Câmaras" (no artigo 30) não alcança Câmaras de Vereadores!

Sinale-se que essa expressão "A cada uma das Câmaras" (inserida no artigo 30), também aparece no artigo 29, § 4º (quando trata das sessões preparatórias, no primeiro ano da legislatura, para posse dos membros do Legislativo federal, e eleição das respectivas Mesas), no artigo 31 (que trata do quorum para deliberação), e ainda se poderia referir o artigo 32, § 2º (onde aquela expressão está um pouco modificada, mas de idêntico sentido: "Se a Câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido" de prévia licença para o parlamentar responder a processo criminal, etc.).

E, em nenhum desses outros dispositivos alguém pensou que seus destinatários fossem Câmaras Municipais!

Por que apenas, então, o artigo 30, parágrafo único, item f, é que alcançaria Câmaras Municipais?

Já sistematicamente, fica demonstrada a sua inaplicabilidade aos órgãos legislativos municipais.

1.2. — Trata-se de um "princípio" constitucional?

Mas alguém poderá sustentar que se trata de norma inserida na Constituição Federal, que é norma de hierarquia legislativa superior, logo, como escreveu o eminente HELY LOPES MEIRELLES (in Direito Municipal Brasileiro, 3. ed., RT, São Paulo, 1977, p. 712), encerra "princípio constitucional de rotatividade", e portanto (por ser "princípio"), seria aplicável às Mesas das Câmaras de Vereadores.

Concessa máxima vênia, pelo fato de haver uma regra expressa na Constituição, ela não se torna um "princípio" que seja cogente para todas as pessoas intrastatais.

Modernamente, entende-se no juspublicismo brasileiro, que há *normas constitucionais de princípio* (são normas que contém ou o esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando sua efetiva criação para a lei complementar ou ordinária, de que é exemplo o artigo 3º: "A criação de Estados e Territórios dependerá de lei complementar"); há *normas constitucionais de princípios gerais*, ou normas-princípio, ou normas fundamentais, de que são exemplo: "O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (artigo 1º, caput, da Constituição Federal); "Todo poder emana do povo, e em seu nome é exercido" (artigo 1º, § 1º, da Constituição); "São poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (artigo 6º); e há *princípios gerais de direito constitucional*, os quais "princípios gerais" são informados de toda a ordem jurídica nacional, como aquelas normas que consagram a isonomia, e legalidade, a irretroatividade das leis, e os princípios de organização partidária (Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, RT, São Paulo, 1968, p. 110/11).

Ora, em momento algum o item f do artigo 30, da Constituição Federal, pode ser apreendido como um "princípio constitucional".

E não sendo "princípio", não há coação legal para que o Município, no caso, através de sua Câmara Municipal, o adote, apenas porque ele consta da Constituição.

2. AUTONOMIA MUNICIPAL

2.1. — Peculiar interesse local

Aliás, em termos de "princípio", esta sim, uma norma constitucional de princípio geral, existe a autonomia municipal, assegurada, genericamente, pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse (Constituição, artigo 15, inciso II).

O princípio constitucional geral, é que a União e os Estados respeitem o peculiar interesse municipal. Sinala-se que "peculiar interesse municipal" não significa o "exclusivo" interesse local.

Há matérias que são de interesse geral (concomitantemente, da União, dos Estados, dos Municípios) como a defesa nacional, o policiamento judiciário, dentre outras; há matérias que são de interesse *predominantemente local*, que ficam na faixa da autonomia local, quer porque não interessam primariamente às demais pessoas jurídicas de direito público interno, quer porque a regulação normativa da matéria ficou na competência exclusiva do Município. E neste último caso,

"Claro que cabe ao Município atender ao seu peculiar interesse, sendo ilícita a interferência da União e do Estado em assuntos da competência exclusiva da Comuna, o que acarretaria lesão à autonomia local".

CRETELLA JR., Direito Municipal, EUD, S. P., 1975, p. 93.

Este há de ser o princípio constitucional pertinente e aplicável: o da autonomia municipal. E não, outro. Porque o que consta no artigo 30, item f, da Constituição Federal, conforme demonstramos anteriormente, não é "princípio".

No exercício do princípio constitucional da autonomia municipal,

"(...) não há prevalência da lei federal ou estadual sobre a municipal.

O governo local é que provê a administração em tudo quanto respeita ao peculiar interesse do Município, repelindo, por inconstitucional, qualquer intromissão de outro órgão, autoridade, ou Poder.

Só há hierarquia entre as leis, quando, por inexistir exclusividade de administração, as três entidades (União — Estado-membro — Município) regularem concorrentemente a mesma matéria, caso em que a lei municipal cede à estadual e esta à federal. *Impropriamente* se diz que o Município está subordinado à União e ao Estado-membro. *Não ocorre tal subordinação*. O que existe são esferas próprias de ação governamental, que decrescem gradativamente da União para o Estado-membro, e do Estado-membro para o Município. *Não há, pois, submissão do Município ao Estado ou à União*, porque nenhuma dessas entidades pode substituir o governo local na solução de casos afetos à administração municipal; o que há é respeito recíproco pelas atribuições privativas de cada qual".

HELLY LOPES MEIRELLES, Direito Municipal Brasileiro, 3. ed., RT, São Paulo, 1977, p. 89.

Entendemos, pelo exposto, que a composição, o funcionamento e a reeleição dos membros da Mesa da Câmara de Vereadores é assunto de peculiar interesse, que tipifica o princípio geral da autonomia municipal assegurada constitucionalmente; trata-se de um direito público subjetivo do Município (exercido através de sua Câmara de Vereadores), sendo oponível à União e ao Estado a faculdade que a Câmara de Vereadores tem, de regrar, sem submissão à norma do artigo 30, item f, da Constituição, a reeleição dos membros de sua Mesa.

2.2. — Tratamento legislativo vigente no País.

Robustece nosso entendimento a diversidade de tratamento dado à matéria pelas leis orgânicas municipais, quando a referem.

E isto ocorre, porque não há cogência daquele preceito (o artigo 30, item f, da Constituição) para o Município.

Assim, exemplificativamente, a Lei Orgânica dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar Estadual nº 1, de 17 de dezembro de 1975) *proíbe a reeleição* dos membros da Mesa (artigo 65); a Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969) *proíbe a reeleição* dos membros da Mesa *para o mesmo cargo* (artigo 11), norma idêntica à vigente no Estado de Pernambuco (Decreto-Lei Estadual nº 285, de 15 de maio de 1970, artigo 24); a Lei Orgânica dos Municípios do Estado da Bahia (Lei nº 2.902, de 12 de fevereiro de 1971) *permite a reeleição* dos membros da Mesa (artigo 62); a Lei Orgânica do Estado de Goiás (Lei nº 7.000, de 26 de junho de 1968) igualmente *admite a reeleição* dos membros da Mesa (artigo 20); a Lei da Organização dos Municípios do Ceará (Lei nº 9.457, de 4 de junho de 1971) *proíbe a reeleição* para o mesmo cargo (artigo 25); a Lei Orgânica de Porto Alegre, de 11 de dezembro de 1970, e a Lei de Organização Municipal do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar Estadual nº 3, de 28 de dezembro de 1972) *são omissas*, portanto deixando essa matéria para ser regrada pelo regimento interno das Câmaras de Vereadores.

Acrescente-se que a duração do mandato de membro da Mesa, no Estado de Minas Gerais, está previsto para *um ano* (artigo 44, § 2º), e não para dois anos, como dizem a regra federal, e outras leis orgânicas (as dos Estados de São Paulo, e do Rio de Janeiro, por exemplo).

Essa diversidade de tratamento legislativo é indicador de que *inexiste* obrigatoriedade de o Município copiar o padrão federal.

2.3. — Câmaras de sete vereadores

Admita-se, *ad argumentandum*, que a norma do artigo 30, item f, da Constituição, tivesse eficácia para o órgão legislativo municipal.

Quando fossem sete os edís, tendo a Mesa quatro membros, geralmente (Presidente, Vice-Presidente, 1.º e 2.º Secretário), e sendo seus titulares irreelegíveis para segundo mandato na Mesa, teriam de ser eleitos os três vereadores sobranes...

Há o entendimento, nesse caso, de que o membro da Mesa pode ser eleito para outro cargo. Assim, se ele foi Secretário, poderia ser eleito Presidente, e vice-versa (Cf. TITO COSTA, apud WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, *A Reeleição dos Membros das Mesas Legislativas*, Revista de Direito Público, São Paulo, RT, v. 11, janeiro/março 1970, p. 302).

Todavia, por questões de interpretação e de conveniência política, persistiria a dúvida, e nada mais adequado do que uma norma regimental expressa, que afaste a dificuldade: "é permitida a reeleição dos membros da Mesa".

2.4. — Interna corporis: matéria regimental

As questões "interna corporis" são as pertinentes direta e exclusivamente com a economia interna do órgão legislativo, ou com a faculdade de valorar matéria de sua competência privativa (Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, 3. ed., RT, São Paulo, 1977, p. 692).

A matéria regimental é "interna corporis", nela estando compreendida a composição, o funcionamento, e a reeleição e a duração dos mandatos dos membros da Mesa da Câmara de Vereadores.

Logo, é legítimo, juridicamente, discipliná-la no regimento interno, e não, em lei.

Apenas por certo exagero legislativo a reeleição dos membros da Mesa aparece na Constituição (para o Congresso Nacional), e nas leis orgânicas municipais.

3. REELEIÇÃO POSSÍVEL

3.1 — Normal legal expressa

A solução mais adequada é que a norma contemple expressamente a hipótese. Neste caso, desaparecem as dúvidas. Uma redação que sugerimos, é a seguinte:

"Artigo ... — A Mesa será composta de um Presidente, um Vice-Presidente, um 1.º Secretário, e um 2.º Secretário, com mandato de dois anos, permitida a reeleição para qualquer um de seus cargos".

Conforme a Câmara deliberar, poderia haver dois Vice-Presidentes, e o mandato poderia ser de *um ano*, por exemplo.

A matéria, consoante ficou demonstrada, é de peculiar interesse local, é "interna corporis", e a edilidade é que terá competência para discipliná-la regimentalmente como bem entender.

CONCLUSÃO

Em resumo, concluímos, pelo exposto, que:

1. a norma do artigo 30, item f, da Constituição Federal não é cogente para o órgão legislativo municipal;
2. esta reeleição é assunto de peculiar interesse, que tipifica o princípio da autonomia municipal assegurada constitucionalmente; trata-se de um direito público subjetivo do Município (exercido através da Câmara de Vereadores), oponível à União e ao Estado;
3. esta reeleição é, ainda, matéria "interna corporis", vale dizer, é matéria regimental;

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL, Senado Federal. *Leis Orgânicas dos Municípios*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1976. Tomos I e II. 736 p.
- CABRAL, Armando Henrique Dias. *Reeleição à Mesa da Câmara Municipal: Matéria Interna Corporis*. Diário Jurídico, São Paulo, 30/5/80, p. 1277/79.
- CRETELLA JR. *Direito Municipal*. EUD, São Paulo, 1975, 368 p.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *A Reeleição dos Membros das Mesas Legislativas*. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 11, janeiro/março 1970, p. 301/03.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 3 ed., RT, São Paulo, 1977, 969 p.

O TRIBUNAL DE CONTAS: ÓRGÃO E FUNÇÃO JURISDICIONAL

CARLOS COSTA
Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do
Rio de Janeiro

O disciplinamento das relações sociais entre os indivíduos reclama e determina a organicidade da nação. Mas o complexo das relações sociais não apenas enseja o Estado; também constitui sua própria razão de ser, sua finalidade exclusiva. Regular as relações sociais, o conjunto delas, quer entre os poderes públicos e os indivíduos, quer daqueles entre si, (1) é a força determinista e o poder determinante do Estado. Esse poder institucionaliza-se pela Constituição e, porque tem caráter criador de direito, regula juridicamente as relações sociais e a si próprio, limitando-se e delimitando. Por isso, é válida a afirmativa de que "a Constituição é o Poder de Estado institucionalizado e juridicamente regulado."

Do exposto, infere-se que a Constituição não é norma por si mesma, porém meio de proteção da sociedade e de seus valores primaciais. Suas definições relativas aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais caracterizam o "Estado de Direito", quando expressões da sociedade. E representa as forças sociais politicamente atuantes; logo há de ser sensível e maleável às mudanças das relações determinativas do Estado, contanto que em tal prospectiva não renegue a substancial eficácia jurídica que lhe votaram.

A ordem constitucional do Estado moderno — a despeito de outros caracteres — funda-se, sobretudo, na divisão dos poderes, na determinação das jurisdições e dos mecanismos do regime, embasando-se, definitivamente, no decreto das garantias individuais. Dessa ordem constitucional deflui o princípio da legalidade, pois da mesma forma que todos os órgãos do poder do Estado necessitam agasalho na norma fundamental. Também nela seus respectivos poderes e funções devem encontrar causalidade e conciliação sistêmica.

As Constituições republicanas do Brasil, sem exceção, instituíram o Tribunal de Contas *entre os mecanismos dos poderes do Estado*. A expressão é de Castro Nunes, que se acautela em caracterizar o Tribunal de Contas como órgão de jurisdição

Conferência proferida na Universidade Gama Filho, em 28 de abril de 1982.
(1) Pontes de Miranda, *Democracia, Liberdade e Igualdade*. Rio de Janeiro, 1945, p. 20.

situado *entre os poderes* (2). O ilustre magistrado, investigando a natureza da *jurisdição de contas* para defini-la e estabelecer-lhe os limites, traçou breve esboço da nossa história constitucional. Nesse registro, ocupando-se da primeira Constituição republicana, assinalou que o Constituinte, ao instituir o Tribunal de Contas, não lhe expressou a jurisdição, mas, porque ao órgão foi atribuída competência "para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso" (3), assegurou-se-lhe, implícita, a função judicante. Esse foi também o entendimento da norma regulamentar, porquanto o Decreto nº 392 de 1896, até mesmo qualificou de Tribunal de Justiça o Tribunal de Contas. Da constituição de 1934 à Emenda nº 1 de 1969, em vigor, todas as Cartas institucionais atribuem, expressamente ao Tribunal de Contas a função de *julgar as Contas*. Até a promulgação da Carta republicana de 91 houve a concentração jurisdicional nas vias judiciárias, e esse monopólio sempre foi acerbamente defendido pelo Supremo Tribunal, sobretudo ante as disposições do Decreto nº 392/96, que em processo de desenvolvimento sistemático daquela constituição assegurou também ao Tribunal de Contas a função tutelar do direito, inclusive de sua execução. Castro Nunes, referindo-se aos acontecimentos da época, recorda que a "reação encabeçada por Pedro Lessa, no Supremo Tribunal foi além, extremou-se ao ponto de negar qualquer caráter decisório às sentenças do Tribunal na tomada de contas, desconhecendo-lhe deste modo uma função que lhe é inerente e por isso mesmo implícita no dispositivo constitucional" (4). Pedro Lessa, possivelmente objetivando resguardar o centralismo da jurisdição do Estado no Poder Judiciário, negou às decisões do Tribunal de Contas a mínima coloração jurisdicional, decidindo que elas "só têm o valor jurídico de informações" (5), ao que não deixou de acrescentar um irônico complemento, enaltecendo a estima de tais informes e adjetivando-os de valiosos. Referia-se, é bem verdade, à inexplicita jurisdição do Tribunal de Contas na Carta de 91 e ao que lhe pareceu extrapolação do Decreto nº 392 de 1896.

Mas a luta pelo exclusivismo jurisdicional não pode alongar-se indistintamente no tempo, porquanto as subseqüentes Constituições dispuseram expressamente competir ao Tribunal de Contas *julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos*. Ante a disposição clara e taxativa, manifestada como meio de certeza, onde o significado eficaz foi revelado literalmente e a jurisdição do Tribunal de Contas é incontestada, apenas os questionamentos nominais poderiam confundir e desprestigiar-lhe. De fato, logo se ericaram e, no definir jurisdição, no determinar a natureza jurídica do conceito, esmiuçaram-se percalços em descrédito da plena competência do Tribunal de Contas e da eficácia de seus julgados. Castro Nunes destaca-se entre os que coarctaram a jurisdição do Tribunal de Contas. Invocando a autoridade de Edgard Allix, refere-se ao "âmbito estreito dessa jurisdição", e sus-

(2) Castro Nunes, Teoria e Prática do Poder Judiciário, Rio de Janeiro, 1943, p. 23.

(3) Idem, ibidem, p. 26.

(4) Idem, ibidem, p. 27.

(5) Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, apud Castro Nunes, ob. cit., p. 27.

tenta que às Cortes de Contas cabe apenas julgar as contas e não o responsável. Esteja seu ponto de vista no sentido literal das palavras inseridas na frase do texto constitucional, porquanto enfatiza seu pensamento ao declarar que "Nem de outro modo dispõe a nossa constituição. Não se atribui ao Tribunal de Contas senão o julgamento das contas: *Julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos*". (6) E em complementação a esse entendimento elucida que "O Tribunal de Contas estatui somente sobre a existência *material* do delito, fornecendo a justiça, que vai julgar o responsável, essa base da acusação. Não julga a este, não o condena nem o absolve, função da justiça penal. Fixa-lhe apenas a responsabilidade material, apurado o alcance. Outros aspectos da imputação pertencem por inteiro à justiça comum, que pode absolver o responsável alcançado, contanto que não reveja o julgado de contas, não negue a existência material da infração financeira". (7) E afinal, sem maiores esclarecimentos sobre a essencialidade dessa jurisdição *suí generis*, indica-lhe a natureza jurídico-positiva, salientando que "A jurisdição de contas é o *juízo constitucional das contas*. A função é privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. O Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para as rever, para apurar o *alcance* dos responsáveis, para os *liberar*. Essa função é 'própria e privativa' do Tribunal de Contas, diz o decreto orgânico em vigor, e os responsáveis sujeitos à tomada de contas 'só por ato do Tribunal podem ser liberados de sua responsabilidade' ". (8)

Em que pese a ressalva final, Castro Nunes é de opinião que o responsável pelas contas só pode ser julgado, e conseqüentemente penalizado, pelo Poder Judiciário. Não obstante revelar alguns juízos comuns, Themístocles Cavalcanti diverge substancialmente de Castro Nunes, manifestando-se com maior clareza sobre a jurisdição do Tribunal de Contas. Não vê na expressão constitucional *julgar das contas*, maior intenção restritiva quanto ao julgamento daqueles que as devem prestar. Ao ocupar-se da Constituição de 37, após referir-se ao julgamento da legalidade dos contratos, afirma que "A mesma coisa pode-se dizer das contas dos responsáveis, porque ao Tribunal não interessa o valor aritmético da tomada de contas, mas a legalidade da aplicação dos dinheiros e bens públicos, bem como a responsabilidade daqueles que têm a sua guarda ou devem zelar pela sua aplicação". (9) E ainda no mesmo passo esclarece o saudoso jurista: "A função jurisdicional é sempre ampla e irrestrita quando de origem constitucional, não podendo ser limitada pela lei ordinária. Assim, quando a Constituição diz *julgar*, atribui ao órgão mencionado a função peculiar a essa manifestação do poder jurisdicional, usando, em relação ao Tribunal de Contas, do mesmo sentido que atribui essa função ao Poder Judiciário, quando diz 'julgar originariamente', 'julgar em grau de recurso', 'julgar'. A mesma

(6) Castro Nunes, ob. cit., p. 29.

(7) Idem, ibidem, p. 30.

(8) Idem, ibidem, pp. 30-31.

(9) Cavalcanti, O Tribunal de Contas e sua Competência Constitucional in Revista de Direito Administrativo, vol III, Rio de Janeiro, 1946, p. 17.

precisão com que, ao tratar do Legislativo diz *legislar* e com mais rigor do que no capítulo do Presidente da República, fala em *promulgar, decretar, sancionar, intervir, etc.*, reproduzindo a variada e, por vezes, vacilante terminologia das antigas Constituições. Portanto, a única restrição que se encontra na Constituição está nas palavras seguintes: '*julgar da legalidade dos contratos*', reduzindo a função à conformidade, ou não, do contrato com as disposições legais vigentes, excluindo outras considerações que transcendem do âmbito da *legalidade*. E isto define com precisão a função puramente jurisdicional em sua significação técnica e *literal*, em contraposição à amplitude da função administrativa, que penetra ainda na moralidade do ato, na sua conveniência e oportunidade, no seu mérito. E não vejo motivos para recusar ao Tribunal de Contas função jurisdicional, em certos casos, porque a unidade de jurisdição não existe entre nós depois que as Constituições e as leis ordinárias criaram as jurisdições administrativa, judiciária, do Trabalho, Militar, cada qual com o seu sentido específico e sofrendo as restrições admitidas na Constituição e nas leis. É assim que a Justiça do Trabalho não tem a competência e as prerrogativas da Justiça comum. O que há, porém, é a sobrevivência, dentro dessa multiplicidade de jurisdições, da supremacia da instância judicial ordinária, cujos juizes e principalmente seu Tribunal máximo podem, sempre que provocados pelos meios regulares, anular as decisões proferidas pelas demais jurisdições de exceção que violarem a Constituição, ou mesmo em certos casos, a simples lei ordinária. Mas isto não exclui a existência e a ação construtiva de novas jurisdições, cada qual com a sua competência específica."⁽¹⁰⁾

Do simples confronto dos pronunciamentos de Castro Nunes e Themístocles Cavalcanti emergem pontos de divergências mais ou menos profundas, mas que se evidenciarão ainda mais; à medida que estudarmos o processo jurisdicional e sua natureza jurídica. Entretanto, outros estudiosos da competência do Tribunal de Contas negam-lhe, categoricamente, qualquer parcela jurisdicional. Prova disso verificamos na obra de Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. O eminente mestre, estudando os Órgãos Colegiais de Administração, após relembrar os sistemas estrangeiros de controle das finanças públicas, assim se manifesta sobre a jurisdição do Tribunal de Contas: "Clara, peremptória é a linguagem do texto constitucional: o Tribunal de Contas *julga contas, julga fatos ou atos*, não julga os *responsáveis* a que o próprio dispositivo alude. Em suma, julga sem, todavia, administrar justiça, função reservada, entre nós, exclusivamente aos órgãos do poder judiciário."⁽¹¹⁾ E procurando insusceptibilizar de dúvidas seu pensamento, acresce, ainda de maneira enfática: "Quando o órgão de fiscalização financeira julga 'das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos' e, a seu parecer, não as encontra exatas ou regulares, não tem o poder de impor uma *sanção*, no sen-

⁽¹⁰⁾ Idem, *ibidem*, p. 19.

⁽¹¹⁾ Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1957, p. 223.

tido da sanção judicial. Estaca, necessariamente, no julgamento dos *fatos*: pertence, pois aos órgãos do poder judiciário julgar os *responsáveis*, se a inexatidão ou a irregularidade resultam em crime. O máximo que, a esse propósito, se poderá reconhecer ao Tribunal de Contas é que sua *apreciação* ou *parecer*, isto é seu *julgamento dos fatos*, 'é conclusivo para a Justiça'. Ainda assim, há quem sustente que a autonomia dos órgãos jurisdicionais não se pode deter, sequer, no respeito à conclusividade dos juízos emitidos por um órgão de controle administrativo, estranho ao sistema de instituições da justiça."⁽¹²⁾

Castro Nunes, Themístocles Cavalcanti e Guimarães Menegale, à diferença de Pedro Lessa, fizeram os pronunciamentos que transcrevemos, quando já expressa a jurisdição do Tribunal de Contas pelo direito positivo Constitucional brasileiro, com a mesma literalidade com que expressou a jurisdição do Judiciário, ou seja, atribuindo-lhe o *poder de julgar*. Procuraram, Castro Nunes e Guimarães Menegale, distinguir o julgamento dos *fatos* do julgamento das *peçoas*, para, após escasso esmiuçamento das respectivas características, coarctarem a jurisdição do Tribunal de Contas. Entretanto, devemos ter em mente que a Constituição Federal também estabelece, em vários dispositivos, competir aos Juizes Federais o julgamento dos *crimes* que enumera⁽¹³⁾, porém jamais ocorreu a ninguém negar àqueles Juizes a plenitude da jurisdição sobre os criminosos, porque confundidos pela metonímia do constituinte. Julgar as contas, assim como julgar os crimes, é mera metonímia, figura de linguagem que não se dirige nem atinge a substancialidade da jurisdição. Por isso mesmo, a real e objetiva perquirição da matéria deve recair sobre a natureza jurídica da jurisdição do Tribunal de Contas. Ela deve ser não só aprofundada, mas, sobretudo, suficientemente clara. Tentaremos fazê-la.

Antes de qualquer investigação sobre a matéria, cumpre-nos registrar que *jurisdição* é termo sem definição constitucional. Nosso direito positivo constitucional não a conceitua. Quando a designa, nomeia o verbo *julgar* que, no caso, exprime genericamente um processo. Entretanto, esse processo, que é gênero antes de ser espécie, não é definido, delimitado, estabelecido de maneira particular, expressa e taxativa pela Constituição. Portanto, a função dinâmica do verbo *julgar* há de ser conceituada pela doutrina do direito e sobretudo pelo direito positivo constitucional. A essas assertivas podemos aduzir, desde logo, que face ao nosso direito positivo constitucional exercer a *jurisdição e julgar* são expressões com idêntica denotação.

Passemos à doutrina.

Geraldo de Ulhoa Cintra, em "Dissertação para concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo", tratando

⁽¹²⁾ Idem, *ibidem*, p. 225

⁽¹³⁾ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, Emendas nº 1 e nº 7, Seção V, itens IV, V, VI, IX e X do art. 125.

"Da Jurisdição", inicia sua tese com as seguintes citações: "A jurisdição é uma função da soberania do Estado. É o poder de declarar o direito aplicável aos fatos", consoante define Gabriel de Rezende. "Jurisdição é o poder-dever do Estado de declarar e realizar o direito", segundo Lopes da Costa. Alonga-se transcrevendo José Frederico Marques, que assim a conceitua: "Se a formulação das normas gerais impostas à obediência de todos é função, que o Estado realiza, através dos órgãos legislativos e tem o nome de legislação — aquela que leva a efeito, para fazer cumprir os preceitos de ordem jurídica, quando violados ou incertos, tem o *nomen iuris de jurisdição*". Após essas definições, conclui Ulhoa Cintra: "Se compulsarmos qualquer manual de Processo Civil, ou mesmo as obras de maior vulto, a definição e explanação, que encontramos sobre o termo e a idéia de jurisdição, não passam além do que resumidamente as citações acima nos deixaram".⁽¹⁴⁾ Com efeito, a doutrina — ainda que retroaja às origens do direito romano — não restringe esses conceitos, e merece notarmos que os autores referidos, não obstante evidenciarem-se como tratadistas do direito civil e processual civil, nenhum deles desceu às subjacências da ação (considerada em sentido material), para caracterizarem a jurisdição *lato sensu*, ou seja, na ampla inteligência do nosso direito constitucional positivo. Portanto, investigar na especificidade do processo civil a natureza jurídica da jurisdição do Tribunal de Contas, não nos parece pesquisa acertada e merecedora de encomios. Devemos ter em mente, conforme assinala Eduardo Couture, que da Constituição à lei não deve mediar senão um processo de desenvolvimento sistemático e, por isso, afirmamos que assim como o Código de Processo Civil e suas leis complementares são o texto que regulamenta a garantia de justiça civil contida na Constituição, também a Lei Orgânica do Tribunal de Contas regulamenta essa mesma garantia de justiça, implícita no julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (Constituição Federal de 1967 — Emenda nº 1, Art. 70, § 1º).

Há juristas que discordam do enfoque dado por nós à jurisdição do Tribunal de Contas, pois procuram discuti-la no âmbito restrito do Processo Civil e Penal para então a dissecarem. Rui Cirne Lima, jurista de escol, não obstante eminente Professor de Direito Administrativo, preferiu situar-se no território judiciário civil para tratar da matéria, e o fez nestes termos: "A direção, precisa e limitada, pela qual, no processo contemporâneo, o poder estatal se qualifica como poder de julgar, é, à sua vez, a da afirmação ou negação, *in thesi*, por declaração, ou *in hypothesis* por condenação, constitutividade, mandamentalidade ou executividade, do poder individual que, em termos de direito, uma das partes disputa à outra, ambas partes no processo e partes no intercurso social, de que aquele se tem originado. A incorporação do individual no social, da pretensão da parte na ação, do poder individual no poder do Estado, imprimem-lhe, a este, a notação característica, enquanto poder de julgar. Aqui, e evidentemente, o individual inclui a coletividade personificada, enquanto o suscetível de oposição ao indivíduo e a outras coletividades igualmente personifica-

⁽¹⁴⁾ Geraldo de Ulhoa Cintra, *Da Jurisdição*, Rio de Janeiro, 1958, p. 13.

das, e também os órgãos dessas coletividades, enquanto suscetíveis, estes, de oposição, uns aos outros, como órgãos pessoais ou personalidades parciais da personalidade jurídica a que sirvam. Diversa, embora, da que ocorria no antigo processo formulário romano, não menos relevante é, portanto, no processo contemporâneo, a contribuição individual à formulação do *iudicium* estatal.

Dessa peculiar configuração de poder de julgar, resulta, como corolário, que, onde não houver ação (em sentido material), não haverá poder de julgar, ou poder judiciário. Voltamos, assim, aos conceitos jurídicos romanos. Sem a *actio* dada pela *legislatio* ou pela *iurisdictio*, não há *iudicium*. Nem a inserção do *iudicium* em órgão que não seja judiciário àquele o desnatura. O *iudicium* pode ser, dissemos já, até, atividade privada e, de outro lado, à ação correspondeu ou a 'ação' (judicial), ou a 'ação administrativa' (qualquer que seja o nome que se lhe dê), trate-se de tribunal administrativo, ou de simples administração e a 'ação' em juízo arbitral ou outro corpo não-estatal. O que é essencial à caracterização do poder de julgar é a ação mesma, a ação de direito material, o 'ajo ... condeno e executo', que, pela *legislatio* ou *iurisdictio*, se muda, de individual em social, de particular em estatal.

Desenhadas essas linhas de contorno, pelas quais se demarca o poder de julgar, manifesto fica que este se não abrange, entre nós, nas funções cometidas ao Tribunal de Contas. Não é o Tribunal de Contas, no Brasil, um juízo, no qual Poder Legislativo e Poder Executivo entre si disputem como partes, em termos de direito, acerca dos poderes, ínsitos nas respectivas competências."⁽¹⁵⁾

Afinal, citando Ruy Barbosa em amparo à sua doutrina, repete: "Só se pode intentar a lide, quando houver relações individuais diretamente prejudicadas."⁽¹⁶⁾

A relutância do ilustre administrativista em reconhecer conteúdo e esfera de eficácia idênticos às jurisdições do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas deriva de sua afirmação segundo a qual o poder de julgar do Estado, em hipótese e tese, se qualifica, como verdadeira jurisdição, *apenas* ante o poder individual que uma das partes disputa a outra, em termos de direito. Não obstante a matéria desenvolvida pelo eminente professor situar-se no direito administrativo, sua doutrina tem conotação civil, ou, mais exatamente, com o direito judiciário civil; entretanto, ela não é verdadeira no atual direito brasileiro, nem lhe foi ortodoxa o processo romano. Prende-se tal ensinamento ao brocardo *ne procedat iudex ex officio*, procurando resguardá-lo. Entretanto, o direito brasileiro não lhe é mais fiel, nem o acata como princípio absoluto, porquanto no processo de contravenção e nos crimes de morte, regulados pela Lei nº 4611/65, a iniciativa também cabe ao juiz, sem que, nesse momento, nenhum poder individual das partes, nem mesmo do Ministério Público, dis-

⁽¹⁵⁾ Ruy Cirne Lima, *A jurisdição do Tribunal de Contas*, in *Anais do III Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*, vol. I, pp. 490-491.

⁽¹⁶⁾ Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Brasileira*, tomo IV, São Paulo, 1933, 76.

putem entre si, em termos de direito. Portanto, não nos parece acertado afirmar, conforme o fez o Professor Cirne Lima, que onde não houver ação, em sentido material, não há que se falar em jurisdição, sobretudo condicionando a ação à existência de relações individuais *diretamente* prejudicadas.

Tais princípios podem proceder quanto à jurisdição civil, mas nem por isso estabelecem corolário para a jurisdição penal, como vimos, tampouco para a jurisdição constitucional. Na ação direta de inconstitucionalidade, persegue-se o desaparecimento do vínculo de subordinação à lei ofensora, em relação a todos, e pode acontecer que o autor da Representação não esteja, nem jamais venha estar, *diretamente* prejudicado, individualmente, face ao objeto da referida ação. A titularidade da ação, no caso, é bem verdade, pertence ao Procurador-Geral da República, mas quem enseja a lide é sem dúvida o autor da Representação. O Procurador-Geral da República, aí, é um mero substituto processual, "age em nome próprio, mas por interesse alheio", (17) e talvez por quem, individualmente, não tenha interesse algum, atuando por simples emulação. O mesmo se dá com a Ação Popular, onde o direito subjetivo material não é do Autor, porquanto a ação diz respeito à pessoa jurídica de direito público.

Portanto, do que vimos, é lícito concluir que a relação processual triangular ou trilateral é presunção ou postulado característico do direito judiciário civil, mas que, obviamente, não exclui o exercício da verdadeira jurisdição em outras situações jurídicas processuais.

Nem no direito público romano a jurisdição se revelou tão específica, exclusiva e clara como pretende o ilustre administrativista, e essa singularidade é bem acentuada pelo eminente Ministro Moreira Alves, ao afirmar na História e Instituições do Direito Romano: "Em Roma, o conceito de *iurisdictio* é muito controvertido, e constitui um problema até hoje não resolvido satisfatoriamente". (18) No processo romano distinguiam-se as duas fases, *in iure* e *in iudicio* mas essa particularidade não autoriza afirmar que a jurisdição (julgar, no sentido técnico da palavra) só fosse manifestada pelo juiz e jamais pelo magistrado. Essa divisão do juízo foi característica exclusiva do procedimento *civil* romano em seus primórdios, mas a *iurisdictio* com *imperium*, ou *imperium mixtum* existiu no direito romano em toda a sua evolução. O magistrado com *imperium mixtum* não praticava apenas atos de administração; respeitando a liberdade de consciência e de convicção de juiz, vigiava-o permanentemente, pois este permanecia um instrumento seu, durante todo o decurso do processo. "O pretor e o magistrado em geral não deixam, uma vez nomeado o juiz, de interessar-se por ele na direção da causa, sobre cuja marcha conservam sempre o

(17) Alfredo Buzaid, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, São Paulo, 1958, p. 107.

(18) José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, vol. I, 3ª ed., p. 207.

direito de alta vigilância, ainda *in iudicio*", consoante assinala Scialoja. (19) Portanto, não há certezas quanto à sublimada ortodoxia da jurisdição romana, mesmo *in iudicio*. Acresce, também, segundo acentua o ilustre mestre italiano, ao estudar o "Procedimento Civil Romano", que do primitivo ordenamento da jurisdição, até o direito Justiniano, muitas magistraturas especiais foram criadas e entre elas merece nossa atenção especial a *ordem de magistrados financeiros, que julgavam em matéria financeira*, sobretudo quando surgiam questões públicas relativas às rendas do Estado cedidas em contrato (20). Essas jurisdições foram desempenhadas pelos *censores e questores* que, além de participarem da administração financeira, julgavam também sobre os contratos de direito público. Tratava-se de jurisdições especiais, distintas das jurisdições ordinárias, mas nem por isso deixavam de conhecer das pretensões e realizar o direito.

Observamos, pois, que a distinção de *iurisdictio* e *iudicium*, em função da ação, conforme pretendeu ver no direito romano o Professor Cirne Lima, é por demais questionável para poder ilidir a plena jurisdição do Tribunal de Contas. Parece-nos, mesmo, que as jurisdições especiais, desempenhadas pelos *censores* e *questores*, relativamente à matéria financeira e ainda o Tribunal dos Legistas, da Grécia, (21) foram embrião do Tribunal de Contas. Afigura-se-nos, também, que a jurisdição, na inteligência que lhe dá nossa Carta Magna, melhor se identificaria com a conceituação expressa por Alfredo de Marsico: "é o poder exclusivo, de um órgão público, de apurar a violação ou o perigo de violação de um direito público ou privado, para declaração da vontade da lei e aplicação coativa das conseqüências cominadas para a infração ou das medidas destinadas a preveni-las." (22)

E é nesse *lato sensu*, sem restrições específicas e subjetivistas, que a nossa constituição revela a jurisdição, pelo emprego do verbo *julgar*. Não há como vislumbrar metáforas aqui ou ali, neste ou naquele dispositivo constitucional, para distinguir a natureza da jurisdição, se o fenômeno psicológico da vontade do legislador revelou-se invariavelmente pela mesma palavra, o mesmo verbo, e que por isso exprime um só processo, uma única ação. Entrever "na palavra que se fez vontade" do Constituinte, distinções subjetivas, calcadas na tradição romana, ou sistematizadas em face das regras secundárias do direito judiciário civil, parece-nos demasiado esforço subjetivista. Julgar é exercitar a jurisdição dentro dos limites e balizamentos caracterizados por Alfredo de Marsico, e que são os mesmos objetivamente formulados nos diversos textos de nossa Constituição.

Assim sendo, cabe à lei ordinária estabelecer o remédio jurídico processual, a dinâmica do verbo julgar, tendo em vista o fenômeno que estiver disciplinando, mas

(19) Vittorio Scialoja, Procedimento Civil Romano, 1954, pp. 258-259.

(20) Idem, ibidem, p. 112.

(21) José Guimarães Menegale, ob. cit. p. 214

(22) Alfredo Marsico, Lezioni di diritto processuale penale, 3ª ed., 1952, p. 28.

sem contenções maiores às estabelecidas pela inteligência constitucional. E esse remédio jurídico processual deve satisfazer a todas as faculdades de exigir e não apenas à ação. Deve cuidar das faculdades derivadas dos direitos específicos, das razões jurídicas de atuar, das pretensões e não somente das razões judiciais de agir. Daí a advertência de Eduardo Couture, a qual inicialmente nos referimos e expressa na seguinte passagem: "o Código de Processo Civil e suas leis complementares são o texto que regulamenta a garantia de justiça contida na Constituição".⁽²³⁾ Infere-se dessa máxima que a jurisdição, o *judgar*, como conteúdo da norma constitucional, significa exercer competência exclusiva para garantir a justiça no respectivo campo do direito. Assim como o Código de Processo Civil regulamenta essa garantia no âmbito do direito civil e comercial, a lei orgânica do Tribunal de Contas possui igual eficácia deferida na esfera que lhe é exclusiva, ou seja, no direito público financeiro.

Têm-se procurado restringir a jurisdição do Tribunal de Contas, coarctando a eficácia de suas decisões. Mas, em nosso modo de ver, sua jurisdição não se restringe, exclusivamente, à simples declaração quanto à certeza aritmética e contábil das contas. A eficácia de suas decisões pode e deve resguardar-se de reexame pelo judiciário, na medida em que tais julgados decorram e correspondam à característica diferencial de sua função.

Em outras palavras: o julgamento das contas pelo Tribunal de Contas deve abranger, com eficácia definitiva, não apenas as contas do Estado mas todos os atos e fatos civis e administrativos de índole financeira, que lhes são conexos e de responsabilidade de seus agentes. O julgamento das contas, assim como o julgamento do crime implica, necessariamente, não só o julgamento do responsável pelas contas mas também o do autor do delito ou crime. Estes se ligam àqueles, respectivamente, por um elemento que lhes é comum e indissociável: o ato ou fato. Ambos os agentes constituem, também, o objeto das respectivas jurisdições, conforme a *lei ordinária estabelece quanto ao crime ou estabelecesse relativamente às infrações financeiras*. A lei ordinária é que delimita as respectivas jurisdições, estabelecendo as competências conforme a finalidade específica, característica e diferencial da função. A Constituição, como vimos, não distingue, não diferencia, não define, não restringe. Cabe à lei ordinária disciplinar, nas respectivas áreas dos direitos, a garantia de justiça que a Lei Maior assegura. No Código de Processo Civil encontramos as normas de exercício da jurisdição civil, como o Código de Processo Penal rege os respectivos processos com as convenientes ressalvas. Nada impede, face às definidas competências constitucionais, que um Código de Processo Administrativo e Financeiro estabeleça as normas do pleno exercício da jurisdição administrativa e de contas, exercida pelo Tribunal de Contas. Nada obsta, tendo em vista a divisão constitucional dos poderes, que essa lei ordinária atribua ao Tribunal de Contas, como órgão entre poderes, o exercício de sua jurisdição plena sobre jurisdicionados de quaisquer poderes. Às suas decisões pode ser e já é em parte, atribuída força de coisa julgada e ele próprio deveria executá-las.

⁽²³⁾ Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, 1948, p. 19.

A natureza dos direitos subjetivos, dos direitos de exigir, é que determina o caráter da jurisdição. O direito público subjetivo do Estado determina-lhe, por vezes, faculdades específicas de exigir, cujo remédio não se pode acomodar aos processos comuns, utilizados nas demandas particulares; entretanto, esse direito subjetivo nem por isso pode permanecer sem remédio jurídico. Não nos referimos aqui às soluções do poder judiciário, nem tampouco ao contencioso administrativo, mas às relações cujas características exclusivas reclamam a jurisdição do Tribunal de Contas, pois ele exerce a proteção jurisdicional dos direitos patrimoniais públicos subjetivos do Estado, ligados às suas receitas, despesas, bens e valores, tudo isso compreendido no objeto constitucional das contas dos administradores públicos. Esses direitos públicos subjetivos do Estado e pretensões, na maioria das vezes, se revelam heterogêneos; decorrem de fatos complexos — de caráter patrimonial e administrativo —, não permitindo que a perseguição e objetivação de sua tutela se consubstanciem num único processo, porquanto a respectiva faculdade de exigir já se apresenta multiforme, fragmentada e por isso mesmo infensa à unidade jurisdicional que promova a "soldadura" do ordenamento jurídico. Sustentamos, nesses casos, ser necessário admitir a plena jurisdição do Tribunal de Contas, não só relativamente ao estrito julgamento das contas, mas também ao seu reconhecimento amplo, irrestrito, conforme preceitua a Constituição, apenas constringido pelas leis ordinárias específicas.

O eminente Ministro Seabra Fagundes em sua magnífica obra "O Controle dos Atos Administrativos" diz que a "afirmativa (...) de que o Tribunal de Contas exerce uma verdadeira judicatura não basta a convencer. Exige demonstração".⁽²⁴⁾ Procuramos até aqui demonstrar que o Tribunal de Contas pode exercer tal judicatura, condicionado apenas pela legislação ordinária. Assim afirmamos, partindo do princípio de que *judgar* nada mais é que exercer a jurisdição, no entendimento consagrado pela Lei Maior e nos termos definidos por Alfredo de Marsico. A função jurisdicional não é exclusiva do Poder Judiciário, nem entre nós e tampouco em outros países. Na Itália — assinala Enrico Redenti — "A Corte (Tribunal) de Contas tem jurisdição nas matérias de contabilidade pública e nas demais que especifique a lei".⁽²⁵⁾ Também não vemos nenhum significado sério e razoável em conceder-se a função jurisdicional para que, mediante seu exercício e por consequência de silogismo judicial, soberanamente se declare certo que dois e dois são quatro, sem outros poderes de sanção sobre o ordenador ou liquidante da despesa, se eventualmente prestar contas, na pressuposto de que tal operação aritmética some mais ou menos. Julgar contas, sem aplicação de sanções legais ao responsável pelas faltas, realmente não merece caracterizar-se como objeto de jurisdição; seria sem sentido, tão fantástico quanto julgar o crime, sem poder penalizar o criminoso.

⁽²⁴⁾ Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1957, p. 164.

⁽²⁵⁾ Enrico Redenti, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, 1957, p. 39.

Entretanto o Egrégio Supremo Tribunal Federal não tem adotado este nosso ponto de vista pois, em Mandado de Segurança impetrado por Delegado Fiscal do Tesouro Nacional, contra ato do Tribunal de Contas, que o multou em 50% sobre os vencimentos, pelo retardamento de tomada de contas em caso de desfalque, o Relator Ministro Evandro Lins, ao proferir seu voto prevalecente, afirmou: "Não se cogita, pois, de discutir essa qualidade ao julgamento de contas. Trata-se, apenas, de delimitar, entre as várias missões atribuídas ao importante organismo fiscalizador, o que se compreende na sua função excepcional de jurisdição privativa. E, neste ponto, os que têm versado o tema não divergem no assinalar limites estreitos ao âmbito próprio da jurisdição de contas, no qual, segundo Castro Nunes, cinge-se a Corte a proferir decisão sobre a regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade. Em termos equivalentes prelecionam Pontes de Miranda e Seabra Fagundes, entre outros. Tudo quanto ultrapassa este limitado objeto de exame da regularidade intrínseca das contas prestadas pelos responsáveis, refoge à competência jurisdicional restrita, e inampliável por lei, do Tribunal de Contas. Só o que toca a este exame, já para liberar o responsável, já para declará-lo em alcance, constitui decisão jurisdicional definitiva, a cavaleiro de qualquer revisão judicial. Desnecessário mostrar, a esta altura, que a imposição de multa ao impetrante não cabe, evidentemente, na reduzida esfera de jurisdição conclusiva do Tribunal de Contas, cuja delimitação estamos procurando relembrar. Nem basta para lhe emprestar a conclusividade dos atos jurisdicionais a circunstância de ser medida coercitiva adotada pelo Tribunal de Contas com vistas à garantia, à prestação ou à eficácia do processo de tomada de contas, sua atividade propriamente jurisdicional. Se procurarmos no processo penal comum, encontraremos vários similares da multa em questão. Veja-se, por exemplo, a condução da testemunha faltosa ou, melhor ainda, a multa, à autoridade que retarda ou omite a prestação de informações, no processo de *habeas corpus*, ou ainda, ao jurado ausente sem justificativa. Adotadas por autoridades judicantes e como formas de coerção usadas no interesse do processo, a ninguém, todavia, ocorrerá atribuir aos atos que determinam tais medidas caráter de decisão jurisdicional. Providências tomadas de ofício, sem qualquer forma ou figura de processo, sem nada de contencioso, desafiam qualquer conceito de jurisdição. O mesmo se diga da multa aplicada, na espécie pelo Tribunal de Contas. Conceda-se que o tenha feito no interesse de sua atividade judicante da tomada de contas. Nem por isso deixa de ser ato administrativo que, se ferir direito certo ou constituir abuso de poder, é suscetível, em princípio, de ser impugnado na via do mandado de segurança."⁽²⁶⁾

Vê-se desse aresto que a Suprema Corte sensibilizou-se perante argumentos apressados, fundados sobretudo na doutrina de Castro Nunes, para mais uma vez resguardar a plena jurisdição do Poder Judiciário, reprimindo dessa forma a que foi constitucionalmente deferida ao Tribunal de Contas. Já assinalamos que só negan-

⁽²⁶⁾ Mandado de Segurança N.º 16.255-DF, Ministro-Relator Evandro Lins e Silva, in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 38, 1966, pp. 249-250.

do relação entre *contas* e *prestador de contas*, entre *causa efeito*, *autor e obra*, *obrigação e obrigado*, é que se poderia também negar a jurisdição sobre o responsável pelas contas. *Julgar contas* revela-se figura de palavra utilizada pelo Constituinte, alteração do significado normal do termo semelhante à alteração do significado normal de crime, vocábulo que também expressa, quando verdadeiramente deseja anunciar o criminoso em diversos artigos da Constituição. Também há equívoco na fundamentação do voto em análise, no passo onde vislumbra similitude entre a multa imposta à testemunha faltosa e a aplicada ao tomador de contas, pois aquela é "pessoa distinta dos sujeitos processuais"⁽²⁷⁾ enquanto este é responsável pela tomada de contas e co-responsável se deixar de tomá-las.

Vejamos em que termos positivos nossa Constituição Federal instituiu as funções do Tribunal de Contas, relativamente ao julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis. A matéria é disciplinada expressamente pelos §§1.º e 4.º do Art. 70 da Constituição, *verbis*:

"Art. 70

§ 1.º — O Controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

§ 4.º — O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções mencionadas no parágrafo anterior."

Portanto, é com base nos levantamentos contábeis, mesmo face as prestações de contas e tomadas de contas, nos certificados de auditoria e nos pronunciamentos de autoridades administrativas que o Tribunal julga as contas, fixando as respectivas responsabilidades. Seria de todo inconseqüente se, verificando o alcance e podendo até mesmo fixar os débitos e ordenar a prisão por três meses dos responsáveis, não pudesse aplicar-lhes multas previstas em lei e com força de decisão definitiva.

Entendemos que a jurisdição do Tribunal de Contas está presente em todo o processo de fiscalização financeira. Ao exercê-la e verificada a ilegalidade do ato ou fato, exurgindo no respectivo processo a faculdade de exigir, derivada dos direitos específicos em objeto, configura-se, simultaneamente, a razão jurídica de o Tribunal

⁽²⁷⁾ Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3.º ed., 2.º vol., São Paulo, 1977, p. 395.

atuar em defesa do direito público subjetivo ou já da pretensão do Estado. Desde esse instante o remédio jurídico processual próprio se manifesta no mesmo processo, onde o exercício da jurisdição prosseguirá até a realização do direito. Mas, considerando que tal exercício visa à garantia de justiça, esse processo deve resguardar alguns princípios, como o da publicidade, do contraditório e, também, o do duplo grau de jurisdição, que mesmo no Tribunal de Contas pode ser acautelado, sem dificuldades insuperáveis. Todos os caracteres processuais antes insinuados, conciliam-se com o termo *judgar*, sem determinarem a necessidade da ação.

Entretanto, a jurisdição do Tribunal de Contas tem sido reconhecida nessa inteligência, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, apenas em relação às contas, e negada quanto aos seus responsáveis. Entendemos que estes também estão subordinados à plena jurisdição do Tribunal de Contas, relativamente aos atos e fatos civis e administrativos, de índole jurídico-financeira e conexos às prestações de contas. Tal liame não depara nenhum óbice na atual Constituição; basta que a lei ordinária o determine, conforme já se vê do disposto pela Lei n.º 6822/80 e Decreto-Lei n.º 1928/82. Nem mesmo a garantia prevista pelo § 4.º do artigo 153 da Constituição Federal conflita com essas idéias, porquanto ela poderá e deverá ser definida em lei ordinária, referentemente às decisões do Tribunal de Contas, de caráter civil e administrativo.⁽²⁸⁾ Tal legislação asseguraria o mandado de segurança, se e quando seus arestos fossem flagrantemente inconstitucionais, sobretudo se desprezassem os princípios gerais do processo estabelecido em lei. Só então a lesão do direito estaria caracterizada e assegurada sua apreciação pelo Poder Judiciário. A jurisdição sobre as contas é, inegavelmente, atribuída ao Tribunal de Contas pela Constituição Federal. Tal jurisdição é plena, absoluta, compreendendo não só as contas e seus agentes, mas também, todos os aspectos civis e administrativos conexos, dentro das contingências legais e constitucionais. Nem sequer o disposto no artigo 125, I da Carta Magna a restringe, porque ali é estabelecida a competência exclusiva dos Juizes Federais para o julgamento em primeira instância das "*causas*" em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autores, réus, assistentes ou oponentes." Ora, já vimos que a jurisdição do Tribunal de Contas se exerce independentemente da ação; o remédio jurídico processual é próprio e se manifesta, *ex-officio*, ante a faculdade de exigir, que é o segundo momento do direito subjetivo.⁽²⁹⁾ No processo de fiscalização financeira não se caracteriza a ação e, portanto, não há autor nem réu, assistente ou oponente. É processo específico no qual, entretanto, a jurisdição se exerce plenamente. Por isso mesmo, deveria o Tribunal de Contas decidir *todas* as matérias administrativas e civis de responsabilidade dos agentes das contas, conexas aos respectivos processos de suas prestações; bastaria que a lei ordinária assim previsse. A diferente maneira de se expressar a Constituição, relativamente à assinatura de prazo para que o órgão da

⁽²⁸⁾ Pontes de Miranda — Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, São Paulo, ed. RT, 1974, tomo V, p. 115, 3.ª ed.

⁽²⁹⁾ Pontes de Miranda. Tratado das Ações. São Paulo, ed. RT, 1970, tomo I, p. 90.

administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, em caso de ilegalidade de despesa, em nada afeta a plenitude de sua jurisdição, quanto ao infrator. Tal representação visa sobretudo à anulação ou correção dos registros contábeis, mas não inibe que a jurisdição do Tribunal de Contas desde logo se exercite sobre o faltoso. Bastaria, conforme afirmamos, que a lei ordinária assim o estabelecesse.

Só os fatos jurídicos penais, ainda que conexos às prestações de contas, não podem nem poderiam ser objeto da jurisdição do Tribunal de Contas, sem reforma constitucional, porque o julgamento dos crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresa pública são da competência dos Juizes Federais, segundo dispõe o artigo 125, IV, da Lei Maior. Entendemos ser conveniente essa reforma, para que os crimes contra a administração pública, de peculato, concussão e corrupção passiva, conexos às contas, passassem à jurisdição da Corte de Contas.

É esse o nosso entendimento sobre a jurisdição do Tribunal de Contas e que se assim fosse exercitada, sem percalços, lhe aproximar bem mais do necessário controle axiológico, reclamado pela consciência do povo. Controle com motivações morais, pelo qual o exame dos atos e fatos administrativos se fizesse dentre os espaços e balzamentos legais, mas, também e sobretudo, face às doutrinas éticas, a cujas refrações deve submeter-se a atividade administrativa.

A legislação federal, que atribui força de coisa julgada às decisões da Corte de Contas, proferidas em processos de tomada ou prestação de contas (Lei n.º 6.822, de 22-09-80), e a que lhe outorga jurisdição de caráter financeiro e administrativo sobre os responsáveis pelos débitos do Estado em moeda estrangeira (Dec.-Lei n.º 1928, de 18-02-82) são atestados de que esse controle axiológico já transcendeu aos anseios da nação, para ser expresso pelo próprio Estado. São passos a mais em direção à plena jurisdição do Tribunal de Contas. É a sensibilidade e a maleabilidade ante as mudanças do Estado que determinam tais prospectivas no caracterizar da jurisdição do Tribunal de Contas, sem com isso infligir qualquer ofensa à eficácia jurídica da nossa Constituição. Não obstante, reconhecemos que melhor definição jurisdicional do Tribunal de Contas se impõe na Constituição, como, também, ser necessária a edição de um Código Nacional de processo Administrativo e Financeiro. Se ambos agasalhassem, claramente e sem tibiezas, as convicções aqui manifestadas, não apenas se evitariam desnecessários questionamentos jurisprudenciais, mas a nação também seria prestigiada, com a eficiente defesa do patrimônio coletivo.

A DINÂMICA DA JUSTIÇA FEDERAL

SÍLVIO DOBROWOLSKI
Juiz Federal no Ceará
Professor na Universidade Federal do Ceará.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. A organização do Poder Judiciário na Constituição.
3. A Justiça Federal Ordinária. Aspectos da competência da justiça federal comum de 1ª instância.
4. A crise do Judiciário e a Justiça Federal.
5. Alguns aspectos positivos no funcionamento da Justiça Federal.
6. Sugestões para rapidificação da Justiça.
7. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Recebi com dupla satisfação o convite formulado pela OAB do Ceará, através do seu Presidente, Professor Luiz Cruz de Vasconcelos, a fim de falar neste IV Simpósio dos advogados cearenses, que irá debater o tema: "Como funciona a Justiça no Ceará".

De um lado, a escolha confirma a amabilidade do povo cearense que há três anos tão bem me acolheu em sua terra, de céus luminosos e verdes mares bravios.

Sob o aspecto profissional, é oportunidade impar para dialogar com os advogados sobre a justiça, sem as formalidades do convívio judiciário, onde o relacionamento é, por imposição das circunstâncias, mais impessoal.

O desempenho da Justiça é preocupação fundamental de todos que a compõem. E, se o juiz, na formosa expressão de Aristóteles, deve ser "a justiça animada", "a voz da Justiça", o advogado, será aquele a quem cumpre advogar, do latim, "ad + vocare", isto é, clamar em favor de alguém, ou melhormente, clamar para que se faça Justiça a alguém. Juizes e advogados (e também os representantes

Palestra proferida a 8 de agosto de 1982, na sessão de instalação do IV Simpósio dos Advogados do Ceará, subordinado ao tema "Como Funciona a Justiça no Ceará", e sob o patrocínio da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Ceará.

do Ministério Público) são órgãos da Justiça, relacionando-se não em posições de superioridade e dependência, mas sob posturas igualitárias, dentro das específicas esferas de atuação.

O assunto a tratar - A Dinâmica da Justiça Federal - foi dividido em seis partes. A primeira sobre a questão da unidade ou dualidade de Justiça no regime federal brasileiro e a solução constitucional vigente. Em seguida, a Justiça Federal comum, seus órgãos, sua competência e razão de ser dos Juizes federais de primeira instância. Ao depois, a Crise do Judiciário, seus reflexos na Justiça Federal, e os remédios jurídicos aplicados. Segue a menção de algumas inovações positivas ocorridas na Justiça Ordinária da União, em primeiro grau, e, na penúltima parte, cinco sugestões no sentido da melhora e do aceleramento da prestação jurisdicional. O tópico derradeiro enfeixa as conclusões.

2. A ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO.

Em um Estado Federal, os poderes políticos da União Federal, — sede da soberania, — e dos Estados membros, — dotados de esfera de atuação autônoma devem conviver harmoniosamente, a fim de ser preservada a unidade nacional. Resultam, daí, sérias dificuldades a serem solucionadas pelo legislador constituinte, “quanto ao estabelecimento do equilíbrio desses poderes e dos mecanismos indispensáveis à resolução de conflitos que possam surgir entre eles”. (1)

Avultam, assim, os problemas relativos à repartição de competência e de receitas tributárias entre a União e os Estados federados, e bem ainda aqueles referentes aos conflitos entre unidades componentes da Federação, ou entre elas e o órgão central. No primeiro desses temas, da divisão das atribuições, tem especial interesse a questão, debatida em todas as Constituições brasileiras, da unidade ou dualidade da Justiça.

Acerca da matéria, os autores concordam apenas em um ponto: é essencial, em uma Federação, a existência de Corte Federal Suprema, sobreposta aos demais órgãos judiciários, com a missão de operar o equilíbrio de toda a ordem jurídica (2), através da guarda da Constituição e do asseguramento da unidade da interpretação do direito federal (3).

Afora este aspecto, divergem os doutrinadores, ora defendendo a unidade de organização judiciária, composta exclusivamente de juizes e tribunais federais, ora a existência de justiças dos Estados-membros a par daquela da União. A história constitucional republicana revela a prevalência da fórmula dual, vigente de 1937 a 1937, e a partir de 1966. No interregno, a Carta de 1937 aboliu a Justiça Federal comum, mantendo, como órgão da Justiça da União, ao Supremo Tribunal Federal e à Justiça Militar. A Constituição de 1946 acrescentou-lhe as Justiças do Trabalho e Eleitoral, e instituiu o Tribunal Federal de Recursos, este como Instância recursal para as causas em que a União fosse interessada, e cujo julgamento em 1º grau tocava

aos Juizes estaduais, entre eles os Juizes das Varas da Fazenda Nacional nas Capitais dos Estados. A criação dessa nova Corte visou evitar a enorme avalanche de serviços levada ao Supremo Tribunal, em razão de que as duas primeiras Constituições da República mantinham-no como órgão de 2º grau para as lides decididas pelos Juizes federais, prejudicando-o nos seus papéis de Guardião da Lei Magna e de Tribunal da Federação.

Antes de passar ao exame da fórmula vigente, consolidação do restabelecimento da Justiça Federal de 1ª instância, operado com o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, e com a Lei nº 5.010, de 3 de maio de 1966, cumpre repassar, embora sucintamente, os argumentos referentes às duas posições, para facilitar o juízo a respeito. Marcello Caetano sintetiza o debate com perfeição didática (4).

“A favor da unidade da organização judiciária, reduzida só a tribunais e juizes da União, disse-se:

a) abre melhores perspectivas de carreira, quer aos atuais juizes federais quer aos juizes estaduais;

b) garante maior independência de fato à magistratura, subtraída no seu recrutamento, na sua promoção e no exercício das suas funções às influências locais;

c) evita “os males de uma jurisprudência variada, divergente e desajustada, em virtude de dissidentes interpretações de textos legais”;

d) assegura igualdade de vantagens, regalias e oportunidades a juizes de Estados pobres e Estados ricos;

e) facilita aos interessados o conhecimento dos tribunais competentes para as causas;

f) dá maior coesão ao Poder Judiciário;

g) assegura melhor proteção aos interesses da União fora das capitais dos Estados.

Contra, argumenta-se:

a) é da natureza do Estado federal que os Estados federados possuam os três Poderes, não devendo por isso serem amputados dos órgãos do poder Judiciário;

b) a federalização da Justiça viria aumentar enormemente a força da União, desequilibrando ainda mais a harmonia dentro da Federação;

c) por outro lado, aumentaria imenso as despesas da União, obrigando a favorecê-la, ainda mais, na repartição das rendas;

d) as deficiências de carreira e a desigualdade de situações dos juizes estaduais podem ser remediadas pela inclusão na Constituição dos princípios básicos da unificação de estatuto da magistratura;

e) também por meios processuais se podem corrigir os perigos da divergência de interpretações na jurisprudência".

Como se vê, as duas teorias são constituídas sobre premissas valiosas e coerentes.

Na prática, com a ressalva da Constituição austríaca de 1920, elaborada por Hans Kelsen, "inexiste - consoante lição de Frederico Marques (5) - exemplo de Federação com o Judiciário unificado e entregue exclusivamente à União. Todas as nações, que se modelaram pelo sistema federativo, reconhecem a dualidade judiciária e conferem aos Estados-membros o poder de administrar a justiça em seu território, com os tribunais e juizes que instituírem. Basta um ligeiro exame sobre os regimes federativos da atualidade ou do pretérito, para comprovar-se a irretorquível veracidade de tal assertiva".

E prossegue o mestre: "No continente americano, o dualismo judiciário está aceito pelos anglo-saxões, como os Estados Unidos e o Canadá e também pela América Latina, onde o Brasil, e o México, a Argentina e a Venezuela têm órgãos federais da justiça, de par com os judiciários dos Estados ou Províncias. O mesmo sucede na Austrália e Suíça, como ainda em países socialistas quais a União Soviética e a República Federal da Iugoslávia".

Todavia, os esquemas doutrinários e as instituições dos outros povos nem sempre se adequam à realidade do país considerado. O vezo brasileiro - autêntico colonialismo cultural - de imitar os modelos alheios, fez nascer a Constituição semântica de 1981, calcada nos exemplos norte-americano e suíço, e sobre a qual Osvaldo Flávio Degrazia, em sua monografia, tece as seguintes considerações:

"Carvalho de Mendonça afirma que ao ser inaugurada a República, as modificações institucionais foram moldadas sob inspiração das leis e costumes americanos e suíços: "parecia pretender-se obter uma federação mais de acordo com as necessidades daqueles países do que com a situação que devia ser regulada".

Desta forma, o regime federativo assumiu no Congresso Constituinte um caráter puramente teórico, pois ao transplantar leis e costumes americanos e suíços para o Brasil, não levava em consideração a diversidade de problemas entre os três povos" (6).

A experiência da primeira república demonstrou que um federalismo dualista puro, moldado em países onde os Estados federados gozavam de independência antes do pacto federativo, não poderia funcionar do mesmo modo em Estado que de unitário passava a federal. Os nossos republicanos de 1839, voltados para a idéia de dotarem o Brasil com instituições jurídicas teoricamente perfeitas, deixaram de dar o necessário valor a essa circunstância de fato.

Não viram que a unidade dos Direitos Civil, Comercial e Penal - inexistente, por exemplo na América do Norte - impedia de manter, em sua pureza doutrinária, a duplicidade de justiças, uma vez que aos juizes estaduais caberia aplicar estas regras do Direito federal, e não apenas a legislação local.

A unificação do Direito Processual, determinada pela Constituição de 1934, pareceu indicar que a corrente unitarista havia de predominar. O nosso federalismo evoluiu, no entanto, para um meio termo, com a adoção de um sistema apropriado à vivência brasileira, isto é, o reconhecimento na Constituição, a partir de 1969, do caráter nacional do Poder Judiciário, composto, porém, de tribunais e de juizes estaduais e federais, tanto nas justiças especiais como na ordinária, possuindo competências nitidamente demarcadas.

Aperfeiçoou-se o modelo antevisto por Liebman, na década de 40, quando escreveu: "O que, na realidade, se verifica, é uma autonomia da União e dos Estados na instituição e nomeação das próprias autoridades judiciárias; mas, todas juntas, essas autoridades exercem uma função única, nos limites das respectivas atribuições, como órgãos de um só ente soberano que é a nação. Em outros termos, a pluralidade das jurisdições é de caráter puramente administrativo; do ponto de vista da função jurisdicional que exercem, há entre os órgãos federais e locais simples distribuições de competência". (7).

Pode se resumir o sistema atual com a seguinte lição de Mário Guimarães (8):

"Tendo em vista o nosso regime federativo classificam-se os juizes em federais e estaduais. Não que a jurisdição de uns ou de outros seja conferida pelos Estados ou pela União. A jurisdição de qualquer juiz deriva, já o dissemos, da soberania da nação. Conforme, porém a natureza da matéria ou o interesse da União no feito, será a causa aforada perante a Justiça Federal ou Estadual".

3. A JUSTIÇA FEDERAL ORDINÁRIA. ASPECTOS DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM DE 1ª INSTÂNCIA.

A Justiça ordinária da União é composta, diz o artigo 112, inciso III, da Constituição, segundo determinou a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, de um Tribunal Federal de Recursos e de juizes federais.

Aquele, sediado na Capital da República, compõe-se de vinte e sete ministros e, entre suas atribuições, cumpre ressaltar aquelas relativas ao processo e julgamento de mandados de segurança e de "habeas-corpus" impetrados contra atos de Ministros de Estado, do responsável pela direção geral da política federal ou de juiz federal (Constituição, art. 122, I, c e d), bem como, dos "conflitos de jurisdição entre juizes federais a ele subordinados e entre juizes subordinados a tribunais diversos" (Constituição, art. 122, I, e). Compete-lhe, ainda, "julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais" (Constituição, artigo 122, III).

Por sua vez, os juizes federais são distribuídos pelos Estados e Distrito Federal, constituindo cada uma dessas unidades uma Seção Judiciária, cuja sede se situa na respectiva Capital, admitindo o artigo 124, "caput", parte final, da Lei Maior, sejam localizadas varas em outras cidades dos Estados, conforme venha a dispor a lei.

Existem duas Seções — São Paulo e Rio de Janeiro — com nove varas; duas com cinco: Minas Gerais e Rio Grande do Sul; Brasília, Paraná, Bahia e Pernambuco contam com três varas; o Ceará, com duas; e os demais têm uma só vara.

As Seções Judiciárias estão agrupadas em três regiões geográficas, sendo a terceira a Região Nordeste, com os Estados de Pernambuco, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Sergipe, Alagoas, Rio Grande do Norte, Paraíba, Maranhão e Piauí.

Cada Vara da Justiça Federal — por ora só há Varas nas Capitais — é servida por dois Juizes, cabendo ao mais antigo a tarefa de administrador dos serviços da Vara. Os processos são distribuídos igualmente entre os juizes federais, exceto nos Estados de Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, onde há Varas com exclusiva competência criminal.

A competência da Justiça Federal de primeiro grau tem sede constitucional — artigos 110 e 125 da Lei Magna, — e é extensíssima. No cível, "ratione personae", compreende "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes" (artigo 125, I); e aquelas "entre Estados estrangeiros ou organismo internacional e Municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil" (art. 125, II); no crime, também conforme as pessoas, os crimes "praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas" (art. 125, IV). O escólio de Milton Luiz Pereira, a respeito, merece ser lido:

"(...) a competência é qualificada e fixada, em razão dos titulares do direito em causa: União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Esses titulares não precisam aparecer somente como autores ou réus para fixação da competência, bastando que, de forma inequívoca, apresentem-se como assistentes ou oponentes. (...) A expressão "as causas", com um sentido lato, abrange todas as espécies de questões que possam ser levadas a Juízo, uma vez que versem sobre interesses da União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Não há aqui partilha de competência.

Esse interesse deve indicar a via processual, tanto nas causas cíveis, como criminais, dependendo da posição em que se coloque no direito judiciário.

No cível, manifestando-se um interesse concreto e definido. Nas causas criminais quando os crimes sejam praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de entidades federais" (19).

Anote-se que não entram na competência dos juizes federais, as causas referentes à falência, as sujeitas à Justiça Eleitoral, à Militar ou à Trabalho.

Em razão da matéria, os Juizes federais julgam "as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional" (art. 125, III) e as referentes à nacionalidade e à naturalização (art. 125, *in fine*). No campo criminal, cabem-lhes, sob esse prisma:

a) os crimes políticos (art. 125, IV) que atualmente estão todos submetidos à Justiça Militar, consoante permissivo do artigo 129, § 1º, da Constituição;

b) os delitos previstos em tratado ou convenção internacional, desde que "iniciada a execução no País, seu resultado ocorreu ou deveria ter ocorrido no estrangeiro, ou, reciprocamente, iniciada no estrangeiro, seu resultado ocorreu ou deveria ter ocorrido no Brasil" (art. 125, V), isto é, quando seja caso de ultra ou extra-territorialidade, quer dizer, quando parte da execução do crime se der no estrangeiro, pois inexistente esse caráter de internacionalidade serão julgados pela Justiça dos Estados;

c) os crimes contra a organização do trabalho ou decorrentes da greve (art. 125, VI);

d) os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro (art. 125, X);

e) enfim, os cometidos a bordo de navios e de aeronaves (art. 125, IX).

De lembrar, outrossim, os "habeas-corpus" e mandados de segurança contra atos de autoridades não diretamente sujeitas a outra jurisdição (art. 125, VII e VIII), e os "litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico", como expressa o artigo 110 da Constituição.

A necessidade de uma justiça federal ordinária foi explicada por Ruy Barbosa, com sua habitual acuidade:

"Na dualidade judiciária da nossa organização constitucional, não pode haver senão duas idéias: a de uma justiça criada pelo Estado, e a de uma justiça ligada à

União; a justiça local e a justiça federal. À justiça local incumbe, como competência que lhe é nativa, o domínio das relações civis de caráter comum; à justiça federal pertence privativamente o domínio dos fatos e das relações de natureza política, daquelas que entendem com o regime constitucional, ou que tocam fundamentalmente às instituições constitucionais' (10).

Se assim era no início do século, nos dias atuais, com o alargamento das atribuições da União e com a labilidade da legislação decorrente do intervencionismo cada vez maior do Governo Central, é imprescindível que existam magistrados de primeira instância especializados nas matérias ligadas a essa atuação dos órgãos federais, como por exemplo, nos campos fiscal, previdenciário e administrativo.

A essa magistratura cabe importante papel na construção do neofederalismo do século XX, de que nos fala Paulo Bonavides, ou seja, o princípio federal *"acrescido daquelas emendas que põem o direito em dia com os fatos, previnem os desvirtuamentos do intervencionismo estatal, cortam os elementos de fundo da crise federativa na estrutura do Estado contemporâneo, removem enfim os obstáculos à solução do problema federativo"* (11).

Os juízes federais de primeira instância não são, consoante afirmam alguns críticos malevolentes *juízes da União ou do Governo Federal'*. Ao contrário, têm atuado sempre com independência, corrigindo juridicamente a administração federal quando viola os direitos dos cidadãos ou se extravía dos seus exatos limites constitucionais.

No Estado do Ceará, a Justiça Federal de primeira instância foi instalada no dia 15 de novembro de 1967, com os juízes Roberto de Queiroz — há pouco aposentado — e Jesus Costa Lima — hoje Ministro do Tribunal Federal de Recursos.

O quadro dos juízes federais atuantes em Fortaleza é o seguinte:

Primeira Vara: Drs. Vicente Leal de Araújo — Administrador da Vara — e Orlando de Souza Rebouças, que exerce também a Direção do foro;

Segunda Vara: Dr. Hugo de Brito Machado a quem incumbe a Administração da Vara — e este que vos fala.

4. A CRISE DO JUDICIÁRIO E A JUSTIÇA FEDERAL.

Há muito existe e se buscam os meios para contornar a crise da Justiça brasileira, asoberbada de serviços e incapaz de dar solução aos litígios, com a presteza desejável.

No Congresso Nacional de Direito, em 1959, nesta Capital, o tema foi debatido (12), e retorna à apreciação deste simpósio. O ressurgimento da Justiça Federal de 1ª instância foi tentativa para aliviar a Justiça dos Estados da carga de trabalho ad-

vinda com os processos de interesse da União Federal. No Governo Geisel, o Supremo Tribunal Federal reuniu alentado material recolhido em todos os quadrantes do País e formulou um diagnóstico para a crise. Tratou de fazer-se, então, com vistas a solucionar o problema, a chamada "reforma do Judiciário", promovendo alterações no texto constitucional, através da Emenda nº 7, de 1977, e a Lei Complementar denominada de Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de março de 1979.

A Justiça Federal ordinária, com sua dilatada competência, e frente à falta de meios e de juízes, bem como à presença de uma legislação desatualizada em muitos aspectos, não poderia escapar à crise, decorrendo disso, enorme acúmulo de processos.

A quantidade de feitos, no Tribunal Federal de Recursos, em 1980, ultrapassava 20.000. Em primeiro grau, no mesmo ano, foram distribuídos em todo o País, 88.655 novos processos, sendo 47.308 execuções fiscais, 10.912 feitos não contenciosos, 2.392 execuções diversas, 6.081 mandados de segurança, 2.910 ações ordinárias, 1.917 reclamações trabalhistas, 1.427 ações sumaríssimas, 3.739 ações diversas, 2.601 procedimentos cíveis diversos, 4.319 ações criminais, 279 "habeas-corpus" e 4.770 procedimentos criminais diversos. Desse montante, 26.407 distribuições ocorreram na Seção Judiciária de São Paulo e 14.283, na do Rio de Janeiro, ambas com lotação de 18 Juizes. É de frisar que, em 1979, as ações novas alcançaram 83.427, no País inteiro. (13).

A gravidade do quadro é patente, e apesar de prolatadas 111.303 sentenças e 13.198 acórdãos, pelos Juizes Federais e Ministros do TFR, no ano de 1980, muitos casos ficaram por decidir.

O Tribunal Federal de Recursos como afirmou seu Presidente, Min. José Néri da Silveira, *"fiel ao entendimento de que, desencadeado como foi o processo de Reforma do Judiciário, por força da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de março de 1979, incumbia, a cada Tribunal, na área de sua jurisdição, tomar a iniciativa de providências, inclusive legislativas, destinadas a atingir a meta prioritária da celeridade dos julgamentos"*, apresentou diversas sugestões a respeito, aos demais Poderes da República (14). Resultaram, em razão disso, várias medidas legislativas de bastante eficácia.

Entre elas, os Decretos-leis que determinaram a remissão dos débitos fiscais de pequeno valor para com a União e suas autarquias (atualmente os montantes são de Cr\$ 12.000,00 relativamente à União e Cr\$ 3.000,00 para as autarquias) — cuja aplicação significou o arquivamento de mais de 125.000 execuções fiscais, nas Seções Judiciárias do País (15).

Com a mesma finalidade, o Ministro da Fazenda foi autorizado a expedir Portarias ordenando a sustação da cobrança judicial e a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos para com a Fazenda Nacional, cujos valores originários alcan-

cassem quantitativos de pouco significado (hoje, Cr\$ 12.000,00 — Portaria n.º 375, de 18.11.80). O Decreto-lei n.º 1.793, de 23.6.1980, autorizou as entidades federais a não ajuizarem ações de valor igual ou inferior a vinte Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

Semelhantes decisões justificam-se não apenas pelo desafogo que concedem aos órgãos judiciários, como pelo próprio aspecto econômico, porque ações ou execuções relativas a quantias tão diminutas dão lugar, de regra, a despesas bem maiores que o proveito obtido.

Mas as alterações de vulto, em matéria processual, especialmente no tocante aos recursos, couberam à Lei n.º 6.825, de 22 de setembro de 1980, cuja ementa explica com clareza sua inspiração fundamental: "Estabelece normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de Primeira Instância". O sumário de suas inovações compreende os itens a seguir enumerados.

1.º) Desapareceu a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, quanto a sentenças proferidas contra a União e autarquias federais nas causas de valor igual ou inferior a cem Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, inclusive em reclamações trabalhistas.

2.º) Nas desapropriações movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas federais, ou por sociedades de economia mista, mediante delegação, a sentença somente ficará sujeita ao duplo grau compulsório de jurisdição, se condenar o expropriante em importância superior a trinta vezes o valor oferecido na inicial.

3.º) As sentenças proferidas nas causas referentes à naturalização e à nacionalidade, inclusive respectiva opção, merecerão remessa oficial se nelas se discutir matéria constitucional.

4.º) Foi restabelecido o recurso de alçada, para as causas de pequeno valor, assim consideradas aquelas de valor inferior a cinquenta ORTNs. Nessas hipóteses, só se admitirão embargos infringentes do julgado e embargos de declaração, deduzidos perante o prolator da decisão (art. 4.º da Lei 6.825).

5.º) O art. 3.º da Lei acresceu ao art. 520 do Código de Processo Civil, caso novo de apelação, com efeito apenas devolutivo, nas causas em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais forem interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, "quando interposta de sentença que decidiu questões predominantemente de direito, com fundamento em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Federal de Recursos". "Nessas hipóteses" — e a explicação é do Min. José Néri da Silveira — "a rigor, em face do art. 90, § 2.º, da Lei Complementar n.º 35, que estabelece poder o relator, no TFR, negar seguimento aos recursos contrários a súmula do STF, ou do TFR, não seria, em realidade, de

admitir-se a apelação de sentenças versando questões predominantemente de direito e fundadas em súmula, reservando-se, apenas, às partes, inadmitida a apelação, o agravo de instrumento para tentar demonstrar que a fundamentação do decisório de 1.º grau não deveria basear-se na súmula invocada. Acontece, porém, que, na prática, a experiência está a aconselhar se garanta à parte irresignada, desde logo, a apelação, se a causa for de valor superior a 50 ORTNs, para que os autos principais subam, ao Tribunal, quando, então, o relator, — se realmente verificar que a súmula foi aplicada, com propriedade, à espécie —, apoiado no art. 90, § 2.º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de imediato, poderá negar seguimento ao recurso. Evita-se, ademais, o duplo trabalho de processar o agravo de instrumento e, provido este, eventualmente, apenas para determinar a subida da apelação, com vistas a melhor exame da matéria, também essa se haja de processar na instância originária. Ademais disso, dentro da compreensão saudável de que as súmulas devem estar sujeitas à revisão, dar-se-á ao relator da apelação, sempre, a oportunidade de rever a questão de direito, por vez, à luz de fundamentos novos e valiosos, propondo, quicá, a modificação do entendimento assentado, se se tratar de súmula do próprio Tribunal. Nesses casos, tudo está a aconselhar, efetivamente, possua o recurso apenas efeito devolutivo, não se impondo à parte vencedora, que teve, em favor de sua tese de direito, acolhida na sentença, súmula do TFR ou do STF, o ônus de esperar, às vezes, por longo tempo, o julgamento da apelação e a execução do decisório. Por último, com o efeito só devolutivo conferido ao recurso, em hipótese de tranqüila jurisprudência das Cortes Federais mencionadas, ficam as partes sem o estímulo com que, freqüentemente, recorrem, apenas, para impedir, pelo efeito suspensivo, a execução, mesmo provisória, da sentença" (16).

6.º) Enfim, o art. 5.º previu a possibilidade dos representantes judiciais da União, suas autarquias e empresas públicas federais transigirem, para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a cem ORTNs, mediante condições a serem estabelecidas pelo Poder Executivo.

Apenas esta última medida representará — quando o Executivo fixar as regras necessárias — diminuição de tarefas para a primeira instância, que teve, ao contrário, acréscimo, com os embargos infringentes nas questões até 50 ORTNs.

Ainda dentro deste elenco de providências voltadas ao melhoramento da Justiça Federal ordinária, foi editada, a 29 de junho último, a Lei n.º 7.007, atendendo ao disposto no parágrafo 2.º do artigo 123 da Constituição, o qual assim soa:

"A lei poderá atribuir a juízes federais exclusivamente funções de substituição, em uma ou mais Seções Judiciárias e, ainda, as de auxílio a juízes titulares de varas, quando não se encontrarem no exercício de substituição". Foram criados 38 novos cargos de Juízes Federais com essas atribuições, sendo oito para a Região Nordeste.

Pena que a defasagem nos vencimentos dos magistrados federais, causada pelos sucessivos reajustes abaixo dos índices inflacionários, permita prever que dificilmente serão preenchidos esses lugares, a exemplo do acontecido nos últimos concursos para o ingresso no quadro, quando candidatos aprovados deixaram de aceitar a nomeação por tal motivo. Aliás, recentemente, Juiz Federal em exercício exonerou-se, por lhe ser possível obter melhor remuneração no serviço público estadual.

Esses Juizes auxiliares terão importante papel no desafogo do serviço dos titulares, a substituí-los nas férias, licenças e outros impedimentos, evitando que os juizes em atividade tenham de somar, à sua carga normal de trabalho, aquela dos colegas temporariamente afastados. Prestarão, também, ajuda importante às Varas onde exista passageiro acúmulo processual.

O Tribunal Federal de Recursos elabora, presentemente, anteprojeto de lei para a criação de novas Varas, indispensáveis frente ao volume de serviço. Os números da Seção do Ceará retratam o que ocorre em um Estado de movimento médio. Em 1981, houve:

- a) processos novos distribuídos — 2.790, cerca de setecentos para cada juiz;
- b) sentenças prolatadas — 2.408, mais ou menos 600, individualmente.

Neste ano, até junho, distribuíram-se 981 petições iniciais (245 a cada um dos quatro juizes) e as sentenças proferidas atingiram 1868, ou seja, aproximadamente 450 por magistrado.

A continuar a tendência revelada por essas estatísticas, as medidas para diminuir os ajuizamentos de causas de valor pequeno foram eficientes. De qualquer modo, o trabalho ainda é muito, mesmo porque não se pode fazer boa justiça no atacado.

5. ALGUNS ASPECTOS POSITIVOS NO FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA FEDERAL.

Falar de crise já está se tornando inconveniente. Cumpre, agora, referir alguns pontos em que foram introduzidas na Justiça Federal novas formas de organização e atividade.

Em matéria de pessoal, o sistema é das serventias oficiais. A cada Vara corresponde uma Secretaria, dirigida por um bacharel em Direito, ocupante de cargo de confiança do Juiz Administrador. Os demais serventuários técnicos, auxiliares e atendentes judiciários — são distribuídos por setores — criminal, de execuções fis-

cais e o setor cível e trabalhista — de modo a especializá-los, a fim de obter rendimento mais apurado no serviço. O acesso aos lugares finais da carreira, com vistas ao aprimoramento do pessoal, depende da diplomação no Curso de Direito.

De passagem, anoto que o Congresso teve por valiosa essa experiência e através da EC N° 22, de 29.6.1982, estendeu a oficialização das serventias judiciais à Justiça dos Estados, como se vê do novo texto do artigo 206 da Lei Maior:

“Ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares”.

As custas — e também quaisquer importâncias a serem pagas nos Juizes federais — não devem ser entregues aos servidores, mas recolhidas, pelas partes, em Agências ou Postos de serviço da Caixa Econômica Federal, credenciados junto à Seção Judiciária (DL. 1.737, de 20.12.79). Outrossim, as custas revertem aos cofres públicos, salvo as destinadas a indenizar os Oficiais de Justiça-Avaliadores pelas despesas com deslocamentos para cumprir mandados, segundo dispõe o art. 17, § 1°, da Lei n° 6.032, de 30.4.1974.

Os valores dessa última retribuição variam entre 5% do valor de referência local, até três vezes este índice, porém, *“nenhum servidor da Justiça Federal pode perceber por mês, para reembolso de despesas com deslocamento, (...) importância superior a quatro vezes o valor de referência local”*, conforme determina o Regimento citado na Tabela IV e correspondentes observações.

Com essa técnica, reduziu-se, de modo apreciável a possibilidade de exigências extorsivas por parte de maus serventuários ou de apropriação dos dinheiros recebidos nas causas. No Estado, nos últimos três anos, só um funcionário ludibriou a boa-fé de executados, conseguindo receber e apoderar-se de quantias destinadas ao pagamento de débitos com a Fazenda Nacional. Descoberto o fato, o servidor foi submetido a processo disciplinar e demitido a bem do serviço público, além de responder, agora, a processo criminal.

Com respeito aos Oficiais de Justiça, desde algum tempo exercem concomitantemente a função de avaliadores. A idéia foi calcada na consideração de que se a penhora tem de ser feita em bens suficientes ao pagamento da quantia exequenda, àqueles serventuários cabe avaliar as coisas a serem penhoradas. A simplificação viada teve tal sucesso, ao ponto da Lei n° 6.830, de 22.9.80, das execuções fiscais, acolhê-la, em seu artigo 13.

O controle do trabalho desenvolvido pelos meirinhos cabe a um setor próprio, em cada Secretaria de Vara, de modo a não permitir a ultrapassagem de um decêndio para o cumprimento dos mandados distribuídos.

Ainda em matéria de pessoal, foram criados, em dezembro de 1981, um setor de informática na Seção Judiciária do Ceará, e os cargos de Secretário do Juiz Federal, com vistas a facilitar o desempenho judicial, em particular no tocante à tormentosa tarefa de coleta e arquivamento de dados, cuja importância é evidente nesta época de intensa atividade legislativa e regulamentar da União.

Cabe lembrar, por oportuno, que o Tribunal Federal de Recursos, remete aos juizes federais, a cada mês, boletim e ementário de sua jurisprudência, e a todo trimestre, circula a revista contendo o teor integral dos acórdãos. É possível, ademais, obter os textos xerocopiados de quaisquer julgamentos ali realizados, desde que se indique o número sob o qual foi catalogado o processo respectivo.

Menção tem de ser feita ao sistema, introduzido em 1981, como solução de emergência à falta de um quadro de defensores dativos da União, e segundo o qual os advogados desejosos de prestarem assistência judiciária na Justiça Federal, podem inscrever-se junto à direção do foro. No Estado, alistaram-se 114 profissionais, alguns deles militantes há longos anos — inclusive ilustre Professor de nossa Universidade Federal. A maioria é de recém formados, que têm interessante campo para iniciar nas lides advocatícias, recebendo remuneração módica, é verdade, mas certa. A tabela de honorários, estipulada pelo TFR, sofre reajuste anual conforme as ORNTs, e a menor faixa de retribuição, relativa a feitos não contenciosos e procedimentos criminais diversos, varia entre o mínimo de Cr\$ 7.877,00 e o máximo de Cr\$ 11.816,00; a mais elevada — correspondente às ações ordinárias e criminais — situa-se entre Cr\$ 11.816,00 e Cr\$ 19.693,00.

Enfim, os juizes federais têm ensaiado fórmulas para desburocratizar e acelerar seu trabalho. Nessa matéria, é preciso andar com cautela, para evitar medidas açadas, comprometedoras da necessária segurança na atividade processual, sendo certo, outrossim, não deva o juiz se demitir de sua função como atribuir a terceiros a prática de atos decisórios.

Proveitosa tem sido a adoção de carimbos ou fórmulas mimeografadas para despachos ou expedientes-padrões. Buscam-se abolir certas determinações desnecessárias, como o "junte-se", em alegações preliminares ou finais em processo-crime. Há tentativas para escoimar expressões inúteis de ofícios, editais e precatórias. Conviria lembrar apenas algumas, como:

1) o célebre fecho de correspondência: "Aproveito da oportunidade para reiterar a Vossa Senhoria ou a Vossa Excelência, as expressões de minha elevada estima e consideração", substituível por um "cordialmente" ou "respeitosas saudações";

2) a inútil afirmativa: "o Dr. fulano de tal, Juiz da Vara x, por nomeação legal" — desde que nenhum leitor de editais ou Juiz deprecado irá verificar quem nomeou o signatário...;

3) a conclusão nas precatórias — "que outro tanto farei se deprecado for" — quando é certo pertencer ao ofício do juiz o cumprimento das deprecaciones recebidas.

Colhem-se sugestões interessantes sobre o tema, no trabalho de Osmar Alves de Melo acerca de "Aspectos da Improdutividade da Justiça" (17), ou em artigo do Juiz do Estado de Santa Catarina, Doutor Wilson Eder Graf, publicado na Revista "Jurisprudência e Doutrina" n.º 120. De acordo com este último, a marcação de audiências para ouvida das testemunhas da acusação, ainda por ocasião do interrogatório, e a dos atos posteriores, em cada assentada processual, é meio valioso para diminuir o número dos mandados a serem expedidos e das diligências que os Oficiais de Justiça terão de proceder.

A leitura da parte conclusiva do seu trabalho é imprescindível no momento:

"Frente à Lei Adjetiva Penal vigente é válido afirmar que o juiz pode acelerar o andamento dos processos criminais.

Resumindo:

1) *No interrogatório deve ser designada a próxima audiência, utilizando-se, preferencialmente, formulário impresso.*

2) *A intimação para o ato seguinte deve ser feita ao final da audiência realizada, com a presença das partes, mediante termo de deliberação.*

3) *Terminada a fase inquiritória nos processos de rito comum, deve o juiz proferir despacho único, deixando todos intimados para todas as fases, até a conclusão para sentença.*

4) *A pauta deve acompanhar sempre o juiz quando inicia uma audiência para que possa logo designar a próxima.*

Você, meu colega, poderia agora objetar com uma indagação natural: e com o novo Código de Processo Penal?

A sugestão única que faço, dentro da temática, é que o juiz conserve a sua intenção de agilizar e que como inovação exista um artigo dizendo de forma genérica: em cada audiência as partes deverão, salvo motivo de força maior, ser intimadas para o ato processual seguinte" (18).

Tenho aplicado essa técnica com pleno êxito e compreensão das partes e advogados.

6. SUGESTÕES PARA RAPIDIFICAÇÃO DA JUSTIÇA.

Cabe apresentar cinco propostas no interesse do aceleração e melhoria da prestação jurisdicional no âmbito ordinário federal.

A primeira diz com as execuções fiscais, responsáveis pelo maior percentual de processos distribuídos nas Seções Judiciárias. As estatísticas no Ceará mostram os seguintes números de ajuizamento em 1980, 1981, e 1982, 1º semestre: 1.525, 1.874 e 624, somando 4.023 processos. Por sua vez, os embargos de devedor alcançaram nesses anos, os totais de 53, 50 e 17, isto é, 120 ao todo. A leitura desses algarismos impõe concluir que é mínima a quantidade de devedores irredimidos com as cobranças. Assim, a Justiça Federal não está, nesse aspecto, decidindo litígios, mas pratica atos de aviso às partes, de apreensão e venda de bens e semelhantes, que todos poderiam ser atribuídos a outrem.

Para corrigir essa distorção bastaria admitir a execução a ser procedida pela própria Fazenda Nacional, a exemplo do que se faz no sistema hipotecário de habitação, desde o Decreto-lei nº 70, de 21.11.66, ressalvado o direito da parte vir a Juízo propor embargos quanto ao mérito da cobrança ou a respeito da penhora e do leilão de bens, mantida, com isso, a ubiquidade do Poder Judiciário prevista no artigo 153, § 4º, da Constituição da República.

Sobre a execução extrajudicial, no desafogamento dos pretórios, escreveu a advogada Dora Martins de Carvalho (19):

"A causa da lentidão da Justiça biparte-se: de um lado é uma infra-estrutura inadequada, despreparada e reduzida; e de outro, um sistema arcaico de preceitos e processos que o apego à tradição teima em conservar. (...) Quanto ao segundo, vislumbra-se certas inovações em leis recentes, tendentes a desobstruir animadamente os canais de circulação da vida assoreados pelo formalismo. (...) É a criação (...) do processo executivo extrajudicial de créditos hipotecários (Decreto-lei nº 70, de 21.11.66, arts. 29 e 41).

Cid Heráclito de Queiroz mostra que essa forma executiva foi adotada na Alemanha, Estados Unidos e Japão. Afirmo ele (20):

"... (o Código Tributário Alemão de 1977) dispõe (...) (n)os artigos 249, 285 e 324:

"§ 249 — As repartições fiscais têm competência para executar.

285 — A execução da penhora é feita por um oficial executor.

§ 324 — Cabe o arresto do patrimônio móvel e imóvel, para garantir a execução, por ordem da repartição fiscal".

Também nos Estados Unidos, — prossegue — (...) pelo Internal Revenue Code, a Public Law nº 591, de 16.8.54:

a) é norma a "penhora administrativa" em bens e salários (Section 6331).

Da mesma forma, a legislação japonesa, ou seja, a Lei Geral dos Tributos Nacionais, de abril de 1962, que estabelece a penhora dos bens do contribuinte devedor, por ordem da autoridade administrativa, logo após o prazo de 10 dias da cobrança amigável. Por essas mesmas normas, pôde ser determinada, administrativamente, a venda pública dos bens penhorados".

Outra necessidade é a concretização do denominado contencioso administrativo previsto no art. 111 da Constituição Federal, competente para o julgamento — (sujeito à revisão judiciária) —, dos litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias e empresas públicas federais. Criar-se-iam conselhos paritários compostos de servidores em parte indicados pela Administração e outros eleitos anualmente pelos colegas de repartição. Além de diminuir as reclamações trabalhistas e as ações de funcionários, inclusive de processos e jurisdição voluntária, *verbi gratia*, para homologar opção pelo Fundo de Garantia e por Tempo de Serviço, estar-se-ia democratizando o processo administrativo-disciplinar brasileiro, tão criticado por seus pendores marcadamente autoritários.

Terceira idéia relaciona-se com o artigo 126 da Constituição. Dispõe ele, em razão da impossibilidade material de se criarem varas da Justiça Federal em todas as Comarcas:

"A lei poderá permitir que a ação fiscal e outras sejam promovidas, nas comarcas do interior, onde tiver domicílio a outra parte, perante a justiça do Estado ou do Território, e com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, (...)".

A cobrança da Dívida Ativa já é feita pelos Juízes estaduais do Interior. Parece conveniente permitir que também as empresas públicas federais executem seus créditos na mesma sede. Por que razão, aliás, deveriam gozar de privilégio de foro inextensivo à Fazenda Nacional?

A indicação seguinte refere-se às justificações para fazer prova junto à Administração Pública. O artigo 220 da Consolidação das Leis da Previdência Social facultava sua realização, quando relacionadas com a Previdência Social, perante os próprios órgãos previdenciários, sem ônus para os interessados. O mesmo poderia ser validamente admitido para qualquer repartição pública.

Enfim, frente à supressão do recurso voluntário à 2ª instância, nas causas de valor igual ou inferior a 50 ORTNs, cabe lembrar sugestão do Professor Roberto

Rosas (21), para criar um Tribunal de Alçada Federal, na Capital da República, competente para julgamento de:

- a) as apelações em causas de valor (até 50 ORTNs);
- b) recursos ordinários trabalhistas (ou revisões nos contenciosos do art. 111 da CF);
- c) recursos de nacionalidade;
- d) o julgamento dos crimes apenados com detenção".

O recurso de embargos infringentes perante o próprio juiz de 1º grau, nas questões de alçada, foi instituído em razão do reconhecimento de não dispor o Tribunal Federal de Recursos de condições para julgar também os processos que lhe subiriam sem a supressão recursal feita pela Lei nº 6.825. O remédio não foi o melhor, no entanto. Esses embargos são, no mínimo, inúteis, pois o magistrado que sentenciava, se estudou a questão devidamente, não irá modificar sua opinião, pouco depois de havê-la emitido. Porém, o que sobressai é a injustiça feita aos menos afortunados. Sobre ela manifestou-se José Frederico Marques, ao escrever o seguinte, a respeito dos embargos contra decisões de alçada no Código de Processo Civil de 1939 (22):

Não é plausível, porém, o critério adotado, como bem pondera Seabra Fagundes, que a seguir faz a seguinte crítica: "Ressalta evidente a injustiça social de deixar demandas que envolvem, às vezes, tão vitais interesses e que, em muitos casos, afetam o próprio sentido constitucional da propriedade, entregues ao exame definitivo de um só juiz, nem sempre vitalício".

E prosseguia: "Entendemos que, no sistema do juiz único, a violação do duplo grau de jurisdição fere o "devido processo legal", que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de nosso regime democrático, e que se contém no preceito do art. 144 da Constituição Federal (essa regra consta na atual Lei Maior em seu artigo 153, § 36: A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota) (...) A Constituição (...) chegou a elevar à categoria de garantia fundamental do cidadão a concessão de "assistência judiciária aos necessitados" (artigo 141, § 35 — atual artigo 153, § 32). Ora, de que adianta assegurar patrocínio técnico às causas de pequeno valor, se o seu julgamento vai ser entregue, ao depois, "exame de um só juiz, (...)".

Em obra posterior (23), o ilustre processualista repudiou a pecha de inconstitucionalidade; mas as candentes palavras acerca da injusta discriminação permanecem e devem ser tomadas em conta pelo legislador preocupado com a manutenção da paz social.

7. CONCLUSÕES.

Podem ser alinhadas as seguintes:

- 1) A existência de uma Justiça Federal ordinária de primeira instância decorre do princípio federativo.
- 2) Os juizes federais de primeiro grau são necessários para a proteção dos direitos individuais e sociais frente às investidas do Estado intervencionista.
- 3) A Justiça Federal de Primeira Instância não compete julgar as questões relativas "às relações civis de caráter comum" — que cabem à Justiça estadual — mas aquelas ligadas com "o domínio dos fatos e das relações de natureza política", quando interessadas concreta e diretamente a União, suas autarquias e as empresas públicas federais.
- 4) A crise do Judiciário pode ser muito minorada com a adoção de medidas legais convenientes à realidade hodierna e através da atividade criativa dos Juizes, com a colaboração dos advogados.

BIBLIOGRAFIA

1. CAETANO, Marcelo, "Direito Constitucional", Rio de Janeiro, Forense, 1977, pág. 67, 2º vol.
2. BONAVIDES, Paulo, "Ciência Política", Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972, pág. 209.
3. FERREIRA, Pinto, "Direito Constitucional Resumido", Rio de Janeiro, 1979, Editora Rio, 1979, pág. 61.
4. CAETANO, Marcelo, "Direito Constitucional", Rio de Janeiro, Forense, 1977, págs. 72/73.
5. MARQUES, José Frederico, "A Reforma do Poder Judiciário", São Paulo, Saraiva, 1979, pág. 110.
6. DEGRAZIA, Osvaldo Flávio, "O Poder Judiciário através dos tempos", Porto Alegre, ed. Sulina, 1968, págs. 63/64.
7. MARQUES, José Frederico, "A Reforma do Poder Judiciário", São Paulo, Saraiva, 1979, págs. 119/120.
8. GUIMARÃES, Mário, "O Juiz e a Função Jurisdicional", Rio de Janeiro, Forense, 1958, pág. 67.

9. PEREIRA, Milton Luiz, "Justiça Federal de Primeira Instância", São Paulo, ed Sugestões Literárias, 1969, págs. 41/42.
10. BARBOSA, Ruy, "Comentários à Constituição Federal Brasileira," vol. IV, pág 61.
11. BONAVIDES, Paulo, "Ciência Política", Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972, pág. 221.
12. SALAZAR, Alcino, "Poder Judiciário Bases para Reorganização", Rio de Janeiro, Forense, 1975, pág. 199.
13. Relatório das Atividades da Justiça Federal de Primeira Instância e de seu Conselho, 1980, ed. Gráfica Ipiranga.
14. Relatório dos Trabalhos realizados no Tribunal Federal de Recursos, 1980, págs. 7/8.
15. Relatório dos Trabalhos realizados no Tribunal Federal de Recursos, 1980, pág. 10.
16. Relatório dos Trabalhos realizados no Tribunal Federal de Recursos, 1980, pág. 12.
17. MELO, Osmar Alves de, "Aspectos da Improdutividade da Justiça", in Revista de Informação Legislativa, nº 53: 259/270.
18. GRAF, Wilson Eder, "Três Aspectos Agilizadores para o procedimento criminal", in Revista Jurisprudência e Doutrina, nº 120, ed. Jurídica, Fortaleza, 4º trimestre, 1980, págs. 17/24.
19. CARVALHO, Dora Martins de, "Execução Extra-judicial", in Revista do Instituto do Açúcar e do Alcool, nº 113, 2º trimestre, 1971, págs. 215/217.
20. QUEIROZ, Cid Heráclito de, "A nova lei das execuções fiscais", Brasília, 1981, págs. 25/26.
21. ROSAS, Roberto, "Proteção dos direitos do homem diante da Organização Judiciária", in Revista de Informação Legislativa, nº 44: 137/142.
22. MARQUES, José Frederico, "Instituições do Direito Processual Civil", Rio de Janeiro, Forense, 1960, vol. IV, págs. 265/266.
23. MARQUES, José Frederico, "Manual de Direito Processual civil", São Paulo, Saraiva, 1974, vol. I, pág. 76.

PROMOÇÃO NA CARREIRA DE TÉCNICO EM PLANEJAMENTO

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

PARECER N.º 5.036

TÉCNICO EM PLANEJAMENTO. PROMOÇÃO. PRÉ-REQUISITO. CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO. REGULAMENTO. APERFEIÇOAMENTO.

É pré-requisito para promoção à Classe C da carreira do Técnico em Planejamento a apresentação de certificado de aprovação em curso de especialização ou pós-graduação oferecido por instituição universitária, nos termos do respectivo regulamento.

A disciplina do curso de especialização foi trazida pela Resolução n.º 14, de 23 de novembro de 1977, do Conselho Federal de Educação.

Conveniência da alteração do regulamento de promoção, para inserir-se norma relativa aos cursos realizados antes de sua edição em entidade não-universitária.

Oriundo da Secretaria de Coordenação e Planejamento vem a exame e parecer da Procuradoria-Geral do Estado expediente em que é interessado SEIRO MOORI, titular do cargo de Técnico em Planejamento, Classe B, da carreira dos Técnicos em Planejamento. O funcionário em epígrafe, vem tendo seu nome sistematicamente excluído das listas de acesso à classe C, pela Comissão de Promoção da sua carreira, que recusa validade a curso de especialização, cujo certificado de aproveitamento e aprovação constitui pré-condição para promoção.

2. O interessado frequentou com aproveitamento em 1965, o "Curso Especial de Metodologia do Urbanismo e Administração Municipal", organizado pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal, sob o patrocínio do Banco Nacional da Habitação (BNH) e da Agência para o Desenvolvimento Internacional do Governo dos Estados Unidos (USAID), dentro do Programa da Aliança para o Progresso, e vem reiteradamente postulando seja ele reconhecido como curso de especialização, o que outras tantas vezes tem sido recusado, sempre ao fundamento de não ter sido promovido por instituição universitária.

3. Os seis processos administrativos que compõem o expediente (Processos números 1.773/75, 2.833/75, 1.364/76, 1.204/77, 1.878/77 e 1.288/81, todos da Secretaria de Coordenação e Planejamento), revelam a insistência do funcionário em ter ao menos apreciada sua postulação e contém o seu pedido alternativo de uma interpretação menos rígida do regulamento das promoções ou de sua reformulação.

É o relatório.

4. A Lei n.º 6.533, de 22 de janeiro de 1973, que instituiu o Quadro dos Técnicos em Planejamento, no Serviço Civil Permanente Centralizado, organizou a carreira respectiva, constituída das classes A, B e C, exigindo como pré-condição para acesso à classe B da carreira a apresentação de certificado de aproveitamento e aprovação em curso de extensão ou treinamento específico nas áreas de planejamento, economia, administração e finanças, e para a classe C a apresentação de certificado e aprovação em cursos de especialização ou de pós-graduação, nas mesmas áreas, tal como definidos na Legislação Federal do Ensino Superior (art. 2.º, § 3.º).

5. O Regulamento das promoções na carreira de Técnico em Planejamento foi estabelecido pelo Decreto n.º 23.818, de 12 de março de 1975, que veio definir como cursos de extensão ou treinamento específico aqueles que, realizados eventualmente, com uma carga horária mínima de cem horas-aula, objetivem a formação técnico-científica ou o treinamento técnico-profissional em certa e limitada área acadêmica ou profissional; como cursos de especialização aqueles que, oferecidos eventualmente por instituição universitária como pós-graduação em sentido amplo, com uma carga horária mínima de quinhentas e quarenta horas-aula, objetivem a outorga do título de especialista, tal como definido na legislação federal do ensino superior; e como cursos de pós-graduação aqueles cursos regulares que, oferecidos sistematicamente por instituição universitária, como pós-graduação em sentido estrito, com uma carga horária mínima de quinhentas e quarenta horas-aula, objetivem a outorga dos títulos de mestre e doutor, tal como definidos na legislação federal do ensino superior (art. 8, §§ 2.º, 4.º e 5.º).

6. Percebe-se, do texto do regulamento das promoções, que acolheu a distinção entre pós-graduação em sentido amplo e pós-graduação em sentido estrito, entendendo-se por aquela, que se refere aos cursos de especialização e aperfeiçoamento, todo e qualquer curso que se segue à graduação, com objetivo técnico-profissional específico, sem abranger de modo mais profundo a área de conhecimento em que se insere a especialidade, enquanto esta, que concerne aos cursos de mestrado e doutorado, indica o ciclo de cursos regulares em seguimento à graduação, sistematicamente organizados, visando a desenvolver e aprofundar a formação adquirida no âmbito da graduação e conduzindo à obtenção de grau acadêmico. Por igual, caracterizou a especialização, espécie de pós-graduação em sentido amplo, como realização eventual de instituição universitária, e o mestrado e o doutorado, espécies de pós-graduação em sentido estrito, como realização sistemática de instituição universitária.

7. A alusão que o regulamento das promoções faz à instituição universitária como órgão promotor dos cursos de pós-graduação não consta expressamente da lei regulamentada, mas está implícita na remissão nela feita à legislação federal do ensino superior. Com efeito, as normas da legislação federal vigentes à época estavam substanciadas na Lei n.º 5.540, de 28 de novembro de 1968, que dispunha a respeito da organização e do funcionamento do ensino superior no País, e que inequivocamente reservava para as universidades e estabelecimentos isolados de ensino superior e organização dos cursos de graduação, pós-graduação, especialização e aperfeiçoamento. Regras nesse sentido estão nitidamente postas nos seus artigos 2.º e 17, e são complementadas pelos artigos 24 e 25, o primeiro dos quais defere ao Conselho Federal de Educação conceituar os cursos de pós-graduação em sentido estrito, baixar normas gerais para sua organização, e credenciar os cursos para sua validade, enquanto o segundo dispõe que os cursos de especialização, aperfeiçoamento, extensão e outros serão ministrados de acordo com os planos traçados e aprovados pelas universidades e estabelecimentos isolados.

8. Assim, na alusão feita a instituição universitária como órgão promotor dos cursos de pós-graduação, o regulamento das promoções parece juridicamente irrepreensível, tendo a comissão de promoção agido na observância das disposições legais e regulamentares pertinentes, quando rejeitou o título apresentado. Destarte, sob este prisma, nada há que possa ser acolhido na postulação em exame.

9. Já no que tange à segunda alternativa colocada, multiplicam-se as razões em seu prol, isto é, no sentido do aperfeiçoamento do decreto que regulamenta as promoções da carreira. Em verdade, como se verá, não é o requerente postulante solitário dessa reformulação, mas apenas a voz que clama mais alto.

10. Parece-nos que o aperfeiçoamento do texto regulamentar torna-se imperativo, na medida em que suas provisões voltaram-se exclusivamente para o futuro, sem dar tratamento apropriado às hipóteses já consumadas, ensejando um tratamento discriminatório e injusto para essas situações. Com efeito, não se pode perder de vista que a instituição do quadro dos Técnicos em Planejamento ocorreu em 1973, que o regulamento das promoções é de 1975, e que a disciplina dos cursos de especialização foi trazida pela Resolução n.º 14, de 1977, do Conselho Federal de Educação. A um curso realizado em 1965 não se pode exigir tenha atendido diretrizes que vieram a ser fixadas em 1977.

11. Ainda com respeito às normas disciplinadoras dos cursos de especialização emanadas do Conselho Federal de Educação, há de se considerar que atendem a propósito definido e específico de servir como instrumento de qualificação na carreira do magistério superior, junto ao sistema federal de ensino, não tendo a pretensão de regular todo e qualquer tipo de curso de especialização. É o que se lê no art. 1.º da Resolução n.º 14, de 1977:

“Para que seus certificados tenham validade, como instrumento de qualificação na carreira de magistério superior, junto ao sistema federal de ensino, os cursos de aperfeiçoamento e especialização deverão observar o disposto nesta Resolução”.

12. Por outro lado, diz muito bem o funcionário requerente que os cursos na área do planejamento são mais freqüentemente oferecidos por entidades não ligadas ao sistema federal do ensino, tais como a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), e organismos federais e estaduais de treinamento e pesquisa; que tais organizações são tão idôneas e capazes quanto as universidades; e finalmente, que a própria autoridade educacional nos dias de hoje credencia tais organismos para que possam oferecer cursos de pós-graduação. Assim, basta a formalidade do credenciamento para que organizações não-universitárias possam legitimamente realizar pós-graduação.

13. Ora, não se pode, *a priori*, admitir que o legislador tenha querido discriminar contra os cursos de especialização pioneiros; não se pode fechar os olhos à circunstância de que os cursos de especialização são oferecidos nessa área predominantemente por organismos não-universitários; e, sobretudo, não se pode ignorar que a reformulação do decreto que regulamenta as promoções na carreira do Técnico em Planejamento vem ao encontro de sugestão formulada pela própria comissão de promoção, que pleiteia essa medida desde 1979, como se vê da ata da sessão realizada em 1º de junho de 1979 (fls. 20/21 do Processo nº 1288).

14. Destarte, o parecer opina no sentido de proceder-se a uma alteração do decreto que regulamenta as promoções da carreira do Técnico em Planejamento, para o fim de inserir-se uma disposição destinada a regular a situação de quantos comprovadamente realizaram, com aproveitamento, cursos de especialização em entidade não-universitária em época anterior a 23 de novembro de 1977, data em que o Conselho Federal de Educação aprovou a Resolução nº 14/77, deixando ainda nisso certa margem de discricionariedade à Comissão de Promoção. A avaliação desses cursos, tão-somente para o efeito de considerar-se atendida a pré-condição para o acesso à classe C da carreira, poderia ser confiada à própria Comissão de Promoção, que nessa tarefa utilizaria apenas como paradigma, a disciplina contida na Resolução nº 14, de 1977, do Conselho Federal de Educação, aplicando-a de uma maneira muito flexível, sobretudo no que toca aos aspectos meramente formais. Como sugestão, junta-se minuta de decreto.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 23 de agosto de 1982.

DECRETO Nº DE DE DE 1982.

Acrescenta parágrafo ao artigo 8º do Decreto nº 23.818, de 12 de março de 1975, que regulamenta as promoções na carreira de Técnico em Planejamento.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de atribuição que lhe confere o artigo 66, item IV, da Constituição do Estado,

DECRETA:

Art. 1º — É acrescentado ao artigo 8º do Decreto nº 23.818, de 12 de março de 1975, o § 6º, com a seguinte redação:

§ 6º — A exigência de haverem sido promovidos por instituição universitária, relativa aos cursos de que trata o § 4º, será dispensável, a critério da Comissão de Promoção, quando houverem sido realizados em época anterior à regulamentação constante da Resolução nº 14/77, do Conselho Federal de Educação, de 23 de novembro de 1977.

Art. 2º — Revogadas as disposições em contrário, este decreto entrará em vigor na data da sua publicação.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre.

CEDÊNCIA DE FUNCIONÁRIOS

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

PARECER N° 4585

FUNCIONÁRIO. CESSÃO.

Regularidade de Portaria de cedência expedida por Secretário de Estado, na vigência de decreto que lhe delegava tais poderes, mas sujeita à deliberação final do Chefe do Executivo.

O Senhor Secretário dos transportes, mediante Portaria de 31 de dezembro de 1975, autorizou que cerca de cento e vinte funcionários da SUPERINTENDÊNCIA DE APOIO ÀS ESTRADAS ALIMENTADORAS — SAPEA colaborassem nas tarefas cometidas à COMPANHIA ESTADUAL DE ESTRADAS ALIMENTADORAS — CINTEA, sem prejuízo de seus cargos e funções.

Posteriormente, através de Portaria publicada no órgão oficial do Estado de 15 de março de 1979, o então Secretário dos Transportes colocou os mesmos servidores à disposição da referida Companhia, pelo prazo de dois anos, sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens.

Encaminhado o expediente à Casa Civil, foi solicitado o pronunciamento desta Procuradoria-Geral sobre a possibilidade jurídica da cessão que teria sido realizada bem como sobre a aplicabilidade ao caso da Lei n° 6.654, de 12 de dezembro de 1973.

Examinando a matéria, a Unidade de Assuntos de Pessoal deste órgão, através do Parecer n° 4174, manifestou-se no sentido de que a Lei n° 6.654/73 era aplicável à CINTEA e que o Secretário dos Transportes detinha competência delegada para efetuar a cessão de funcionários, a qual, no entanto, ficava sujeita à apreciação do Governador do Estado. O referido Parecer n° 4174 foi aprovado pelo Procurador-Geral do Estado mas o assunto não chegou a ser submetido à consideração do Senhor Governador.

Foi anexado ao expediente, mais tarde, o processo n° 2521/80 — PGE em que o Diretor-Presidente da CINTEA pedia ao Senhor Governador do Estado o encaminhamento de Projeto de Lei estendendo à Companhia Intermunicipal de Estradas Alimentadoras as disposições da Lei n° 6.654, de 12 de dezembro de 1973, sendo solicitado novo pronunciamento desta Procuradoria-Geral.

É o relatório.

2. O artigo 35 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, estabelece que nenhum funcionário poderá ter exercício em serviço ou repartição diferente daquela em que estiver lotado, salvo nos casos previstos em lei ou prévia autorização do chefe do Poder Competente, sendo que, nesta última hipótese, o afastamento só seria deferido para o fim determinado e por prazo certo.

O Estatuto do Funcionário Público Civil permitiu, pois, com bastante flexibilidade, que funcionários tivessem exercício em órgãos diversos dos de sua lotação, desde que o afastamento fosse por prazo certo, fim determinado e autorizado pela chefia do Poder Competente.

Regulamentando a aplicação do artigo 35 do Estatuto, na esfera do Poder Executivo, através do Decreto n.º 25.957, de 20 de setembro de 1977, com a redação do Decreto n.º 27.574, de 27 de setembro de 1978, o Senhor Governador delegou competência aos Secretários de Estado para prática de atos de autorização, prorrogação e revogação de afastamento de servidores, no âmbito da Administração Estadual, ou seja:

"Art. 1.º — E delegada competência ao Vice-Governador do Estado, aos Secretários de Estado, aos Chefes da Casa Civil e Militar do Gabinete do Governador, ao Procurador-Geral da Justiça e ao Consultor-Geral do Estado para a prática dos seguintes atos, dentro das respectivas áreas de atuação:

.....
VI — autorização, prorrogação e revogação de afastamento do exercício no órgão de lotação, referida no artigo 35 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, exclusivamente no âmbito do Poder Executivo Estadual: Administração Direta, Indireta e Fundações, observada a legislação pertinente."

Mais tarde, o Decreto n.º 29.021, de 18 de julho de 1979, que revogou os anteriores, outorgou, em seu artigo 1.º, inciso VII, a mesma competência às mesmas autoridades.

E, atualmente em vigor, o Decreto 29.834, de 14 de outubro de 1980, dispôs, neste particular, que a delegação de competência aos Secretários de Estado e demais autoridades não se aplicava à cessão de funcionários a Sociedades de Economia Mista e Fundações instituídas pelo poder Público, ou seja:

"Art. 3.º — A delegação de competência constante do artigo 1.º, item VII, do Decreto n.º 29.021, de 18 de julho de 1979, não abrange a cessão

de servidores a sociedades de economia mista e fundações do Estado regida pela Lei 6.654, de 12 de dezembro de 1973."

3. Os dois atos de Secretários dos Transportes referidos neste Parecer não podem ser considerados irregulares.

A Portaria de 31 de dezembro de 1977 não importou em cessão de funcionários, pois apenas autorizou que estes colaborassem em tarefas cometidas à CINTEA.

E a Portaria de 15 de março de 1979 foi expedida na vigência de decreto que delegava competência aos Secretários de Estado para autorização, prorrogação e revogação de afastamentos no âmbito da Administração Direta, Indireta e Fundações.

Mas, como bem salientou o Parecer 4174 para que a cessão se aperfeiçoasse, teria de ser submetida à apreciação do Governador do Estado, pois, nos termos da Drdem de Serviço n.º 02/78, à época vigente, estavam sujeitas à prévia autorização do Chefe do Executivo, as reclassificações de cargos e funções, bem como as alterações de salários, vencimentos e gratificações no âmbito da Administração Direta, Indireta e Fundações. Assim, para haver pagamento de complementação ao funcionário cedido, seria necessária autorização expressa do Senhor Governador.

4. A Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973, que dispõe sobre a cessão de funcionários às Fundações de direito privado instituídas pelo Estado e às Sociedades de Economia Mista, estabeleceu no "caput" de seu artigo 1.º que a cedência só seria possível "quando facultada por lei", "verbis":

"Art. 1.º — A cessão de funcionários às Fundações de direito privado instituídas pelo Estado e às Sociedades de Economia Mista de que seja o acionista controlador, quando facultada por lei, obedecerá às seguintes disposições:"

Não cabe verificar, no caso, se existe Lei específica prevendo a cedência de funcionários à CINTEA, porque o próprio artigo 35 do Estatuto do Funcionário Público pode ser invocado como fundamento legal para dar validade à cessão.

5. Sendo concedida a cedência, esta passará a regular-se pela Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973.

Desnecessário, por isso, o encaminhamento de Projeto de Lei estendendo à Companhia Intermunicipal de Estradas Alimentadoras disposições da mesma Lei n.º 6.654.

6. EM CDNCLUSÃO, à época em que foi autorizada a cessão de funcionários da SAPEA à CINTEA estava em plena vigência, decreto que, regulamentando o artigo 35 do Estatuto do Funcionário Público Civil, delegava competência aos Secretários

de Estado, dentro da área de sua atuação, para autorizar, prorrogar e revogar atos de afastamento de servidores no âmbito da Administração Estadual.

Para que se aperfeiçoasse, a Portaria de cedência faltou, tão-somente, a aprovação do Senhor Governador do Estado, conforme foi melhor exposto no Parecer n.º 4174 desta Procuradoria-Geral.

Uma vez aprovada a cessão, pelo Chefe do Executivo, esta passará a regular-se pela Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973, sem necessidade de provimento legislativo especial estendendo os seus efeitos à CINTEA.

Saliente-se, por fim, que não deve ser autorizada a cedência de servidores sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho porque, sujeitos ao regime da legislação federal, não se lhes aplicam as disposições do artigo 35 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 19 de dezembro de 1980.

TRANSFERÊNCIA DE FUNCIONÁRIO

ANA MARIA LANDELL DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 4332

ATO ADMINISTRATIVO. PUBLICAÇÃO, VALIDADE E EFICÁCIA.

A publicação não constitui elemento essencial à validade do ato administrativo, mas providência ligada a sua eficácia e executoriedade.

Direito adquirido — limite à revogabilidade dos atos administrativos.

Submete o Procurador-Geral do Estado ao exame deste Conselho Superior, processo referente à transferência de cargo de Procurador Fiscal do Quadro dos Funcionários Fazendários, postulada por NELSON MONTEIRO FILHO, para o cargo de Consultor Jurídico, então integrante da carreira de Consultor Jurídico da Consultoria-Geral do Estado.

Em ato anexo de fls. do Chefe do Poder Executivo, foi autorizada a transferência, amparada no artigo 44, incisos I e II, da Lei n.º 1.751/52, com base no Parecer n.º 3135/75, desta Procuradoria-Geral, em objetiva análise do Procurador do Estado ALMIRO DO COUTO E SILVA e encaminhado em 28 de novembro de 1975 à Secretaria da Administração para fins de registro e publicidade.

A unidade de Registro Funcional da Secretaria da Administração, não obstante o ato já ter sido assinado pelo Governador do Estado, remeteu, em 15 de dezembro de 1975, o expediente à Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil, pretendendo, através do citado pronunciamento, obter a fixação de uma orientação normativa por situações semelhantes que fossem encaminhadas àquele órgão para registro e publicação.

Após uma incubação silenciosa e de quase quatro anos na Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil do Gabinete do Governador, em 17 de janeiro de 1979, quase ao se proceder no Estado a mudança de Administração, o processo foi devolvido a origem, à Procuradoria-Geral do Estado, sem uma providência de ordem processual ou pronunciamento jurídico.

A Procuradoria-Geral do Estado, em 6 de fevereiro de 1979, considerando que o ato de transferência elaborado em ajustamento à tese do Parecer n.º 3135/75, já referido, e que opinou pela viabilidade legal do pretendido à época de sua edição, en-

caminhou o expediente a sua Unidade de Apoio Técnico-Administrativo, com vistas à situação funcional do servidor requerente e sua conseqüente adequação aos pressupostos definidos no pronunciamento embasador, para e reexame da matéria. Nesse sentido, foi constatado que o suporte fático que deu origem ao provimento em análise, hoje, passados 4 anos, não mais constituiria o postulante em destinatário da norma legal prevista no artigo 44, da Lei n.º 1.751/52 e que após amparo jurídico a sua pretensão.

E o relatório

A leitura do presente expediente, e mesmo do relatório, encaminham ao entendimento de que se trata de matéria referente a ato administrativo praticado por autoridade competente e com todos os requisitos essenciais para gerar efeitos insuperáveis na ordem jurídica e que foi impedido de, tempestivamente, produzir sua natural eficácia. Trata-se, na espécie, de ato administrativo que, embora apresentando em sua formação todos os elementos essenciais a sua validade — agente, objeto, motivo, forma etc. — teve sustada sua executoriedade por ausência de uma providência administrativa, ou seja, sua publicação.

As doutrinas alienígena e nacional reforçam essa compreensão, distinguindo dois planos no ser do ato administrativo: o da validade e da eficácia, que, embora não sejam concomitantes e interdependentes, pois há hipóteses de ato inválido e eficaz, integram sempre o ato administrativo perfeito. Enquanto a validade se refere à conformidade do ato ao ordenamento legal vigente, a eficácia diz respeito à possibilidade de ser executado e produzir normalmente seus efeitos.

Esse, também, o pensamento de ENRIQUE SAIAGUÉS LASO, MARCEL WALINE, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, MARCELO CAETANO, DSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA que, por conterem conceitos precisos e oportunos são transcritos, "verbis":

"Desde que o ato esteja perfeito, se produzem normalmente todos seus efeitos. Mas este princípio geral se torna consideravelmente limitado pela necessidade de notificar o ato aos interessados ou de publicá-lo, no caso, sem este requisito os efeitos do ato não alcançam aqueles. Isto deu lugar a que a doutrina distinga entre a perfeição do ato e a sua eficácia. Geralmente uma e outra se operam no mesmo momento; mas quando se requer a notificação ou a publicação, o ato não é eficaz senão quando se hajam cumpridos tais requisitos." (SAIAGUÉS LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, 4.ª ed., Montevideo. Editorial Amalio M. Fernandez, 1974, V. I, P. 488/489)

"Para surtir efeitos, o ato administrativo não só deve ser válido mas também eficaz; só assim adquirirá executoriedade e poderá ser posto em prática."

O ato administrativo se faz eficaz, adquirindo então executoriedade, mediante sua "publicação" ou "comunicação" aos interessados.

"Validade" e "eficácia" são conceitos distintos; ambos integram o ato administrativo perfeito. "Válido" é o ato que nasceu conforme o ordenamento positivo urgente. Por seu turno, a "eficácia" do ato só se vincula com sua executoriedade, com sua força executória, a possibilidade de ser colocado imediatamente em prática. De modo que somente se pode falar de "ineficácia" de um ato válido quando o mesmo ato careça de força executória." (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Olem S/A, 1966, p. 336/337).

E mais adiante, na mesma obra, ao referir-se a forma e a validade do ato, assim se expressa, ainda, o citado autor:

"Quando a inobservância do requisito formal se relacione com a eficácia do ato e não a sua validade. Assim ocorreria, por exemplo, quando não se cumpriu com o requisito de publicidade ou comunicação (publicação ou notificação, conforme as hipóteses)." (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Olem S/A, 1966, p. 336/337)

"A promulgação de um ato administrativo confunde-se com sua assinatura e o ato é executório desde que é assinado. Para valer contra terceiros é que seu conhecimento é transmitido oficialmente por meio de notificação ou de publicação." (WALINE, Marcel. Manuel Élémentaire de Droit Administratif, 4.ª ed., p. 363)

"O ato produz seus efeitos desde o dia em que ele se completou, e em conseqüência muito antes de sua notificação ou publicação, mas até esta notificação ou publicação, ele não é oponível a terceiros e portanto não pode interferir nos seus direitos e nem criar obrigações; assim na grande maioria dos casos, ele será inexequível antes de sua notificação ou publicação." (WALINE, Marcel. Précis de Droit Administratif, Paris. Editions Montchristien, 1969, p. 380)

"O ato administrativo entra em vigor a partir de sua emissão pela autoridade administrativa. Mas ele só se torna oponível aos administrados a partir de seu conhecimento por algum procedimento de publicidade."

A ausência de publicidade não atinge a validade do ato, apenas o ato "oculto" é inoponível aos administrados." (LAUBADÈRE, Andre de, *Traité de Droit Administratif*, 6ª ed., Paris, R. Pichar e R. Duvand, Au-
zias, 1973, pág. 298/299)

"O ato administrativo diz-se eficaz quando esteja apto para produzir os seus efeitos jurídicos próprios.

O destino do ato é ser cumprido se o objeto do ato é a constituição ou o reconhecimento de direitos ou de faculdades entram desde logo na esfera jurídica do destinatário e quando se fala em "cumprir" ou "aplicar" o ato a expressão corresponde ao dever imposto a todas as autoridades e agentes da Administração de respeitar tais direitos ou faculdades na sua titularidade e no seu exercício." (CAETANO, Marcelo, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1970, Tomo I, pág. 473/474)

"O ato administrativo, como ato jurídico, se diz perfeito quando esgotadas as operações necessárias para sua existência jurídica. Portanto, depois de efetuadas todas as atividades constitutivas para determinação e declaração da vontade. Destarte, antes de completamente formado, de realizados todos os elementos de sua perfeição, inexistente sob o plano jurídico, não obstante efetuados os atos constitutivos. Só com a consecução do último momento da declaração de vontade se perfaz o ciclo de sua formação, e se tem por finalizado.

Perfeito o ato administrativo, produz normalmente os seus efeitos. Entretanto, a sua eficácia depende de providências instrumentais ou de eventos futuros, que faz permanecer em estado de pendência, enquanto não se verificarem, e mesmo requer atividade administrativa material de sua execução."

"Assim, para obrigar a terceiros se impõe dele tenham conhecimento, através de comunicação ou publicação. A eficácia com referência aos outros, portanto, depende da efetiva ciência da recepção de sua participação, ou de divulgação pública, conforme a legislação a respeito. Todavia, com referência à Administração Pública, já na sua emissão pode produzir efeitos jurídicos, pois não ignora os próprios atos.

Pelo exposto, verifica-se que não se confunde a perfeição do ato administrativo com a sua obrigatoriedade. Aquela se dá com a realização do ciclo de sua formação, e esta com o seu conhecimento efetivo ou pre-

sumido. Constitui elemento da sua vigência jamais da sua perfeição. O ato administrativo já existe antes de seu conhecimento pelos administrados, embora ainda ignorado." (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 1ª edição, 1969, págs. 534/535).

"Formado o ato, pela determinação da vontade, este deve exteriorizar-se, sem o que não terá existência objetiva. E a fase de declaração, de que, em suma, emerge o ato administrativo." (MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique, *Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1969, pág. 50).

No mesmo sentido é o posicionamento assumido pelo Conselho do Serviço Público, através de voto, proferido pelo então Conselheiro ALMIRO DO COUTO E SILVA, no Parecer nº 6.560/66 e que assim manifestou:

"(...) a publicação dos atos administrativos não afeta a existência ou a validade do ato, mas diz respeito tão-somente a sua eficácia.

(...) os atos administrativos adquirem executoriedade e eficácia ou no momento em que são exarados, quando se cogitar de atos que expressem manifestação de vontade não receptícia, ou do momento em que deles tiver conhecimento o interessado, quando for de ato receptício à hipótese".

"(...) inexistente no Direito Positivo do Estado lei que exija a publicação como requisito de eficácia dos atos administrativos (...)"

Também essa é a orientação adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado, em Mandado de Segurança de nº 285, publicado na Revista Jurídica, vol. 43, págs. 155/163, e que assim decidiu:

"(...) a publicação não é elemento do ato. Faz-se a publicação para dar conhecimento a terceiros e porque, em regime democrático deve haver publicidade dos atos da administração. O terceiro que se julgar prejudicado com o ato de nomeação ou de aproveitamento terá, assim, oportunidade de tomar as providências administrativas ou judiciais que julgar conveniente.

(...) o problema só pode ser resolvido em face da lei. Se esta existe, a publicação como elemento de aperfeiçoamento do ato será imprescindível. No nosso direito, porém não há essa exigência".

De conseguinte, o ato em exame, conquanto válido, legal e perfeito, veio a ter sua executoriedade sustada por decisão arbitrária de servidor da administração, que, agindo discricionária e irrazoavelmente e com abuso de poder tomou medida desproporcionada e excessiva em relação ao que o ato do Governador do Estado desejava especificamente outorgar: a transferência de cargo de Procurador Fiscal, classe R, ocupado por NELSON MONTEIRO FILHO, para o cargo de Consultor Jurídico, classe A, integrante da carreira de Consultor Jurídico da Consultoria-Geral do Estado.

Arbitrária e irrazoável foi a medida tomada, porque a Unidade de Registro Funcional da Secretaria da Administração, através de seu Coordenador Substituto, ao pretender que o ato citado devesse fazer remissão expressa ao pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado, sugeriu providência absolutamente descabida e desnecessária, uma vez que o embasamento legal de transferência estava corretamente ali expresso.

Outrotanto, o Supervisor do Complexo de Pessoal da mesma Secretaria, ao qual cumpria, por dever legal, corrigir o desvio de poder caracterizado na ação de seu subordinado, impondo a devida continuidade ao procedimento administrativo que culminaria com a publicação do ato, ao invés fez o processo retornar ao Palácio do Governo, especificamente à Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil, com a preocupação muito subjetiva de tornar normativo um parecer da Procuradoria-Geral do Estado dirigido expressamente a um caso concreto e individual. Ou seja, pretendendo que o Governador do Estado tornasse extensiva a outros, ou genérica, uma decisão administrativa que, conquanto amparada em lei, envolvia grande dose de poder discricionário da Administração, por tratar de forma de provimento especial de cargo público, sempre examinado caso a caso, em função não só do interesse objetivo do serviço, mas também relacionada com as qualidades pessoais e funcionais do servidor.

Verificou-se pois, nesse exato momento, 15 de dezembro de 1975, o desvio da trajetória esperada e normal para um ato do Governador do Estado que, dentro de sua legítima competência e apoiado em pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado — órgão de apoio institucional ao Sistema de Pessoal, art. 4º, III, letra "d", do Decreto nº 25.999, de 30 de setembro de 1977 — promovia a transferência de cargo referido no expediente, embasada na lei estatutária competente.

Em lugar da publicação no Diário Oficial que geraria a eficácia de um ato perfeito e válido, tornando aquela decisão executória e com todos os efeitos insuprimíveis que dela decorreriam, os originais desse ato impúblico ficaram retidos na Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil.

Mesmo que o órgão técnico-jurídico da Casa Civil considerasse razoáveis as ponderações expostas pelo Supervisor de Complexo de Pessoal da Secretaria da Administração, no sentido de que o Governador do Estado, aprovando o Parecer nº

3135/75, fixaria "orientação para a solução de situações semelhantes que venham a ser encaminhadas a esta Secretaria para fins de registro e publicação", (fls. 23), a última manifestação de vontade no processo, nessa hipótese, só poderia ser do Chefe do Poder Executivo, a quem então deveria ter sido submetida a matéria.

Mas assim não ocorreu. Em 17 de janeiro de 1979, por encaminhamento do Subchefe responsável pela área técnico-jurídica da Casa Civil, o processo retornou à Procuradoria-Geral do Estado, então Consultoria-Geral do Estado, sem qualquer indicação de providência ou tramitação durante esse longo período, com despacho de seguinte teor:

"De ordem à douta Consultoria-Geral do Estado, para a fineza de informar se o assunto não se encontra equacionado. Na hipótese afirmativa o processo lá poderia ser arquivado."

A análise de tais fatos induz a que, seja por desvio ou abuso de poder, ação ou omissão inclusive o silêncio, mesmo de boa-fé, foi negado a um servidor público o gozo de direito, embasado em lei e reconhecido por autoridade competente, ao qual se adjudicaria mercê de suas condições funcionais e pessoais.

Sobre os limites da atividade discricionária da Administração, AGUSTIN GORDILLO, em seus Princípios Gerais de Direito Público, assim manifesta:

"Em nenhum momento pôde se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico, e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que constituem um limite à discricionariedade administrativa; esses limites à discricionariedade se diferenciam das faculdades regradas por constituírem em geral limitações mais ou menos elásticas, vagas, imprecisas, necessitadas de uma investigação de fato, no caso concreto, a fim de determinar sua transgressão, a par de que a redação das faculdades regradas é usualmente mais clara, ao resultar da mera confrontação do ato com a norma legal, assim a regulação é limite concreto, os princípios que freiam a discricionariedade são limites relativos ou elásticos."

E ao analisar, mais adiante, na mesma obra, os limites à discricionariedade, o citado mestre argentino os expressa e os qualifica através da "razoabilidade" (proibição de atuar arbitrária ou irracionalmente), o "desvio de poder" (proibição de atuar com uma finalidade imprópria) e a "boa-fé" (proibição de agir com má-fé, usando subterfúgios e artimanhas por ação ou omissão, inclusive o silêncio, conduzindo a engano ou a erro um administrado". (Obra citada, págs. 185/186. Ed. Revista do Tribunais, ano 1977. São Paulo)

De outro lado, é indubitoso de que a vontade do Governador do Estado em aceder na transferência que, por legal, lhe fora requerida, esta expressa claramente no ato não publicado.

Também é princípio doutrinário e assente que *"desde que um dos órgãos competentes pratique o ato, está previnida a jurisdição, isto é, outro já não pode pronunciar-se sobre o caso, salvo se lhe for permitida a revogação do ato praticado"*.

"O ato escrito é a própria decisão expressa pelo autor (...) o ato escrito é a manifestação de vontade do órgão administrativo. "CAETANO, Marcelo, "Manual de Direito Administrativo", Lisboa, Coimbra, Editora Limitada, 1970, Tomo I, 9.ª edição, pág. 464)

Assim sendo os direitos e faculdades do destinatário, emergentes do ato, impunham a todas as autoridades e agentes da administração de forma imperativa que se não lhe embaraçasse o exercício desses direitos, claramente definidos no ato em exame. O inexplicável silêncio que, entretanto recaiu sobre esse ato válido e perfeito, impediu que até agora os efeitos legítimos e esperados alcançassem o seu destinatário e a natural fruição dos direitos e vantagens ali declarados.

Cumpra, ainda, ressaltar, por importante e fundamental, que no decurso desse período, os pressupostos fáticos definidos no parecer embasador como hábeis a gerar o direito pretendido pelo postulante, foram alterados e *hoje* não mais lhe seria possível, àquela conjugação de situações que encaminharam o deferimento de sua pretensão e, conseqüentemente, o ato de transferência.

Ante as considerações já alinhadas, quadra perquirir se o ato assinado pelo Governador do Estado, encerrando decisão de autoridade competente e apto a gerar efeitos insuprimíveis na esfera jurídica do servidor requerente e para a própria Administração, não envolveria direito subjetivo adquirido pelo interessado e, portanto exigível desde o momento em que se verificou o desvio da trajetória que o levaria a publicação e, portanto a sua eficácia plena.

Sobre esse entendimento *"cumpra reavivar que o princípio de boa-fé aplica-se, ainda, com maior rigor e razão, também aos atos do Poder Público (...) com a existência e validade do ato jurídico constitui-se em favor do interessado pelo menos direito subjetivo, pretensão e ação de exigir a publicação da medida no Diário Oficial. Ao direito e pretensão correspondia por parte do Estado o dever jurídico de proceder a publicação do ato"* (ALMIRO DO COUTO E SILVA, no já citado volume ao Parecer n.º 6.560/66, do Conselho do Serviço Público).

Nesse sentido, nem mesmo a revogação pura e simples do ato governamental que autorizou o provimento em exame seria capaz de impedir ao servidor postulante o acesso — que poderá buscar inclusive por via judicial — ao cargo que legitimamente lhe foi assegurado por via do ato de transferência.

Reforça, sobremaneira, essa compreensão, orientação do Tribunal de Justiça do Estado proferida através de duas decisões apostas em Mandados de Segurança sobre matéria semelhante a versada nesse processo e que por convenientes são transcritas:

"O ato que nomeia ou aproveita cria direito subjetivo. Com o ato tem o destinatário o direito de tomar posse e de entrar no exercício do cargo. Não havia necessidade para a perfeição do ato, que fosse publicado".

Ainda, citando SEABRA FAGUNDES, a mesma decisão continua:

"O poder de revogação, porque se havendo de exercer, em relação a atos administrativos válidos, esbarra diante de direitos objetivos oriundos desses atos. Onde a manifestação de vontade da administração tenha feito nascer um direito para o indivíduo, já não será possível voltar atrás desfazendo o ato. A isso se opõe o respeito do direito adquirido que, imposto pela Constituição ao legislador, necessariamente e com maioria de razão, obriga o Administrador" (Revista de Direito Administrativo 37/437 — Mandado de Segurança n.º 285, Porto Alegre, publicado na Revista Jurídica, vol. 43, ano 1960, págs. 155/163)

"O ato de aposentadoria foi expedido e assinado pelo Chefe do Poder Executivo e referendado pelo Secretário competente. Esse ato estava, pois, em condições de ser registrado e publicado, medidas complementares — direito objetivo — que a Secretaria da Administração deveria observar, embora não essenciais, isto é, sem o alcance de afetarem o direito objetivo criado pela aposentadoria."

"Não cabe ao Judiciário intervir na Administração para determinar a prática de providências administrativas, simples complementos do ato e com abuso de poder procrastinados pela autoridade, mas nem por isso deverá o impetrante ficar impedido de usufruir as vantagens da aposentadoria, cujo direito foi reconhecido pelo Chefe do Poder Executivo."

"Concede-se, pois, a segurança ao impetrante para o efeito de poder entrar no gozo da aposentadoria concedida pelo Executivo, sem dependência do registro e publicação do ato". (Mandado de Segurança n.º 363, Porto Alegre, publicado na Revista Jurídica, vol. 53, ano 1960, págs. 120 a 131)

Força é concluir, amparado na doutrina e jurisprudência, que *"in casu"* se concentra na ausência de efeitos de um ato válido é acabado, por falta da providência administrativa da publicação — considerada como elemento não essencial a sua validade, mas simples complemento deste — e que impediu seja por desvio ou abuso de poder (ou omissão mesmo por boa-fé) que o direito do postulante constituído expressamente no ato fosse por ele fruído pelo conseqüente afastamento de sua incidência normal. Direito esse que, todavia, permanece latente desde o momento da decisão governamental que o assegurou por legítimo.

Dessa forma coerente com o disposto, se aduziria ainda, que o ato de provimento de cargos públicos, determinado pela Constituição como de competência privativa do Governador (art. 66, VI, CE) não poderia por contra a lógica, ficar na dependência de servidor — de nível hierárquico inferior — que encaminhando à publicação o ato, este passasse então a existir.

Assim, a invocação de qualquer situação fática ou jurídica, capaz de alterar a posição que, no momento aprazado, outorgou ao requerente o direito de ter sua transferência concedida, não pode, absolutamente, agora, ser argüida, por intempestiva e desconhecadora de direito adquirido, por força de ato proferido por autoridade competente, embasado em lei e em condições que, à época, eram perfeitamente adequadas.

EM CONCLUSÃO, ante todo o exposto, a solução coerente e natural a ser dada ao problema jurídico suscitado no expediente, que encontra apoio nos princípios de boa-fé e da legalidade e que respeita, ainda, direito adquirido pelo servidor NELSON MONTEIRO FILHO, será a de que publicado o ato de transferência por determinação do Chefe do Poder Executivo, tenha ele efeito retroativo, no mínimo, com coincidência a época em que a Secretaria da Administração, através da Unidade de Registro Funcional, deveria ter efetivado o registro e a publicação do mesmo, assegurando-se portanto e dessa forma, desde esse período, ao postulante, todos os direitos e vantagens pecuniárias dessa medida decorrentes.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 04 de março de 1980.

Acolho o Parecer nº 4.332, da lavra da Conselheira ANA MARIA LANOELL OE MOURA, aprovado pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado em sessão de 28 de novembro de 1979.

Restitua-se o expediente à Subchefia da Casa Civil.

Em 04-04-1980

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DISPENSA DE LICITAÇÃO

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

PARECER Nº 4.708

DISPENSA DE LICITAÇÃO: hipóteses contempladas no Decreto-Lei 200/67, artigo 126, § 2º d e h: a notória especialização e a urgência.

Dispensa de licitação para reparos urgentes em máquinas ou equipamentos agrícolas prestados por vendedor exclusivo. Justificação obrigatória do agente público junto ao superior hierárquico.

1. Trata-se de solicitação proveniente da Secretaria da Agricultura no sentido de obter dispensa de licitação para a contratação de serviços de consertos e reparos dos equipamentos agrícolas utilizados por aquela Pasta.

Argumenta o consulente dizendo que a recuperação de tratores e microtratores deve ser confiada a oficinas especializadas, indicadas pelo fabricante, sempre que tais reparos não possam ser efetuados nas próprias oficinas mecânicas do PEAB (Parque Estadual de Exposições de Esteio).

A este fator acresce o de que o conserto deve ser feito rapidamente, pois ocorre de as máquinas estarem em plena colheita, ou no plantio, ou no corte de pasto e outras atividades afins, que não podem ser interrompidas. É o argumento da urgência a endossar o pedido de dispensa do procedimento licitatório.

O Diretor da Produção Animal reitera o pedido ao Diretor-Geral daquela Pasta, evidenciando a inconveniência de uma Tomada de Preços ou mesmo Convite, nestas circunstâncias, "pois o entendimento final apenas poderá se dar com a firma ou as firmas do ramo" (fl. 04).

Encaminhado o expediente à Assessoria Jurídica da Secretaria da Agricultura, por solicitação do seu Coordenador foi juntado ao expediente declarações da Câmara de Indústria e Comércio de Canoas e da Associação Comercial de Porto Alegre atestando que determinadas firmas são revendedores exclusivos de determinadas marcas de tratores, colheitadeiras, implementos, peças e fornecimento de serviços (fls. 09 e 10).

De posse destes dados e transcrevendo lição da doutrina sobre a matéria, concluiu, por fim, aquela Assessoria pela complexidade do enquadramento da hipótese

ora em exame no elenco das dispensas contempladas no § 2º do artigo 126 do Decreto-Lei 200/67, sugerindo remessa do expediente a esta Procuradoria-Geral para parecer.

É o relatório.

2. De início somos levados a crer que o Parecer de nº 4.691, de 29 de maio de 1981, de nossa autoria, traz subsídios teóricos e emoldura a questão proposta, razão pela qual entendemos deva acompanhar o parecer presentemente formulado.

Versava-se também ali sobre dispensa de certame público pelas hipóteses da *notória especialização* (artigo 126, § 2º, letra d) e da *urgência* (letra h). Percebe-se, porém, que há aqui peculiaridades não enquadráveis nas conclusões ali expendidas, a saber:

a) a circunstância da *notória especialização* que fica definida no expediente pelas declarações já referidas, atestando a condição de revendedores exclusivos;

b) a *urgência* em efetivar os reparos, sob pena de prejuízos às máquinas e prosseguimento de atividades agrícolas imposteráveis.

Cumpra-nos, portanto, analisar estas duas espécies de circunstâncias que, se bem caracterizadas dentro das hipóteses legais, fazem por dispensar a exigência do procedimento licitatório.

3. A *notória especialização* para fins de contratação direta de serviços profissionais pela Administração Pública, exige que a *"notoriedade não se afigure existente apenas para a Administração, mas também para o possível conjunto de concorrentes a ser inadmitido no certame"*, consoante advertência de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO e SÉRGIO FERRAZ (em *Dispensa da Licitação*, SP, 1980, p. 74).

Quer dizer, para ficar suficientemente ressalvada a moralidade administrativa e resguardado o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, deve o administrador estar seguro de que aquele serviço, aquele reparo só pode ser confiado àquelas oficinas especializadas e a nenhuma outra. De tal modo que os demais prestadores de serviços mecânicos não se sintam preteridos pela escolha da Administração, já que não são concorrentes, isto é, já que não estão em igualdade de condições com aqueles fornecedores.

Esta advertência e esta cautela deve estar muito presente aos agentes públicos e supõe a convicção de estarem agindo isonomicamente. Sublinhamos este aspecto porque a fixação teórica, generalista, desta hipótese excludente do procedimento licitatório, a par de não oferecer maiores dificuldades, é, por isto mesmo, abstrata, vaga e não conclusiva de per si. O problema se põe, isto sim, caso a caso, em se ve-

rificar se, com apoio em uma suposta especialização, não está havendo favorecimento de uma empresa ou de um contratante particular, em detrimento de todos os demais.

Fixe-se sempre, como pano de fundo, que a Administração não é livre para contratar diretamente com quem deseje. Ocorre, paralelamente a esta balisa, que o norte, para o administrador é, conciliar a supremacia do interesse público com a *conquista do melhor resultado*.

Ora, configurada com correção e justeza uma hipótese em que o *melhor resultado* será atingido com a contratação direta de firma especializada, porque exclusiva no fornecimento daquelas peças e na prestação daquele serviço, esta é a maneira de lograr o melhor resultado, respeitado sempre o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos que, neste caso, significa ausência de subjetivismos por parte dos agentes públicos encarregados das contratações.

Justifica-se, assim, nestas circunstâncias, a contratação direta, *"quando a Administração necessita de trabalhos exatos e confiáveis, sem as delongas naturais da licitação e que somente poderiam ser realizados por determinados especialistas"*, conforme HELY LOPES MEIRELLES em artigo intitulado *"Contratação de Serviços técnicos com profissional ou firma de notória especialização"* (apud LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, op. cit., p. 75).

Parece-nos que é este, precisamente, o objeto da consulta ora examinada.

4. Aprofundando um pouco mais a análise desta hipótese de dispensa da licitação, somos levados a crer que ela, *in casu*, tangencia a hipótese de *inexigibilidade* da licitação pela impossibilidade fática de obter aquelas peças de outros revendedores que não a firma fornecedora, já que o faz com exclusividade. De qualquer forma esta tese supõe dados e esclarecimentos fáticos que o expediente não contém.

Questão paralela a esta ora examinada diz respeito à escolha das *marcas* destes equipamentos adquiridos pela Administração (MASSEY FERGUSON, AGRALE, TOBATA), de tal sorte que

"(...) sempre que haja escolha de marca pode isso implicar, necessariamente, uma dispensa tanto para aquisição, quanto para manutenção posterior",

no registro de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO e SÉRGIO FERRAZ (op. cit., p. 96).

Com a ressalva de que

"É possível que, embora escolhida a marca, haja diversos representantes comerciais que possam trazer à Administração qualquer vantagem adicional. E se assim for, a licitação é obrigatória".

Concluiu-se daí, a *contrariu sensu*, que havendo tão-somente um representante comercial apto a fornecer aquele bem e prestar aquela modalidade de serviço, pode-se proceder à contratação direta.

Adverte, porém, ADILSON DALLARI, com rara felicidade que *"se nós pudermos escolher, sempre, a marca do produto, nós estaremos sempre diante de uma permanente autorização para não realizar a licitação. Se se puder sempre escolher a marca do produto nunca será necessário realizar licitações para os contratos de fornecimento, porque cada produto tem o seu fornecedor ou produtor"* (em Aspectos Jurídicos da Licitação, p.44).

Esta, a importante advertência que deve ser aqui registrada, para funcionar como balisa à moralidade e legalidade da atuação administrativa.

5. No que concerne ao argumento da *urgência*, encontra guarida na letra *h* do § 2º do artigo 126 o Decreto-Lei 200/67, cuja redação inclui o pronto atendimento de situações que possam ocasionar prejuízos a bens ou equipamentos.

Esclareça-se, também aqui, que a colocação teórica deste requisito de dispensa do procedimento licitatório conterà sempre alguma vaguidade. A aferição da urgência se dá caso a caso, justificando a rápida atuação do Poder Público com fins a evitar conseqüências lesivas ao patrimônio público ou aos interesses dos administrados ali considerados.

Neste sentido é a lição convergente da doutrina, ilustrada por HELY LOPES MEIRELLES (em Licitação e Contrato Administrativo, 4ª ed. p. 113) precisamente, entre outros, com o exemplo da quebra de máquinas ou equipamentos que venham paralisar ou retardar o serviço público.

Reforça o mesmo autor que *"o reconhecimento da emergência é de valoração subjetiva, mas há de estar baseado em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa da licitação"*. (op. cit., p. 114).

Verifica-se daí, a dificuldade, senão a quase impossibilidade, de teorizar sobre esta circunstância ensejadora de dispensa da licitação, validando-se somente quando posta em concretude, de fato.

6. Ficam, porém, os agentes administrativos advertidos a respeito da obrigatoriedade de justificar perante seu superior hierárquico de que procederam a contratação direta, dando suas razões. A autoridade a quem de direito, dirá por sua vez, *"do acerto da medida e se for o caso, promoverá a responsabilidade de quem a dispensou"* (Hely, op. cit., p. 114).

O que se pretende aqui ressaltar é que o anúncio das duas hipóteses presentemente versadas não podem em absoluto representar um *"vale tudo"* para a Administração, permitindo que se generalize a prática da dispensa da licitação, pela ex-

tensão indevida a outras situações não atingidas pela exceção legal. Pois, dado que são hipóteses excepcionais, seu alcance é sempre restrito e sua interpretação, não extensiva.

7. EM CONCLUSÃO, fica a Administração pública dispensada de proceder à licitação em caso de necessitar, com motivada urgência, de efetuar reparos em máquinas ou equipamentos agrícolas, para cujas peças e serviços haja revendedor ou fornecedor exclusivo. Fica porém, o agente público obrigado a justificar tal procedimento junto a seu superior imediato, em nome da indisponibilidade dos interesses públicos.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de junho de 1981.

REMUNERAÇÃO DE FUNCIONÁRIO CEDIDO À FUNDAÇÃO

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

PARECER N.º 4.872

Cedência. Funcionário Público cedido à Fundação, com ônus para o Estado. Remuneração. 13.º salário.

Os funcionários públicos cedidos à Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) não fazem jus ao 13.º salário, pois a Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973, só permite que lhes seja paga parcela correspondente à diferença, se houver, entre o vencimento básico do cargo que ocuparem e o salário básico da função a ser exercida na Fundação, salário básico esse no qual não está incluído o 13.º salário.

O Senhor Secretário do Trabalho e Ação Social encaminha a esta Procuradoria-Geral consulta da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) sobre a legalidade do pagamento do 13.º salário aos funcionários públicos que lhe estão cedidos, com ônus para o Estado.

2. A FEBEM constitui um patrimônio personalizado, dirigido a um determinado fim. Seus bens, na maior parte, são *públicos*, eis que integralizados pelo acervo do antigo Departamento de Assistência Social do Estado; por subvenções, auxílios ou quaisquer contribuições estabelecidas pela União, Estado ou Municípios; e por dotações de autarquias (artigo 14, alíneas *a*, *b* e *c* da Lei n.º 5.747, de 17 de janeiro de 1969). Quando da sua criação, o Poder Executivo foi autorizado a abrir, na então Secretaria do Trabalho e Habitação, um crédito especial até o limite de Cr\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de cruzeiros), destinado ao atendimento das despesas com a sua instalação e funcionamento (artigo 22 da Lei n.º 5.747/69, alterado pela Lei n.º 5.766, de 16 de junho de 1969). Além disso, no artigo 21 da mesma Lei n.º 5.747/69, que é a da sua criação, constou o seguinte: "*No Orçamento da Despesa da Secretaria do Trabalho e Habitação, será consignada, anualmente, dotação suficiente para garantir a manutenção da Fundação ora criada, de montante, no mínimo, igual à quantia consignada no exercício anterior, aumentada na mesma proporção do crescimento da Receita Geral do Estado*". Não há dúvida, portanto, quanto ao caráter *público* do patrimônio da FEBEM, o qual ainda se destaca pelo fato de as

contas da Fundação estarem sujeitas, anualmente, ao exame e julgamento do Tribunal de Contas do Estado (Lei n.º 5.747/69, artigo 27), bem como à fiscalização da Secretaria do Trabalho e Ação Social e do próprio Governador do Estado, segundo prescreve o Decreto n.º 19.801, de 8 de agosto de 1969, que estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa do Estado.

3. Sendo público esse patrimônio, deve ser utilizado na *forma estatutária* (HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 3.ª ed. São Paulo, Rev. dos Trib., 1975. p. 341), visando unicamente à consecução dos fins a que se destina. A autonomia administrativa e financeira atribuída à Fundação no artigo 2.º da Lei n.º 5.747/69 está restringida, é claro, aos preceitos legais, pois a entidade é livre para decidir sobre a melhor forma da utilização de seu patrimônio, desde que o faça nos limites estabelecidos em lei.

4. Desse modo, forçoso é concluir que a FEBEM só está autorizada a remunerar os funcionários públicos que lhe forem cedidos de *conformidade com o que dispuser a legislação estadual em vigor*, não podendo, conseqüentemente, praticar qualquer liberalidade com o patrimônio que, por lei, está destinado a um fim determinado.

5. Consultando-se a legislação criadora da Fundação, verifica-se que a mesma prescreve o seguinte, sobre os direitos dos servidores públicos do Estado que lhe forem cedidos:

"Art. 18 — A FEBEM poderá, por seu Presidente, solicitar a cedência de servidores públicos do Estado, para desempenhar funções técnicas ou especializadas em seus serviços, assegurados todos os direitos previstos na legislação do pessoal do Estado". (Grifei).

O Estatuto da FEBEM (Decreto n.º 20.149, de 5 de fevereiro de 1970), por sua vez, ao tratar do assunto, prescreveu que *"a Fundação poderá completar os vencimentos dos servidores cedidos na forma da legislação estadual"* (artigo 29).

Como se vê, a legislação referente à FEBEM só permite à Fundação que ela reconheça aos servidores públicos que lhe forem cedidos *"os direitos previstos na legislação do pessoal do Estado"*, devendo ser obedecida, portanto, a Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973, que, ao dispor sobre a cedência de funcionários às fundações instituídas pelo Poder Público, com ônus para o Estado, determina o seguinte:

"II — quando o funcionário for cedido com ônus para o Estado, perceberá parcela equivalente à diferença, se houver, entre o vencimento básico do cargo que ocupar e o salário básico da função a ser exercida na Fundação ou Sociedade, observada, sempre, proporcionalidade aos horários de trabalho;" (grifei).

Há que se fazer distinção, aqui, entre *salário* e *salário básico*. O primeiro, nos termos do artigo 457, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, é integrado não só pela importância fixa estipulada, como também pelas comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador, dele fazendo parte, inegavelmente, o 13.º salário (cfr. MOZART VICTOR RUSSOMANO. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*. 5.ª ed. São Paulo, LTr, 1976. p. 460-61; MESSIAS PEREIRA DONATO. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Saraiva, 1975. p. 78; ARNALDO SUSSEKIND. *Instituições de Direito do Trabalho*. 6.ª ed. Rio, Freitas Bastos, 1974. v. 1, p. 283). O segundo, o *salário básico* de que fala a Lei n.º 6.654/73, é a *"importância fixa estipulada"* referida no § 1.º do artigo 457 da CLT, à qual são somadas aquelas comissões, percentagens, gratificações, etc. Como esclarece DÉLIO MARANHÃO, *"o § 1.º do artigo 457 confere natureza salarial às parcelas nele referidas, distinguindo-as, porém, do salário-base. Nas palavras de CATHARINO, "restringe-se a indicar os elementos que compõem o complexo do salário". As gratificações e as percentagens correspondem ao que se denomina de sobre-salário: somam-se ao salário-base, mas neste não se diluem, nem perdem suas características próprias"*. (*Direito do Trabalho*. 4.ª ed. Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1976. p. 182).

Também ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, tratando do assunto, explicam que na composição do salário pode-se distinguir um *salário-base*, que seria uma espécie de ponto de apoio para ulteriores complementações variáveis. Observam eles que *"a determinação desse salário-base, que pode ser fixado, no ajuste contratual, em um mínimo acima do legal, serve de base para as incidências dos variados suplementos salariais, que no seu conjunto pode vir a formar o salário ou remuneração global do empregado. Entre nós, em falta de previsão contratual que só pode ser feita para melhorar o tratamento econômico, o salário-base, na maioria das vezes, é fixado pelas tabelas de salário mínimo. Ao salário-base, contratual, convencional, judiciário, ou legal, juntam-se, muitas vezes, através de fontes e combinações várias, elementos suplementares do salário, que, dadas as circunstâncias, podem constituir-se em elementos integrantes do mesmo"*. (*Curso de Direito do Trabalho*. 3.ª ed. Rio, Forense, 1963. p. 208).

Resumidamente, tem-se, pois, o seguinte: *salário básico + sobre-salário = salário*. Como a Lei n.º 6.654/73 só autoriza que ao funcionário cedido seja paga parcela correspondente à diferença entre o vencimento básico do cargo que ocupar e o *salário básico* da função a ser exercida na Fundação, e como neste *salário básico* não está incluído o 13.º salário, sobre esse não pode ser calculada aquela parcela, não fazendo jus o funcionário, conseqüentemente, ao 13.º salário.

Embora se esteja fazendo uso do processo filológico de interpretação da lei, processo esse de inegável inferioridade frente aos demais recursos de exegese, é ele que, neste caso, melhor determina o sentido do texto legal em estudo. *"Quando são empregados termos jurídicos"* — ensina CARLOS MAXIMILIANO — *"deve crer-se*

ter havido preferência pela linguagem técnica." Além disso, "presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas"; — como poderia ser considerado o termo básico, em "salário básico" — "devem todas ser entendidas como palavras adrede, para influir no sentido da frase respectiva." (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4ª ed. Rio, Freitas Bastos, 1947. p. 140-41).

7. Diante do exposto, e em conclusão, opino no sentido de que os funcionários públicos cedidos à FEBEM não fazem jus ao 13º salário, pois a Lei 6.654, de 12 de dezembro de 1973, só permite que lhes seja paga parcela correspondente à diferença, se houver, entre o vencimento básico do cargo que ocuparem e o salário básico da função a ser exercida na Fundação, salário básico esse no qual não está incluído o 13º salário. Quanto à Súmula 50, do Tribunal Superior do Trabalho ("*A gratificação natalina instituída pela Lei n.º 4.090, de 1962, é devida pela empresa cessionária ao servidor público cedido, enquanto durar a cessão.*"), ela só tem aplicação, enquanto perdura a legislação estadual em vigor, àquelas hipóteses em que ao funcionário cedido são garantidos todos os direitos trabalhistas, o que não ocorre no caso ora estudado.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 12 de janeiro de 1982.

EFLUENTES LÍQUIDOS DO PÓLO PETROQUÍMICO

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

PARECER Nº 5.056

EFLUENTES LÍQUIDOS DO PÓLO PETROQUÍMICO.

Os fenômenos naturais de infiltração no solo, via lençol freático, e de evaporação, via precipitação pluviométrica, de parcelas dos líquidos que atingirem os cursos d'água, não caracterizam o lançamento indireto, vedado pelo legislador estadual. Ausência de ação humana voluntária. Exegese do artigo 1º da Lei Estadual nº 7.691, de 07 de julho de 1982.

O SECRETÁRIO DO INTERIOR, O DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS PÚBLICAS solicita exame e parecer de parte desta Procuradoria-Geral a respeito da interpretação da Lei Estadual nº 7.691, de 07 de julho de 1982, que dispõe sobre os efluentes do Pólo Petroquímico do Sul, com eventual prejuízo à solução que vem sendo implantada na área, com a aprovação do órgão técnico do Banco Nacional de Habitação, CETESB, em 30 de maio de 1982.

A dúvida interpretativa é suscitada pela Superintendência para Programas Especiais da Companhia Rio-Grandense de Saneamento (CORSAN), órgão encarregado do planejamento do Sistema de Tratamento e Disposição Final dos efluentes na Área do Pólo, com o assessoramento técnico da firma MAGNA ENGENHARIA LTDA., relativamente à vedação legal do lançamento indireto dos efluentes em cursos d'água naturais, dada a inviabilidade de impedir que os mesmos sejam atingidos indiretamente, tanto "*via lençol freático por parcelas do líquido infiltradas no solo*", como "*via precipitação pluviométrica pelas parcelas evaporadas*".

Na manifestação da CORSAN constante do Processo é dito que "é impossível romper-se o ciclo hidrológico natural" e que, a interpretar-se tais fenômenos da natureza como lançamento indireto, nem mesmo os fluviais não contaminados prove-

nientes da Área do Complexo poderiam ser conduzidos ao Rio Caí, já que os mesmos foram enquadrados pelas Normas do DMA — Departamento do Meio Ambiente como uma das correntes de efluentes líquidos do Pólo.

Opinando no sentido de que a vedação legal só se refere aos efluentes líquidos que contenham substâncias poluentes, ou não tratados, a CORSAN junta parecer da firma MAGNA ENGENHARIA LTDA., que ratifica a interpretação daquela Companhia, no sentido de que o Sistema preconizado pela CORSAN é adequado e não colidente com a antes mencionada Lei, uma vez que *“não serão atingidos nem direta, nem indiretamente, os cursos d’água naturais por efluentes líquidos do Pólo contendo poluentes, definidos estes de acordo com as Normas Técnicas da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente e com a Legislação Federal”*.

A Assessoria Jurídica da Secretaria consulente, em bem lançada Informação a respeito do assunto (fls. 12 a 15), entende que a proibição legal de lançar diz respeito ao ato humano e não aos fenômenos da natureza e que o *“comando da Lei n.º 7.691/82 não está prejudicado pela inevitabilidade da ação da natureza”*. Assim, na opinião daquela Assessoria, a evaporação ou infiltração dos efluentes líquidos, após o tratamento primário, secundário e terciário, não se caracterizarão como lançamento indireto, vedado pelo legislador.

Visando, todavia, obter uma orientação final, sobre a matéria, sugere a Assessoria Jurídica da consulente que haja um pronunciamento desta Procuradoria-Geral sobre o assunto.

É o relatório.

O dispositivo legal ensejador da dúvida é do seguinte teor:

“Art. 1.º — Fica o Poder Executivo obrigado a dispor os efluentes líquidos do Pólo Petroquímico do Sul na área do mesmo, após a realização de tratamento primário, secundário e terciário, observadas as disposições legais e constitucionais vigentes, proibido o lançamento, direta e indiretamente, em cursos d’água naturais, fluviais e lacustres. (grifo nosso).

A salutar precaução do legislador estadual tem em vista proteger o chamado ciclo da água imprescindível à vida.

Além de se preservar as águas é necessário também proteger os lençóis e cursos subterrâneos.

É fundamental que se evite o lançamento de despejos químicos que não tenham sido neutralizados, de forma a não causar danos irreversíveis aos ecossistemas.

Tal preocupação mereceu a elaboração de criterioso sistema de tratamento a cargo da CORSAN, cuja técnica avançada, segundo consta, irá reduzir a carga poluidora dos efluentes líquidos, para compatibilizá-los com os padrões exigíveis à preservação das águas.

A disposição final dos efluentes sobre o solo, na Área do Pólo Petroquímico, conforme o Sistema que vem sendo implantado, pela CORSAN está, ao que tudo indica, adequado aos objetivos colimados pela Lei Estadual em questão, na medida em que não haverá lançamento voluntário dos dejetos químicos em quaisquer cursos d’água.

Com efeito, o lançamento proibido pela Lei quer significar o ato voluntário de arremessar alguma coisa (Cfe. Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 48, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 40). Para caracterizar a ação de lançar é preciso que haja um agente com o propósito determinado de impulsionar ou arremessar algo que surtirá algum efeito.

Tal não ocorre quando algo é atingido independentemente da ação humana, mas em decorrência de fenômenos naturais inevitáveis pelo homem.

Parece evidente que o legislador estadual, ao proibir os lançamentos dos efluentes líquidos sobre os cursos d’água, não quis referir-se às ações da natureza, cujos resultados não podem ser evitados por métodos ou processos alcançados pelo conhecimento humano.

Com esta conclusão, referendamos a orientação expressada na Informação da Assessoria Jurídica da Secretaria consulente, submetida à Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 14 de setembro de 1982.

APOSENTADORIA

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 4.792

APOSENTADORIA.

Incorporação do Cargo em Comissão aos proventos do cargo de Assessor Administrativo já acrescido da gratificação atribuída à Função Gratificada. Impossibilidade.

Hipótese de acúmulo legítimo de vantagens inativatórias com vencimentos do Cargo em Comissão.

Orientação do Parecer n.º 3200/75 — PGE contrária à projetada aposentadoria voluntária do exercente de Cargo em Comissão, com tempo inferior ao da Carta Magna Federal, ainda que inativado em outro cargo.

Efetivo exercício de FG ou CC por mais de um quinquênio e aposentadoria condicionada ao cômputo de mais de quarenta anos de serviço público em geral. Adequação da Lei Estadual n.º 4.451/62 aos comandos constitucionais que tratam da matéria.

No Boletim n.º 643, da Secretaria da Administração, publicado no Diário Oficial de 31 de dezembro de 1966, se inserem dois atos de interesse do Assessor Administrativo, padrão 14-9, JUTAHY ANTÔNIO CIDADE. O primeiro se refere à aposentadoria voluntária desse servidor, incluindo-se nos proventos então determinados o valor da Função Gratificada (FG-6) correspondente à Chefia do Serviço de Comunicações e Arquivo, da Direção Geral de Administração, da Secretaria da Segurança Pública, por ele exercida. O segundo, convocando-o à atividade, é expresso quanto ao direito de perceber as vantagens previstas na Lei n.º 3.889-A, de 30 de dezembro de 1959, que, aliás, embasa o respectivo ato administrativo.

Mais tarde, o Boletim n.º 579, publicado no Diário Oficial de 4 de novembro de 1967, estampa o ato do Governador nomeando o mesmo funcionário para exercer o Cargo em Comissão (CC-6), do mesmo Serviço de Comunicações e Arquivo da mesma Secretaria de Estado.

No processo há certidões, grades de tempo de serviço, numerosas petições, apostilas retificatórias, informações, pareceres e outros documentos relativos à trajetória funcional do aludido servidor, que, na condição de ocupante daquele Cargo em Comissão, requereu e não obteve os quinquênios nessa posição, conforme entendimento do Parecer nº 4526, aprovado por unanimidade pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, a 1.º de outubro de 1980.

O funcionário em apreço pretende agora a incorporação do valor do Cargo em Comissão, ou nova aposentadoria, já que se julga amparado pela Lei nº 4.451, de 27 de dezembro de 1962.

Inobstante acolhida na área da Secretaria da Segurança Pública, a petição não é aprovada pelo Secretário da Administração que, endossando Informação de sua Assessoria Jurídica, depois de observar que "*ocupante de Cargo em Comissão, diante dos pressupostos constitucionais e estatutários específicos, goza do benefício da aposentadoria*", afirma que "*tempo e vantagens (de CC) não se comunicam com o eventual 1.º cargo, ou proventos (artigo 99, § 4.º, Constituição Federal), por se tratar de acumulação, e portanto, de situações autônomas*".

Divergindo desse entendimento, o postulante insiste na plena aplicação do citado diploma legal no caso, solicitando então a audiência desta Procuradoria-Geral, para onde vem o processo, a fim de que se fixe orientação definitiva sobre a matéria no plano administrativo.

2. Prescreve, com efeito, a Lei nº 4.451/62, tratando da aposentadoria de titular de Cargo em Comissão ou de Função Gratificada:

"Art. 1.º — 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 de provimento dessa natureza desde que tenham mais de quarenta anos de serviço público"

3. Vê-se, pois, que três são os requisitos necessários à inatividade ali prevista: investidura regular, efetivo exercício durante mais de um quinquênio em Função Gratificada ou Cargo em Comissão, e o cômputo de mais de quarenta anos de serviço público em geral.

Permite, assim, a lei em causa, a ocorrência da aposentadoria voluntária ao titular de Cargo em Comissão ou Função Gratificada, uma vez satisfeitos esses pressupostos; contudo, ao dispor sobre a incorporação aos proventos da gratificação atribuída à FG (para quem detém cargo, obviamente), dispensa a exigência da continuidade de seu exercício por cinco anos ininterruptos, exigência essa que advém da incidência combinada dos artigos 182 e 271, do Estatuto (Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952).

4. Por conseguinte, enquanto a aplicação dessas regras enseja a aposentadoria voluntária aos trinta e cinco anos de serviço, de quem provido em Função Gratificada ou Cargo em Comissão, com o direito de acrescentar aos proventos, do cargo efetivo naturalmente, o valor que remunera a FG, se exercida por *um quinquênio ininterrupto* e se conserve o funcionário nela investido no momento da inatividade, a Lei nº 4.451/62 exige apenas *cinco anos de efetivo exercício "em cargos ou funções de provimento dessa natureza"* e quarenta anos de serviço público em geral, disso resultando por igual o direito de incorporação da FG aos proventos, se desempenhada no instante da aposentadoria.

Possibilita também a aposentadoria voluntária no Cargo em Comissão do funcionário que titula cargo efetivo e que optou pela remuneração do Cargo em Comissão (artigo 190, da Lei nº 1.751/52), em situação mais vantajosa do que a regrada pelo artigo 182 (*caput*) da referida Lei Estatutária, ou seja, do funcionário, que possua, nas mesmas condições daquele investido em Função Gratificada, cinco anos de exercício, sem serem ininterruptos, de cargos em comissão.

Pertinentemente à aposentadoria por limite da idade (Constituição Federal, artigo 101, II) do funcionário investido em Cargo em Comissão ou Função Gratificada, os reflexos da Lei nº 4.451/62 podem ser resumidos na supressão do termo "*ininterruptos*" para o efeito de incorporar os valores correspondentes, tendo presente, sempre, a exigência de mais de quarenta anos de serviço público e investidura em cargo ou função dessa natureza.

A aposentadoria por invalidez do funcionário investido em Cargo em Comissão ou Função Gratificada recebeu regramento mais benigno da Lei nº 6.902/75, ao dar nova redação ao parágrafo único do artigo 182 do Estatuto do Funcionário Público.

5. No entanto, cumpre lembrar que se reserva à Constituição Federal o estabelecimento de princípios básicos que devem ser necessariamente respeitados pelos Estados e Municípios, salientando-se entre eles os que cuidam da aposentadoria do funcionário público (artigos 13, inciso V, 101 e 102). Segundo o artigo 101 citado, a inatividade voluntária ou facultativa ocorre após 35 anos de serviço público, excetuados os magistrados (artigo 113, inciso III, § 1.º) e as mulheres (artigo 101, parágrafo único), que se aposentam aos trinta anos, e mais os professores, com trinta e vinte e cinco anos de serviço, respectivamente, se do sexo masculino e feminino, em razão da Emenda nº 18 à Lei Maior do País, publicada no Diário Oficial da União de 9 de julho de 1981, que os proventos da inatividade não poderão ultrapassar a remuneração percebida na atividade (artigo 102, § 2.º).

6. Disso tudo resulta, a plena evidência,

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

— que a Lei n.º 4.451/62 será válida e eficaz se e enquanto não contrariar as prescrições do Estatuto Supremo Federal;

— que a aposentadoria do titular do Cargo em Comissão, quer acumule essa posição com proventos da inatividade (Constituição Federal, artigo 99, § 4.º), quer não (Constituição Federal, artigo 97, § 2.º), só pode ocorrer validamente em ocorrendo uma das hipóteses acima referidas (invalidez, compulsória ou por tempo de serviço) e de acordo com a legislação respectiva;

— que as inovações creditadas à Lei n.º 4.451/62 são na 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 encontra investido, possui mais de quarenta anos de serviços público cinco anos, mas não ininterruptos, de exercício de tais cargos ou funções, nos termos seguintes:

a) *Aposentadoria Voluntária*: Função Gratificada ou Cargo em Comissão (este, necessariamente funcionário efetivo que optou pela remuneração do CC): incorporação integral;

b) *Aposentadoria Compulsória*: Função Gratificada: incorporação integral; Cargo em Comissão provido por funcionário efetivo e que optou pela remuneração da-quele: incorporação integral;

— que a interpretação liberal do artigo 1.º da Lei n.º 4.451/62 no sentido de permitir aposentadoria em Cargo em Comissão, considerando tempo de serviço já utilizado em ato inativatório anterior, é inadmissível porque inconstitucional.

— que 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.

7. Ora, tem-se na espécie que o requerente já se aposentou no cargo de Assessor Administrativo, incorporando aos proventos a Função Gratificada de Chefe de Serviço na Pasta da Segurança Pública. Sua investidura no Cargo em Comissão de Chefia do mesmo Serviço é incensurável, porque respaldada pelo artigo 99, § 4.º, da Carta Magna da Nação, ou seja, cogita-se de hipótese acumulável com os proventos que percebe, mas configurando *situação autônoma*, imiscível com o cargo que deu causa à primeira aposentadoria.

8. Considerada independente, incomunicável, com tal inatividade é, portanto, a atual posição funcional do interessado.

Por outra parte, a pretensão de aposentadoria no Cargo em Comissão estaria adstrita às hipóteses constitucionais.

9. Invocável, a propósito, o Parecer n.º 3200/75-PGE, que examina anteprojeto de lei assegurando aposentadoria voluntária pelo exercício de Cargo em Comissão a funcionário já inativado em outro cargo, concluindo pela sua manifesta inconciliabilidade com as disposições constitucionais pertinentes. E sublinha:

“Não admite a Constituição, em verdade, aposentadoria voluntária com tempo de serviço inferior a 35 ou 30 anos se, respectivamente, do sexo masculino ou feminino o funcionário (artigo 101, III e parágrafo único). Tal regra só pode ser excepcionada mediante lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, como está declarado no artigo 103 da Constituição Federal. Em anterior manifestação, aludimos à possibilidade de nova aposentadoria de aposentado provido em cargo em comissão, decorrente de invalidez, o que é inconfundível com a aposentadoria voluntária. Desde que se permite ao aposentado ser investido em cargo em comissão, há de se aceitar, necessariamente, que ele venha a aposentar-se nessa nova posição, obedecidas, é óbvio, as disposições constitucionais e legais que regem a aposentadoria. Será ele, assim, novamente aposentado se, no exercício do cargo em comissão, completar 70 anos de idade ou se tornar inválido. Para a aposentadoria voluntária, só fará jus se no novo cargo, completasse 30 ou 35 anos de serviço, o que, em qualquer hipótese, é impossível de ocorrer”.

10. POR TODO O EXPOSTO, a conclusão, salvo melhor juízo, é a de que não merece acolhimento o pedido, porque

— nos proventos da aposentadoria do requerente no cargo de Assessor Administrativo se incluiu o valor da Função Gratificada que titulava, encerrando-se, assim, a relação jurídica, quanto aos direitos e vantagens decorrentes da atividade nessa posição funcional;

— a pretensão de acrescentar aos proventos o vencimento do Cargo em Comissão, em virtude da inatividade consumada como Assessor, é inadmissível, pois caracteriza situação distinta de provimento em cargo público, constituindo linha funcional autônoma, ainda que legitimamente acumulável com aquela nos termos do permissivo constitucional;

— a aposentadoria no Cargo em Comissão, por sua vez, dependerá da satisfação dos requisitos constitucionais aplicáveis: 35 anos de serviço público nesse cargo, ou 70 anos de idade ou, ainda, invalidez (artigo 101 da Constituição Federal), princípios que prevalecem sobre qualquer outro ordenamento legal.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 30 de setembro de 1981.

PROVENTOS DE APOSENTADORIA

MARISA SOARES GRASSI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.028

APOSENTADORIA. PROVENTOS INTEGRAIS.

REGIME NORMAL DE TRABALHO DE QUARENTA E QUATRO HORAS SEMANAIS.

Na sistemática instituída pela Lei n.º 7.357/80, complementada pela Lei n.º 7.397/80, o regime de trabalho de 44 horas é um componente do padrão de vencimento para os cargos classificados nos padrões de 1 a 16.

Satisfeitos os pressupostos constitucionais para a inativação voluntária com direito a proventos integrais, deve o cálculo dos mesmos ter como base o regime normal do cargo.

Hipótese distinta a dos inativos que, com a Lei n.º 7.357/80 tiveram os proventos revisados tendo em conta o regime de trabalho de vinte e duas, trinta e três ou quarenta e quatro horas em que se aposentaram (artigo 64 da Lei).

Versa o expediente sobre a fixação de proventos da funcionária NELCY SILVA DE SOUZA, Agente Administrativo, padrão 15, Classe C, matrícula n.º 73.404, com carga horária de 44 horas semanais e em exercício na Equipe de Arquivo Geral da Secretaria da Saúde e Meio Ambiente, que requereu a aposentadoria voluntária por tempo de serviço, em outubro de 1981.

Conforme Boletim n.º 6.052/81 (OOE de 25 de junho de 1981) a peticionária, com a instituição do regime normal de trabalho de 44 horas semanais para os cargos de padrão 1 a 16 do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, pela Lei n.º 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, complementada pela Lei n.º 7.397/80, reduziu para 33 horas o seu regime de trabalho, no período de 1.º de abril de 1980 a 1.º de abril de 1981, valendo-se da disposição do § 1.º do artigo 40 da denominada Lei de Reclassificação. Face ao que dispõe o artigo 41 do mesmo diploma legal, não teria a interessada completado os cinco anos para fazer jus aos proventos calculados tendo em conta o regime de 44 horas semanais.

Na Informação n.º 14/82, a Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração aponta que a exigência contrapõe-se ao dispositivo constitucional que assegura o direito a proventos integrais.

À vista da inovação introduzida pelos diplomas legais mencionados, pertinente ao regime de trabalho, e tendo em vista a problemática abordada, solicita o titular da Pasta da Administração parecer normativo desta Procuradoria-Geral do Estado.

2. "A aposentadoria é a passagem do funcionário da atividade para a inatividade remunerada, mediante afastamento definitivo do exercício do cargo, por motivo de invalidez, idade ou tempo de serviço", conforme JOAQUIM CASTRO AGUIAR. Ressalta ainda que, "formalmente, é o ato pelo qual o funcionário é declarado aposentado". (AGUIAR, Joaquim Castro, "Regime Jurídico dos Funcionários Municipais", Forense, 1977, pág. 148).

Para ABREU DE OLIVEIRA, autor da conhecida obra "Aposentadoria no Serviço Público" "chama-se aposentadoria, cuja finalidade é a eficiência do serviço, o ato da autoridade competente tendo por objeto assegurar uma pensão vitalícia ao servidor desinvestido da função pública na forma e por motivo prescritos no ordenamento jurídico". (OLIVEIRA, J. E. Abreu, "Aposentadoria no Serviço Público", Livraria Freitas Bastos S. A., 1970, pág. 7).

3. Consolida-se o direito à aposentadoria ao tempo em que foram satisfeitos os pressupostos necessários à sua concessão, o que quer dizer, à data da invalidez, da ocorrência da idade-limite ou do cumprimento do tempo integral de serviço (35 anos, se do sexo masculino, 30, se feminino, salvo a aposentadoria especial).

4. Por sua vez, o direito aos proventos da inatividade nasce no momento em que se completam os pressupostos jurídicos de sua concessão.

5. Mister, na espécie dos autos, considerar o que deve integrar os proventos da aposentadoria.

6. Na busca do conceito de integralidade dos proventos, decisões judiciais têm invocado PONTES DE MIRANDA, que ensina:

"Proventos são todas as prestações que recebem os funcionários públicos pelo fato de o serem, quer se trate de funcionários públicos em atividade, quer de funcionários públicos inativos. As gratificações adicionais são proventos. As representações são proventos. Os aumentos de vencimentos, sem caráter de permanência, são proventos". (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1", Revista Editora dos Tribunais, Vol. 3, pág. 522).

7. No entanto, não se pode deixar de destacar que, na mesma página, o mestre constitucionalista menciona a possibilidade de percepção temporária de vantagens e que, por assim se caracterizarem, não integram os proventos:

"Desde que os pressupostos do direito e da pretensão surgem, não pode lei nova retirá-las, porque tal direito e tal pretensão entram no patrimônio do funcionário público, em atividade ou não, salvo se — o que é raro acontecer — foi concedida como temporária". (PONTES DE MIRANDA, obra citada, pág. 522).

8. Não afronta, pois, qualquer princípio constitucional a lei ordinária que prevê o pagamento de determinada vantagem que irá cessar quando não mais estiverem presentes as razões que o determinaram.

9. Para melhor compreensão da matéria recordemos a classificação que a doutrina faz no que diz respeito às gratificações previstas nas nossas leis e estatutos de funcionários públicos.

10. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, ao discorrer sobre o tema, classifica essas vantagens, pelas suas características, em gratificações "ex facto officii" e gratificações "ex facto temporis". Entre as segundas estão os adicionais ("puras") e as licenças-prêmios ("modais"). Para o autor, as gratificações "ex facto officii" são as que se prendem à função pública, consideradas puramente em seu caráter objetivo. As "ex facto temporis", tendo caráter mais pronunciadamente subjetivo em relação ao funcionário, prendem-se ao fator tempo, quando não exclusivamente. Embora ambas sejam de conseqüências econômicas, as últimas têm caráter permanente.

11. No mesmo trabalho, o autor, com base em textos legais, relaciona as gratificações "ex facto officii":

I — gratificações de deslocamento, pagas, ou pagáveis a funcionários por terem estes exercício de função pública em zonas, ou locais que plenamente as justifiquem;

II — gratificações preventivas da infortunistica, pagas, ou pagáveis a funcionários por exercerem estes função pública que importe risco de vida, ou da saúde;

III — gratificações 'pro labore', pagas, ou pagáveis, quando o funcionário realize serviço extraordinário, assim entendido o que excede da jornada funcional, por antecipação, ou prorrogação desta;

IV — gratificação por serviço excedente, de caráter sempre técnico e de que a administração pública tire real proveito, desde que produzido fora do horário normal do serviço público e nenhuma relação direta mantenha com os encargos do funcionário a ser gratificado;

V — gratificação pelo exercício de função pública em comissão, quando a lei de expresso a permita;

VI — gratificações a título de representação;

VII — gratificações em virtude do exercício de um suplemento de encargos a que a lei, atentas razões de conveniências, não imprime de expresso o caráter de cargo (função gratificada);

VIII — gratificações por substituições em cargos, quando a lei permite sejam assim transitoriamente providos". (MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique, Revista dos Tribunais, 237, pág. 18).

12. A transcrição acima tem o objetivo de enumerar as vantagens denominadas de gratificações (observa-se que o termo empregado corresponde ao conceito amplo de gratificação) demonstrando que, por sua natureza são elas de caráter transitório, dependendo de expressa determinação legal a sua incorporação aos proventos da aposentadoria.

13. Nesse mesmo sentido o voto do Ministro DJACI FALCÃO, relator no RE nº 77.689-SP, acórdão da 1ª Turma do STF quando, a propósito de incorporação aos proventos da integralidade da gratificação por tempo integral e dedicação exclusiva, na forma de lei federal, ressaltou:

"A gratificação incorpora-se ao patrimônio do servidor, mas na base a que tinha direito, conforme a lei específica". (RTJ 69/581).

14. Da mesma forma o Ministro LEITÃO DE ABREU, no Agravo de Instrumento nº 69.609 (AgRg) — RN, 2ª Turma, distinguiu os proventos da remuneração percebida em atividade pelo servidor:

O que a Constituição diz, porém, no citado preceito, é unicamente que a aposentadoria será com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo. Estabelece, por conseguinte, que, com vinte e cinco anos de serviço, os proventos serão integrais, isto é, não serão calculados proporcionalmente. Não prescreve, assim, que o cálculo se faça, num e noutro caso, de modo que a integralidade do provento corresponda à integralidade do vencimento". (RTJ 86/489).

15. Assim sendo, temos que, conforme a palavra de ABREU DE OLIVEIRA, "a natureza jurídica do vencimento e a do provento, genericamente, são a mesma, não havendo, porém, uma identidade perfeita entre os regimes jurídicos a que se subordinam as duas espécies" (autor e obra citados, pág. 150).

16. Na mesma linha de raciocínio, segundo a qual, na regra de fixação de proventos mister observar as vantagens que aderem ao vencimento e as que são percebidas em caráter transitório, salvo disposição legal expressa em contrário, impõe-se analisar o que se deve conceituar como vencimento. Tarefa árdua traçar os seus contornos em face da diversidade de tratamento manifestado pelos inúmeros diplomas legais que ora definem o vencimento como "a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo correspondente ao padrão fixado em lei" (artigo 70 da Lei nº 1.751/52), ora ampliam o conceito entendendo-o como o *vencimento básico* mais as vantagens a ele aderentes.

A par dessa primeira dificuldade, deparamo-nos com as situações em que, não obstante a lei defina a vantagem como gratificação, tem essa a natureza jurídica de verdadeiro *vencimento*. Resumidamente, *vencimento em sentido estrito* pode ser considerado o *vencimento-base*, *vencimento* que se considera essencial, mas a que outras parcelas se podem juntar, essencializando-se (conferir PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1", obra citada, pág. 447).

17. Portanto, o atendimento ao princípio da integralidade de proventos importará, basicamente, como fase preliminar, em perquirir quais as parcelas da remuneração dos servidores com *caráter de essencialidade*. Necessário apreciar, então, se o legislador ordinário ateu-se às regras constitucionais porque, não obstante o regime institucional a que se acha vinculado o funcionário no sistema brasileiro, o exercício da função pública tem ganho feições próprias, sendo vedado à lei restringir os direitos e garantias dispostos na Carta Magna, ainda que de modo transversal.

18. Com propriedade resume ABREU DE OLIVEIRA:

*"A chamada 'doutrina estatutária' da relação de emprego público apresenta-se, no Brasil, com um sentido diverso daquele que lhe emprestam os mestres europeus. Enquanto no velho mundo ela significa que a situação do funcionário pode ser modificada a qualquer momento, por uma lei ordinária e até por normas regulamentares, por não ser disciplinada na Constituição, o exercício da função pública decorre, entre nós, primordial e basicamente, de uma relação jurídica cujo complexo de direitos e deveres se situa em contorno rígido, de caráter constitucional, a que se devem moldar, **benigna amplianda et odiosa restringenda**, as variações de ordem legal ou estatutária, complementares"*. (ABREU, Oliveira J. E., obra citada, pág. 32).

19. Na hipótese ora apreciada, trata-se da situação de funcionária pública provida no cargo de Agente Administrativo, padrão 15, Classe C, cujo regime normal é o de 44 horas semanais e que requereu aposentadoria por tempo de serviço, tendo reduzido, no período de 1º de abril de 1980 a 1º de abril de 1981, a carga horária para 33 horas semanais.

20. Ora, a Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, que reorganiza o Quadro Geral dos Funcionários Públicos, complementada pela Lei nº 7.397, de 18 de agosto do mesmo ano, dispôs, no que pertine aos regimes de trabalho dos cargos classificados nos padrões 1 a 16:

"Art. 40 — O regime de trabalho dos cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos classificados nos padrões 1 a 16 será de quarenta e quatro horas semanais."

21. No § 1º do dispositivo, previu a possibilidade de redução do regime normal para 33 horas ou 22 horas semanais, com vencimentos reduzidos. Com efeito, dispõe o parágrafo:

"O Governador do Estado ou a autoridade a quem tal atribuição for delegada poderá reduzir para trinta e três ou vinte e duas horas semanais, por prazo certo e nunca inferior a um ano, prorrogável por igual período, o regime de trabalho dos atuais funcionários que o requererem, caso em que os mesmos terão o vencimento básico correspondente reajustado, respectivamente, a três quartos ou a metade do padrão, incidindo sobre esse valor reduzido todas as vantagens a que tiverem direito".

22. Reza também o diploma legal que, mesmo que no decurso de sua vida funcional tenha o servidor prestado serviço em regime reduzido, poderá inativar-se no regime de 44 horas semanais, se nele estiver no momento da aposentadoria e a ele se tiver submetido por cinco anos consecutivos ou dez intercalados.

É o que dispõe o artigo 41 *verbis*:

"A redução de horário e de vencimentos de que tratam os artigos anteriores não será computada para o cálculo de proventos, desde que o funcionário se tenha submetido ao regime de quarenta e quatro horas semanais por mais de cinco anos consecutivos ou dez intercalados, e nesse regime se encontre no momento da aposentadoria".

23. Na organização de seus serviços, atendendo ao preceito disposto no artigo 13 da Lei Maior segundo o qual os Estados organizar-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitadas os princípios estabelecidos na Constituição, entre eles as normas relativas aos funcionários públicos, pode o legislador ordinário fixar venci-

mentos e vantagens dos cargos de sua órbita, estabelecer o regime de trabalho, atribuindo, ou não, gratificação por regime mais alargado etc. Legítimo, como se viu acima, a instituição de gratificações temporárias, pagas enquanto o serviço a que correspondem está sendo prestado, isto é, enquanto existir a causa que lhe deu origem. Essa afirmativa implica em dizer que, por ocasião da aposentadoria, se a vantagem não se caracteriza como vencimento ou a ele não adere pela sua natureza, ou ainda, não existir preceito de lei expressamente determinando a incorporação, não será considerada no cálculo dos proventos, o que não importará na quebra do princípio que garante a integralidade de remuneração na inatividade.

24. No entanto, na nova sistemática estabelecida pela denominada Lei de Reclassificação, para os cargos classificados nos padrões de 1 a 16, fixou-se como *regime normal de trabalho* o de 44 horas semanais. Pode o funcionário reduzi-lo por prazo certo, nunca inferior a um ano, prorrogável por igual período, findo o qual retornará ao regime normal de trabalho.

De fato, é o que prescreve o § 2º do artigo 40, *in verbis*:

"Findo o prazo ou a sua prorrogação, o funcionário retornará automaticamente ao regime normal de trabalho".

25. Pelas disposições legais, o retorno ao regime de 44 horas semanais, que é o normal, repito, não depende da vontade do funcionário, é automático, ao contrário da redução da carga horária, ela sim, condicionada à manifestação do servidor e da anuência da autoridade competente.

26. Ora, tal como dispõe a lei, não mais cabe falar, para os cargos classificados nos padrões de 1 a 16, em gratificação por regime de trabalho, quando se tratar de prestação da carga normal de trabalho, ou seja, 44 horas semanais.

27. Na hipótese dos autos, a funcionária implementou os pressupostos contidos na regra constitucional para fazer jus à aposentadoria facultativa: cumprimento do tempo de serviço. Atendendo à regra do artigo 102 da Carta Política segundo o qual os proventos são integrais quando o funcionário contar trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino, trinta anos, se do feminino, ou se professor ou professora, trinta e vinte e cinco anos respectivamente, de efetivo exercício de magistério, conforme a Emenda Constitucional nº 18/81, e considerando que pela sistemática estabelecida na Lei nº 7.357/80, para os funcionários em atividade, o regime de 44 horas semanais para os cargos classificados nos padrões de 1 a 16 não corresponde a uma gratificação de serviço mas a um componente do padrão de vencimento que deve acompanhá-lo na inatividade, faz jus aos proventos fixados tendo em conta o regime normal, independentemente do tempo a que se tenha submetido a esse regime, desde que nele se encontre no momento da aposentadoria.

28. Não procede o argumento de que a redução da carga horária tem o condão de instituir um regime individual para o funcionário, distinto do normal. Essencial para o deslinde da matéria é que na sistemática estabelecida pela Lei n.º 7.357/80, o regime normal para os cargos mencionados é o de 44 horas semanais que deverá ser considerado na futura fixação dos proventos decorrentes de aposentadoria facultativa, cumpridos os pressupostos constitucionais.

29. Não importa que o conflito com a norma constitucional seja indireto, isto é, aquele que decorre da inobservância de fórmulas ou condições prescritas pela Carta fundamental, e não de afronta a dispositivo expresso, conforme preleciona LÚCIO BITTENCOURT na obra "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis" (autor e obra citada, Forense, 1949, Rio, pág. 61).

30. Os argumentos aqui arrolados, sob outro enfoque, foram sustentados pela Procuradora do Estado ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS no Parecer n.º 4425 assim ementado:

"APOSENTADORIA. PROVENTOS INTEGRAIS.

REGIME NORMAL DE TRABALHO DE QUARENTA E QUATRO HORAS SEMANAIS.

Se o funcionário exerce o seu cargo em regime normal de trabalho de quarenta e quatro horas semanais, ao se aposentar tem direito a proventos correspondentes a esse mesmo regime, sem a necessidade de satisfazer outros requisitos, só exigíveis para o caso de incorporação de gratificação percebida por convocação para regime especial de trabalho".

31. Cabe destacar que, tanto na hipótese aqui apreciada, quanto na do Parecer n.º 4425 acima apontado, os petionários, ao requererem a passagem para a aposentadoria encontravam-se no regime de 44 Horas semanais, situação distinta a dos inativos que, com a Lei n.º 7.397/80, têm os proventos revisados tendo em conta o regime de trabalho de vinte e duas, trinta e três e quarenta e quatro horas em que se aposentaram (artigo 64 da Lei n.º 7.397/80).

32. DO EXPOSTO CONCLUÍMOS

I — Na sistemática instituída pela Lei n.º 7.357/80, complementada pela Lei n.º 7.397/80, o regime de trabalho de 44 horas é um componente do padrão de vencimento para os cargos classificados nos padrões de 1 a 16, sendo suficiente, para o cálculo dos proventos do funcionário que se inativa por tempo de serviço, que o mesmo se encontre no regime normal de seu cargo no momento da aposentadoria.

II — Na hipótese dos autos, satisfeitos pela requerente os pressupostos constitucionais para a inativação voluntária com direito a proventos integrais, deve o cálculo dos mesmos ter como base o regime normal de seu cargo, não obstante o disposto no artigo 41 da Lei n.º 7.357/80, no que pertine à exigência de submissão ao regime de 44 horas semanais por cinco anos consecutivos ou dez intercalados, se reduzida a carga horária.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 10 de agosto de 1982.

CONTRATO ADMINISTRATIVO

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

PARECER N.º 5.058

CONTRATO ADMINISTRATIVO:

A expiração do prazo do contrato sem prorrogação importa em sua extinção de pleno direito.

Responsabilidade da Administração pelos acréscimos ao seu patrimônio em detrimento do particular.

Aplicação do fator de reajuste previsto na Lei n.º 6.423/77 às obrigações contraídas pelo Poder Público.

Contribuinte do ISSQN.

Consulta a SECRETARIA DO INTERIOR, DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS PÚBLICAS a respeito do índice de atualização de preço aplicável a contrato de locação de bens móveis, somado à prestação dos respectivos serviços de manutenção, firmado em 1976, entre aquela Secretaria e a STANDARD ELECTRICA S/A, questionando, outrossim, da legalidade em ser repassado para o Estado o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza — ISSQN —, acaso incidente sobre o valor contratual.

De ressaltar que o contrato original, firmado em 28 de maio de 1976, estabeleceu como termo final de vigência o dia 31 de dezembro do mesmo ano, facultando, num mesmo passo, ao Senhor Secretário, sua prorrogação por períodos não inferiores a um ano, e permitindo a denúncia, mediante comunicação com antecedência mínima de 90 dias do prazo final de vigência.

Consta nos autos (inf.de fis.) não ter havido manifestação tempestiva do Senhor Secretário possibilitando a prorrogação do prazo na forma prevista, inexistindo o respectivo termo de prorrogação. Não obstante isso, em 16 de outubro de 1978 e 1.º de fevereiro de 1979, foram assinados termos aditivos ao contrato inicial tomado em locação à mesma empresa equipamentos outros não previstos no contrato, mas de acordo com cláusula que facultava o ajuste anterior.

Em razão de dúvidas levantadas pelo Senhor Contador Seccional quanto ao pagamento do valor contratual, quer no que se refere ao índice de atualização monetária, quer no que se refere ao pagamento do ISSQN, vieram os autos a esta Procuradoria.

É o Relatório.

É o contrato administrativo no dizer de HELY LOPES MEIRELLES "o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração". (Licitação e Contrato Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1973, pág. 181).

Entendendo aplicável ao contrato administrativo a teoria geral dos contratos, refere o mestre citado que o que o caracteriza é a presença da Administração, como parte com supremacia de poder.

Já para MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (Contratos Administrativos, Ed. Saraiva, 1981) o que distingue o contrato administrativo e o extrema dos contratos de direito privado é a presença do Poder Público em um dos pólos da relação e o objeto do contrato, condicionado pela finalidade pública a ser atingida.

Particularizando o contrato administrativo quer pela presença da Administração com seu poder de império, quer pelo elemento finalidade pública a informar o objeto, concordam os autores, no entanto, em que o contrato administrativo deve se consubstanciar através de documento escrito, onde se façam constar os direitos e obrigações dos contratantes, seus prazos de duração, a verba pela qual hão de correr as respectivas despesas, bem como quaisquer outras cláusulas necessárias ao exato cumprimento do acordo, com vistas não só a resguardar o interesse das partes mas, principalmente, para que se possa documentar a legalidade e moralidade dos negócios administrativos, sujeitos que ficam a posterior exame pelo Tribunal de Contas.

Entendendo a forma como requisito do contrato administrativo MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO ensina que

"A decisão administrativa qualquer que seja na esfera de competência deve documentar-se para que possa ter vida e conseqüências jurídicas, tanto nos atos como nos contratos".

Requisito e não elemento, a forma em matéria contratual consagra o entendimento, dando-lhe viabilidade jurídica." (ob. cit. pág. 61).

Examinando o contrato em causa, à luz dos ensinamentos supra, constata-se que a Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas, ao avençar com a Standard Electrica S/A a locação de uma mesa telefônica e os respectivos serviços de manutenção, o fez por prazo certo, até 31 de dezembro de 1976, facultado, a juízo do Senhor Secretário, a prorrogação do contrato por períodos sucessivos não inferiores a um ano e permitida a denúncia do mesmo por qualquer das partes, desde que efetivada com antecedência mínima de 90 dias do termo final de vigência.

Ora, o contrato não denunciado a tempo, ao atingir seu termo final de vigência, nem por isso se prorrogou automaticamente, tanto mais que, no caso, se subordinou a prorrogação à expressa manifestação da autoridade ali indicada.

Pretender extrair do silêncio do Senhor Secretário a autorização para prorrogação do contrato, parece-nos, seria ir além da intenção das partes, pois, do contrário, ter-se-ia dito simplesmente que não denunciado o contrato a tempo considerar-se-ia prorrogado. Impunha-se, no mínimo, a autorização tempestiva para que pudesse sobreviver o pactuado após a data de 31 de dezembro de 1976, possibilitando, nesse caso, a formalização posterior.

Essa obrigatoriedade de interpelação anual da autoridade administrativa, para que se manifestasse sobre a conveniência na manutenção do ajuste, resulta do dever de controle inerente à Administração, no qual se compreendem as faculdades de supervisionar, acompanhar, fiscalizar e intervir na execução do contrato administrativo, com vistas a adequá-lo ao interesse público. Tivesse sido ele exercitado, na época oportuna, e certamente não estariam, hoje, pendentes de pagamento faturas emitidas ainda no exercício de 1981.

Mas, e apenas para argumentar, ainda que se pretendesse extrair da cláusula entendimento outro, ver-nos-íamos frente à norma do artigo 777, do Código de Contabilidade Pública da União, que determina que os contratos deverão ter duração certa, não podendo os prazos excederem de 5 anos, com o que, irremediavelmente, estaria extinto o contrato ao se completarem 5 anos de sua vigência.

Conclui-se, pois, que na ausência de manifestação de vontade da Administração, quando esta se impunha, e não tendo sido o termo de prorrogação formalizado, ausente, também, o requisito da publicidade, o contrato inicial, ao atingir o seu termo final de vigência, em 31 de dezembro de 1976, extinguiu-se por decurso de prazo e contrato extinto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES "não se prorrogam nem se renova; é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior." (ob. cit. págs. 243/244).

Em decorrência da extinção do primeiro contrato (em 31 de dezembro de 1976) não havia possibilidade jurídica de serem firmados os aditivos de 16 de outubro de 1978 e 01 de fevereiro de 1979, tomando em locação à empresa novos equipamentos.

Ademais, não fora a impossibilidade apontada, afigura-se-nos, viciados de nulidade estariam os termos aditivos face à legislação que preside a aquisição de bens e contratação de serviços por parte da Administração, impondo-lhe a obrigatoriedade de observância ao princípio da prévia licitação.

Admitindo-se seja o procedimento licitatório matéria de direito administrativo, teremos de concluir pela competência do Estado para legislar sobre a matéria. No Rio Grande do Sul, no entanto, pouco se disse sobre licitações, restringindo-se o legislador estadual a fixar, através da Lei nº 6.499, de 22 de dezembro de 1972, limites para as diversas modalidades de licitação.

Dispôs, ademais o Poder Executivo através do Decreto nº 6.069, de 27 de abril de 1955, que regulamentou a execução de obras públicas, em seu artigo 59, que o empreiteiro ficaria obrigado a aceitar, pelos preços unitários, eventuais acréscimos ou supressões julgados convenientes ao Poder Público, até o limite de 1/4 do valor correspondente ao contrato inicial, com isso, implicitamente, autorizando a seus agentes a crescerem, até esse limite, os valores dos contratos, objeto de licitações.

No que diz com serviços nada estabeleceu a legislação estadual a respeito de acréscimos posteriores à elaboração do procedimento licitatório, parecendo-nos que se não o disse não o permitiu, estando assim vedado ao Administrador, sem ofensa ao princípio da licitação, atribuir, no decorrer do contrato, novos serviços ao licitante vencedor, a menos que se possa enquadrar o caso em uma daquelas hipóteses de dispensa prevista pelo Decreto-Lei nº 200/67.

É o que, no particular, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"É também obrigação do contratante suportar os acréscimos e supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, dentro dos limites previstos nas leis ou nos cadernos de encargos da repartição..."

Além dos limites legalmente admitidos a Administração fica obrigada a licitar o acréscimo, salvo se houver fundamento para sua dispensa." (grifamos, ob. cit. págs. 230/231).

Por isso, a toda prova inoperante a cláusula constante no contrato inicial permitindo à Administração a locação de equipamentos outros, à empresa, no decurso do contrato, pelos preços então vigorantes, sem que exista na legislação estadual dispositivo permissivo e principalmente, sem que se fixem limites para esse acréscimo contratual, passível, inclusive, de desfigurar o objeto licitado.

Em síntese;

1 — extinto o contrato inicial não podia a Administração aditá-lo;

2 — em se tratando de serviços e de locação de bens móveis não previu a legislação estadual a possibilidade de se crescerem ao contrato ajustado novos serviços, sem prévia licitação, a menos que, em função do valor ou de peculiaridades outras, pudesse ser o objeto do aditivo motivo de dispensa com fundamento legal.

Por tudo isso, conclui-se que inexistente o direito ao pagamento por parte da empresa prestadora dos serviços com base em relação contratual o que, no entanto, não significa que não faça jus à reparação por aquilo que dispendeu.

Reconhecido pela doutrina brasileira o direito à reparação ao prestador do serviço de fato, pelo que efetivamente dispendeu, divergiu a mesma, no entanto, quanto à causa da retribuição, invocando uns, a teoria do enriquecimento sem causa, outros, a do quase contrato administrativo e outros, ainda, o artigo 107 da Constituição Federal.

Comentando a problemática dos quase-contratos administrativos MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO diz que *"tornou-se pacífico na doutrina dar como existente a figura do quase-contrato administrativo..."*

"Na prática, tais situações, embora na origem, irregulares, fazem-se acontecíveis. Explicam-se nos serviços que continuam a ser prestados, exauridos os prazos convencionados, nas subcontratações não autorizadas e de conhecimento da Administração, na gestão administrativa conferindo a terceiros obrigações carentes das formalidades essenciais." (ob. cit., pág. 270).

E, ao analisar o fundamento jurídico do quase-contrato ensina que, *"embora o quase-contrato administrativo não ostente um regime próprio orgânico, tal como o contrato de colaboração ou participação, segundo a prestação principal esteja a cargo do co-contratante ou da Administração, assim também em matéria de quase-contratos pode ela ser devedora ou credora de uma obrigação quase-contratual"* (ob. cit. pág. 271).

O certo é que tendo a empresa, originariamente contratada, prestado serviço de locação de equipamentos telefônicos, após a extinção do contrato, serviços esses de que se beneficiou diretamente o Estado, sem dúvida se constituiu o Poder Público em devedor da quantia dispendida para execução dos serviços.

Questão que se impõe é a de fixar o "quantum" a que fará jus a empresa prestadora do serviço, mormente, porque impugna o Senhor Contador Seccional o reajuste que se pretende atribuir ao preço acordado.

É de se admitir que tendo inicialmente licitado a locação e acolhido como mais conveniente a proposta da Standard Electrica S/A, os preços então avençados fossem tidos como satisfatórios para o Administrador.

A opção feita pelas partes pela atualização trimestral do valor do contrato, com base no Índice de Variação dos Produtos Industriais, usando os dados estabelecidos pela Fundação Getúlio Vargas, publicados na revista Conjuntura Econômica, implicou em reajuste superior àquele que decorreria da vinculação à variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTNs —, o que provocou a desconformidade da Contadoria Seccional junto à Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas, por entendê-lo indevido, face aos termos da Lei n.º 6.423/77, que vinculou a correção em virtude de negócio jurídico à variação nominal da ORTN.

A mesma lei em seu artigo 2º, excepcionou os contratos pelos quais a empresa se obrigue a prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, determinando que, no caso, os preços poderiam reajustar-se em função do custo da produção ou da variação dos insumos utilizados.

Visando o contrato inicial, precipuamente, a locação de bens móveis e, apenas em caráter acessório, a prestação de serviços, não nos parece possa ele ser incluído na exceção de que trata a lei, impondo-se, em conseqüência, a incidência do índice de variação nominal da ORTN, como fator de atualização do preço ao início ajustado, para fins de liquidação da obrigação decorrente do quase-contrato.

No que se refere aos pagamentos já efetuados e considerado que à época em que foi firmado o contrato inexistia disposição legal vinculando as partes a critério cogente de reajuste de preço contratual, devem ser os mesmos havidos como bons e válidos porque:

1. ao serem adotados não havia qualquer impedimento legal à sua escolha;

2. o decurso do tempo e a inexistência de má-fé por parte da empresa, somados à fundada expectativa de lisura e legitimidade que deve informar os negócios públicos transformaram uma situação de fato em um direito subjetivo, tal como ensina MIGUEL REALE, "in" Direito Administrativo, Estudos e Pareceres, Ed. Forense, RJ, 1969, pág. 139, invocando a jurisprudência administrativa francesa em lição de DE SOTO:

"O decurso de um certo tempo cria uma confiança legítima no espírito dos particulares e transforma uma situação de fato em uma situação jurídica, em direito subjetivo. Haveria, pois, uma espécie de prescrição extintiva da irregularidade do ato, ou mesmo de prescrição aquisitiva de um direito subjetivo à conservação do ato".

Por fim, parece-nos, razão assiste ao Senhor Contador Seccional em opor óbices ao pagamento do ISSQN incidente sobre o valor dos serviços prestados.

Os contratantes, quer quando firmaram o contrato inicial, quer quando firmaram qualquer de seus aditivos, estabeleceram um preço certo, equivalente ao valor dos serviços, deixando de referir que sobre o mesmo viria a incidir o ISSQN, sendo de se presumir que seu valor já tivesse sido considerado para fins de cálculo do preço avençado.

Ora a retribuição a que faz jus a empresa pelos serviços prestados deve equivaler ao preço contratual fixado pelas partes, atualizado com base na variação do valor nominal da ORTN, razão pela qual não se há de acrescer o valor do imposto, que se presume já computado no preço inicial cotado pelo ofertante.

Ademais, o Decreto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais de direito financeiro aplicável ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza — ISSQN, definiu como fato gerador, a prestação de serviços por empresa ou profissional autônomo de serviço constante na lista ao mesmo anexa, determinando, em seu artigo 10, ser o prestador do serviço o contribuinte, razão pela qual ainda se entenda incidente sobre locação de equipamentos em causa o mencionado imposto, inexistente para o pagamento pretendido, motivo de fato ou de direito a legitimá-lo.

EM CONCLUSÃO:

1. A ausência de manifestação de vontade tempestiva da autoridade administrativa, no sentido de autorizar a prorrogação de prazo contratual, quando havia determinação expressa nesse sentido, implica, uma vez implementado o prazo, na extinção do contrato de pleno direito.
2. Não havendo lei ou regulamento permissivo é vedado ao Administrador acrescentar ao contrato novos serviços ou ampliar seu objeto, sem a realização de prévia licitação ou sem dispensá-la na forma da lei.
3. Os proveitos, efetivamente auferidos pelo Poder Público após a extinção do contrato por decurso do prazo, determinam a responsabilidade de o Estado indenizar o particular a cujas expensas se produziram.
4. A atualização do valor decorrente de obrigações contraídas pela Administração há de ser feita com base na variação nominal da ORTN-Lei n.º 6.423/77, observadas as exceções estabelecidas em seu artigo 2º.
5. Contribuinte do ISSQN é o prestador dos serviços, nos termos do artigo 10 do Decreto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, presumindo-se seu valor considerado no preço ajustado pelas partes.

Por derradeiro, impõe-se, de imediato, seja realizada nova licitação com vistas a formalização de contrato administrativo objetivando a locação de equipamentos telefônicos pela Secretaria consultante, vedada a concessão por ocasião do certame, de qualquer privilégio à empresa atualmente encarregada do serviço, pena de ofensa ao princípio da isonomia previsto no artigo 153, § 1.º, da Constituição Federal.

Ainda, com referência a serem os contratos de locação de coisas precedidos de licitação, inobstante a omissão constante no Decreto-Lei n.º 200/67, afirma taxativamente HELY LOPES MEIRELLES:

"Essa locação quando feita pelo Poder Público é de ser precedida de licitação." (ob. cit., pág. 49).

Aliás, outro não poderia ser o entendimento vez que existindo na praça várias empresas em condições de oferecerem equipamentos telefônicos, mediante locação, a mesma exigência de "proteção aos interesses públicos" e "obediência aos reclamos de probidade administrativa" referidos por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em Licitação (Ed. RT.SP, 1980, pág.1), se fazem presentes no caso em exame.

PORTO ALEGRE, 15 de setembro de 1982.

AS — REGIME DE TRABALHO

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
PARECER N.º 4.883

CONVOCAÇÃO PARA REGIME ESPECIAL DE TRABALHO.

FUNÇÃO DE ASSESSORAMENTO.

A investidura em função de assessoramento, realizada nos termos do artigo 49, da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, não impede que o funcionário continue a perceber gratificação por regime especial de trabalho, para o qual estivesse convocado formalmente, por ato do Chefe do Poder Executivo.

Exegese dos artigos 47 e 48 da Lei n.º 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, acrescentados pelo artigo 1.º, item 7, da Lei n.º 7.397, de 18 de agosto de 1980.

PEDRO PAULO PHEULA, Assessor Administrativo, classe C, padrão 19, avanço 8, designado para exercer função de Assessor, nos termos do artigo 49, da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, junto à Secretaria da Agricultura, padrão AS—4, posteriormente alterado para AS—6, alegando sempre ter cumprido quarenta e quatro horas semanais de trabalho, para cujo regime só veio a ser convocado em 22 de janeiro de 1981 e invocando em seu favor o Parecer PGE n.º 4241, requer o pagamento da diferença entre as vantagens relativas aos regimes de 22 e 33 horas semanais, pelo período de 28 de janeiro de 1977 a 18 de agosto de 1980, na forma do disposto no artigo 20, da Lei n.º 6.486, de 20 de dezembro de 1972; bem como da diferença entre a gratificação por regime de 44 horas semanais e a remuneração havida por vinte e duas horas, com fundamento no artigo 48, da Lei n.º 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, acrescentado pelo artigo 1.º, item 7, da Lei n.º 7.397, de 18 de agosto de 1980, pelo período de 19 de agosto de 1980 até 21 de janeiro de 1981.

Da Secretaria da Fazenda veio o expediente para exame e parecer.
E o relatório.

2. Pretende o postulante ver sua função de assessoramento equiparada para todos os efeitos às funções gratificadas e aos cargos em comissão, forte em que o parecer supra-referido assim o estaria a autorizar.

O pronunciamento desta Procuradoria-Geral, em que se baseia o presente pedido, defende a tese de que a gratificação de assessoramento é espécie de gratificação de função, tal como o é a chamada função gratificada e, forte nesse entendimento, opina no sentido de que tal gratificação se possa incorporar aos proventos, desde que o funcionário tenha exercido função de assessoramento por cinco anos consecutivos e em tal exercício ainda se encontre à época de sua inativação.

Contudo, é este mesmo pronunciamento que afirma a diversidade existente entre tais funções, **verbis**:

"Enquanto as funções gratificadas e os cargos em comissão vêm prefixados em lei — Lei n.º 4.914, artigos 51 e 59 e Lei n.º 5.998, respectivamente, de 31 de dezembro de 1964 e de 29 de janeiro de 1970, — com retribuição certa e atribuições determinadas, voltadas ao atendimento, no serviço civil centralizado, de encargos de chefia e outros expressamente discriminados — funções de gabinete, assessoramento, secretaria, etc. — podendo ser providas por funcionário público efetivo ou estável, optativamente através de uma ou outra forma legal (função gratificada ou cargo em comissão) fazendo-se a correspondência entre essas espécies pela identidade de padrões; as funções de assessoramento previstas no artigo 49, da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, embora também delimitadas em número certo em provimentos legais e executivos — ... — deixam, contudo, à liberalidade do administrador superior, a especificação da respectiva atividade e a retribuição correspondente, esta vinculada ao padrão FG-8, dentro de um limite mínimo uma, e máximo de seis vezes o citado padrão referencial."

Dispôs a Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, em seu artigo 49:

"Para o desempenho de suas atribuições constitucionais, o Governador e os Secretários de Estado poderão ser assistidos por especialistas, civis e militares, que serão designados assessores, regulares ou eventuais, escolhidos livremente entre os servidores ou pessoas estranhas ao serviço público estadual.

§ 1.º — Para os casos previstos neste artigo, fica instituído um regime de retribuição variável segundo a natureza do serviço prestado dentro do limite mínimo, correspondente ao padrão FG-8, e máximo de seis vezes o valor desse padrão.

§ 2.º — Os assessores, quando servidores civis ou militares, serão designados por ato individual do Governador, no qual se especificará a função e a retribuição respectiva.

§ 3.º — Quando a designação recair em funcionário estadual, a retribuição adquirirá a forma de gratificação de natureza especial e, somada aos vencimentos e vantagens correspondentes ao cargo de provimento efetivo, não poderá ser superior ao limite fixado pelo artigo 54 desta Lei.

§ 4.º — Quando a designação recair em pessoa estranha ao serviço público, obedecerá a forma de contrato e o trabalho poderá ser considerado serviço público relevante." (Grifei).

Da análise do dispositivo acima transcrito, temos que a variabilidade da retribuição devida a quem presta esta espécie de assessoramento está vinculada à natureza do serviço prestado, não se cogitando do tempo gasto em seu desempenho. Nada obstaria, pois, que o assessor cumprisse vinte e duas horas semanais e percebesse a retribuição máxima, equivalente a seis vezes o valor do padrão FG-8, ou vice-versa. Tal retribuição teria, para o funcionário, natureza de gratificação — que a lei cuidou de denominar especial, já que não é de sua essência o ser atribuível a quem é detentor de cargo, mas que em tal caso assume essa característica, para ser somada aos vencimentos do cargo —, enquanto que, para quem fosse estranho ao serviço teria natureza de retribuição pelo trabalho prestado, acordado mediante contrato.

Em se tratando de funcionário, como no presente se trata, importa sua designação para função de assessoramento em retirá-lo do exercício do cargo de que é titular, seja qual for seu regime, para colocá-lo em disponibilidade plena no exercício daquela função. A assistência por ele prestada não há de se delimitar em tempo, em razão de um regime que lhe seja próprio, mas sim em razão da natureza da assistência e da necessidade do órgão assistido.

E bem verdade que em tais funções de assessoramento podemos encontrar traços afins com as funções gratificadas e com os cargos em comissão, quer a nível de prestação de trabalho, quer a nível de sua retribuição, mormente em se considerando caso de assessor que já titulasse cargo público. Deverão ser tais servidores livremente escolhidos pela autoridade administrativa, em função de suas qualidades ou qualificações especiais e da conseqüente confiança que neles deposite. Porém, é também verdade que em outros pontos se distanciam, pelo tratamento expressamente diverso que lhes tem dado o ordenamento jurídico.

O assessoramento é tão-somente uma função atribuível a alguém, independentemente da titulação de qualquer cargo ou mesmo em presença desta. A função gratificada, ao contrário, só é atribuída a quem é detentor de cargo efetivo, e em razão deste próprio cargo. Aqui a nova função adere a este e, neste sentido, igualmente sua retribuição assume característica distinta, eis que se destina exclusivamente a incidir sobre um vencimento básico, sendo, assim, uma gratificação de função em sentido próprio. Por último, o cargo em comissão, ainda que de provimento em caráter precário, é cargo, para o qual não se há de cogitar de gratificação e sim

de remuneração específica. De qualquer forma, ambos — função gratificada e cargo em comissão — possuem retribuição específica e determinada. Não se lhes estipulam um mínimo e um máximo, mas um único vencimento básico ou um único padrão de gratificação: a retribuição é fixa, só passível de variação em ocorrendo variação do regime em que o trabalho é prestado. Ademais, de regra, cargos em comissão e funções gratificadas devem ser providos, ao passo que com relação à função de assessoramento faculta-se à Administração Centralizada designar alguém assessor, que poderá ser regular ou eventual. E, tais assessores não integram o Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas ou qualquer outro, muito embora possam ser escolhidos dentre os ocupantes dos demais cargos públicos de provimento efetivo do Estado, caso em que o assessor continua titulando seu cargo de origem, embora sem exercê-lo.

Relativamente a regimes de trabalho, dispunha o artigo 5º da Lei nº 4.937/65, que os cargos classificados no nível superior do Quadro Geral dos Funcionários Públicos pudessem cumprir três regimes especiais de trabalho: de 33 horas semanais, de tempo integral e de dedicação exclusiva, sendo, em geral, o horário normal de trabalho dos cargos do Quadro Geral o relativo às especificações de cada classe.

No que respeita aos cargos em comissão e às funções gratificadas remete-nos aquele diploma legal à Lei nº 4.914, de 31 de dezembro de 1964, pela qual "o desempenho de função gratificada é privativo de funcionário público estadual" (artigo 52), enquanto que "o desempenho de cargo em comissão poderá ser feito por elemento estranho aos Quadros de Pessoal do Estado" (artigo 53).

Foi a Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, que especificou expressamente um regime normal de 22 horas semanais para os cargos de nível superior do Quadro Geral dos Funcionários, oportunizando-lhes a prestação de trabalho em regimes especiais, — seguindo a esteira da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965 —, de 33, 44 horas semanais ou dedicação exclusiva, pelos quais percebem, respectivamente acréscimos de 50%, 100% e 150% sobre o vencimento, desde que convocados, de conformidade com o disposto nos artigos 15 e seguintes. Genericamente, dispôs esta Lei que todo funcionário, convocado para qualquer dos regimes especiais de trabalho continuaria percebendo a gratificação correspondente quando seu afastamento se desse por motivo de férias, licença-prêmio, licença para tratamento da própria saúde, nojo ou gala. A "contrário sensu", pois, afastamentos por causas diversas das acima enumeradas fariam perder a referida gratificação.

Em seu artigo 20, tratou do regime de trabalho dos cargos em comissão e das funções gratificadas:

"O funcionário estadual que for designado para função gratificada ou nomeado para cargo em comissão... (vetado)... considerar-se-á convocado para trabalhar em regime de 33 horas semanais, se a ele, ou a outro de maior duração já não estiver sujeito."

E, consoante o disposto em seus parágrafos, o detentor de função gratificada ou de cargo em comissão pode ser convocado por qualquer regime especial, incidin-

do a respectiva gratificação, sempre, apenas sobre o vencimento do cargo de provimento efetivo, sem prejuízo do direito de opção previsto no artigo 192 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 — hipótese que nem de longe se afeiçoa às funções de assessoramento. Por fim, dispõe que o provimento no regime previsto no artigo 3º, da Lei nº 5.786, de 7 de julho de 1969 implica na convocação do funcionário para regime de quarenta e quatro horas semanais.

E foi esta Lei nº 5.786 que instituiu o regime especial de provimento de funções gratificadas e de cargos em comissão, de 44 horas semanais, pelo qual o vencimento ou a gratificação do respectivo padrão é multiplicado por dois.

Nenhuma menção, pois, às funções de assessoramento de que tratou o artigo 49 da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965.

Assim sujeita a remuneração pelo desempenho de tais funções à própria natureza destas e não a regime horário em que fossem prestadas, justificada estava a vedação efetuada pela Portaria Intersecretarial, de 13 de novembro de 1973, em seu artigo 19, eis que, havendo já um limite máximo legal de retribuição, este não poderia ser alcançado pela contagem em dobro, se passível de convocação para regime especial de trabalho, como por exemplo, o das quarenta e quatro horas semanais. O artigo 49, § 1º, da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, não criou um vencimento básico ou um padrão de gratificação, mas tão-somente se utilizou de um valor de referência (FG-8), para, a partir dele, fixar os limites máximo e mínimo atribuíveis aos assessores de que tratou.

Somente aos 8 de fevereiro de 1980, veio a Lei nº 7.357, em seu capítulo "Dos Regimes do Trabalho", autorizar:

"Art. 46 — O funcionário convocado para quaisquer dos regimes especiais de trabalho de que trata o artigo 42, quando afastado do exercício real, na administração direta, do próprio cargo, somente perceberá a correspondente gratificação se o afastamento ocorrer por motivo de férias, licença-prêmio, licença para tratamento da própria saúde, licença-gestante, investidura em função de Assessor (Lei nº 4.937, artigo 49), nojo ou gala, ou em razão do disposto no artigo 48." (Artigo inserido pelo artigo 1º, item 7, da Lei nº 7.397, de 18 de agosto de 1980 — Grifei).

Anteriormente à edição de tal disposição de lei, a investidura em função de Assessor não previa que o mesmo fosse convocado a prestar regime de 44 horas semanais em seu cargo de origem. Presentemente, entretanto, a convocação pode ser realizada com relação ao cargo de provimento efetivo de que o assessor seja titular e mantida a gratificação correspondente, diante da investidura em tal função.

O mesmo diploma legal reforça, entretanto, que o cargo de que o postulante é titular é daqueles cujo regime normal de trabalho é de 22 horas semanais, alterável somente mediante convocação para regime diverso, consoante seu artigo 42:

"O regime normal de trabalho dos cargos de nível superior do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, ou seja, classificados nos padrões 17 a 20, será de 22 horas semanais, podendo seus ocupantes ser convocados para regime especial de 33 horas ou de 44 horas semanais e, ainda, para o regime de dedicação exclusiva, na hipótese e nas condições previstas pelo artigo 17 da Lei n° 6.486, de 20 de dezembro de 1972." (artigo acrescentado pelo artigo 1°, 7, da Lei n° 7.397, de 18 de agosto de 1980 — Grifei).

Saliente-se que nenhum regime especial de trabalho foi previsto para o desempenho das funções de assessoramento. Ocorreu, isto sim, a autorização de que funcionário que pudesse exercer regime especial no cargo que titulasse, mantivesse a gratificação a ele relativa, mesmo após a cessação de seu exercício, quando da investidura na função de que se cuida. Não é o Assessor que pode ser convocado, mas o funcionário que faz as suas vezes.

Entretanto, não basta à configuração de regime especial de trabalho a prestação semanal em horário superior ao normal. Fundamental é a convocação, o ato formal, de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, sujeito sempre a prazo, ainda que prorrogável.

3. EM CONCLUSÃO, entendo que não merece acolhida a pretensão do postulante de convocação automática para os regimes de 33 horas e de 44 horas semanais, na qualidade de exercente de funções de assessoramento, em equiparação aos regimes estipulados para os cargos em comissão e funções gratificadas, como sucessivamente foram autorizados nas leis acima referidas. Não é nesta qualidade que está autorizado a perceber gratificação por regime especial de trabalho, e sim como ocupante de outro cargo, em que tal regime seja permitido, eis que a função de assessoramento não comporta regimes especiais de trabalho, nem se rege pelas mesmas regras destinadas aos cargos em comissão e funções gratificadas, neste particular.

Assim, não faz jus ao pagamento das diferenças de vantagens que pleiteia, como se convocado para cumprir regime de 33 horas, pelo período de 28 de janeiro de 1977 a 18 de agosto de 1980, e de 44 horas semanais pelo período subsequente, até 21 de janeiro de 1981; podendo, entretanto, no presente, ser-lhe atribuído o regime especial de quarenta e quatro horas semanais, relativamente ao cargo de que é titular, e manter-se na percepção da respectiva gratificação, a qual não se confunde com aquela de natureza especial que percebe em razão do assessoramento que presta junto à Secretaria da Agricultura e que jamais poderá exceder ao limite máximo de seis vezes o valor da FG—8.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de janeiro de 1982.

ESTÁGIO PROBATÓRIO

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

PARECER N° 4.842

MAGISTÉRIO. ESTÁGIO PROBATÓRIO.

Na vigência do Novo Estatuto do Magistério Público Estadual, Lei N° 6.672/74, apenas estão dispensados de cumpri-lo os membros do Magistério que, ao serem nomeados, já detenham a garantia da estabilidade. (Art. 15, parágrafo único)

Revogação de disposições da Lei n° 4.293/62, no que permite com a contagem de tempo de serviço como professor contratado para o efeito de estágio probatório.

Trata-se de consulta, distribuída em caráter de urgência, oriunda da SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO, de onde se indaga, em relação ao teor em que serão efetuadas as nomeações a serem expedidas em decorrência de homologação do Concurso Público para o Magistério Estadual, Área 1, publicado no Diário Oficial do Estado de 13 de outubro de 1981, especificamente quanto à interpretação da norma do artigo 15 da Lei n° 6.672, de 22 de abril de 1974, e a aplicação ou não da Lei n° 4.293, de 04 de janeiro de 1962.

É o relatório.

2. O artigo 15 do atual Estatuto do Magistério Público Estadual, após atribuir, em seu "caput", ao Chefe do Poder Executivo ou autoridade delegada, a faculdade de nomear os candidatos aprovados em concurso, dispõe em seu parágrafo único que as referidas nomeações serão "em caráter efetivo, para cumprir estágio probatório, salvo quando se tratar de membro do magistério estável". (grifei)

Adquire, por sua vez, estabilidade, o membro do Magistério "que conclui o estágio probatório correspondente a um cargo de provimento efetivo". (artigo 101 do mesmo Diploma Legal).

3. A dúvida da Pasta da Administração consiste em saber se apenas os professores que já gozem da garantia da estabilidade estariam incluídos na benesse legal de exclusão do estágio probatório, ou se a interpretação da regra teria maior alcance, permitindo considerar outras situações tais à da Lei n° 4.293/62.

4. Constitui regra geral para que o funcionário nomeado por concurso possa adquirir estabilidade o cumprimento das atribuições do cargo por período durante o qual serão aferidas suas condições para a permanência no Serviço Público que normalmente coincide com o estatutariamente definido como estágio probatório (Constituição Federal, artigo 100 e Carta Estadual, artigo 92).

Ora, normalmente os servidores contratados ingressam no serviço público para prestação de tarefa predeterminada, na condição de servidores instáveis, não havendo maior preocupação de serem avaliados em termos de permanência no serviço, ou seja, das condições previstas para a satisfação do estágio probatório. Se isso não impede que a lei diga o contrário, evidencia tratar-se de exceção.

5. As exceções não de ser previstas em lei e interpretam-se restritivamente. Assim, no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, Lei nº 1.751/52, estão dispensados de cumprir estágio probatório apenas os funcionários ocupantes do cargo público que já cumpriram aquele período (artigo 12, III), contando-se, outrossim, para o mesmo efeito, o tempo de interinidade no mesmo cargo ou aquele prestado em outros de provimento efetivo, desde que não tenha havido solução de continuidade (artigo 17).

6. O atual Estatuto do Magistério ao empregar o termo restritivo "salvo" pretendeu excepcionar apenas em relação aos professores que, ao serem nomeados, já gozem da garantia da estabilidade. Trata-se de enumeração taxativa que não admite ampliação.

Configura-se um ato de dispensa de praticar o estabelecido na regra geral e que, por isso abrange apenas o caso que especifica (MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 234).

7. Revogadas, desta maneira, por incompatíveis com lei posterior, as disposições constantes da Lei nº 4.293/62, quando permitiram, em seu artigo 1º, que "os professores do magistério primário, formados pelas escolas normais de 1º ou 2º ciclo ou pelas escolas normais rurais" pudessem contar "seu tempo de serviço como professor contratado do Estado", integralmente, para o efeito de estágio probatório.

Trata-se, ademais, de norma legal editada para atender realidade educacional que já se encontra superada. Com o advento da Lei nº 6.672/74, que adaptou a estrutura do Magistério Estadual aos preceitos da Lei Federal nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, não se fala mais em professor de ensino primário, nem em escolas normais de 1º ou 2º ciclo.

Hoje em igualdade de condições, disputam cargos do magistério estadual para lecionar no ensino de 1º grau, da 1ª a 4ª série, os professores formados pelas Escolas Normais ou os titulados por Universidades, com habilitação plena.

Nesse contexto a comentada regra da Lei nº 4.293/62 conferiria privilégio injustificado aos docentes com menor formação, contrariando o espírito da atual legislação do magistério e em contraste com o disposto no artigo 97 da Carta Nacional.

EM CONCLUSÃO, opino

a) Apenas os professores que já detenham a garantia da estabilidade estão dispensados de cumprir estágio probatório; e

b) As disposições constantes da Lei nº 4.293/62, no que pertine com o estágio, se encontram revogadas com a edição do Estatuto do Magistério atual, por incompatibilidade.

É, S.M.J., o parecer.

PORTO ALEGRE, 20 de novembro de 1981.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS

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

PARECER N° 4.458

PROVIMENTO DE CARGOS CRIADOS NO LEGISLATIVO.
Nomeação por aprovação em concurso público.
Transferência. Requisitos estatutários previstos.

O Presidente da Câmara Municipal de SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA consulta sobre o preenchimento de cargos criados naquele Legislativo, através da competente lei local.

Trata-se de um cargo de Secretário Executivo, um cargo de Oficial Administrativo e outro de Auxiliar de Administração.

Os dois primeiros mencionados, informa o consulente *"estão sendo ocupados por funcionários efetivos cedidos pela Prefeitura Municipal"*.

Indaga, então, sobre como proceder para que a efetivação destes funcionários nestes cargos seja definitiva.

Pergunta, ainda, se o funcionário ocupante do cargo de Secretário Executivo poderá ser, também, efetivado.

É o relatório.

Cumpre estabelecer, preliminarmente, um discrimine relevante: os atuais funcionários cedidos pela Prefeitura à Câmara *não ocupam qualquer dos cargos agora existentes* no Legislativo.

Em realidade, eles exercem as funções correspondentes aos cargos agora criados, mas ocupam postos existentes no quadro de funcionários do Executivo.

Os cargos lotados na Câmara encontram-se vagos, e assim permanecerão até que seja feito o competente provimento.

A forma normal de provimento, nessas circunstâncias, é a nomeação.

Ocorre que a Constituição Federal determinou que a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público.

Sendo já efetivos os funcionários cedidos pelo Executivo ao Legislativo, pode-se considerar que já preencheram os requisitos necessários para provimento através de outra modalidade.

Descartada, pois, a nomeação para o cargo em virtude de aprovação em concurso para preenchimento do mesmo, outra forma de provimento utilizável seria consubstanciada na figura da transferência, desde que houvesse semelhança de atribuições e igualdade de padrão de vencimentos, nos termos do artigo 30 do Estatuto dos Funcionários Públicos de Santo Antônio da Patrulha.

A Lei de Pessoal faculta, pois, a transferência, subordinando-a, porém, ao preenchimento daqueles dois requisitos fundamentais.

Outra alternativa teria sido a relocação dos cargos efetivos ocupados no Executivo para o Legislativo, acompanhados de seus detentores, através de disposição expressa de lei da iniciativa do Prefeito, de vez que representaria a perda de dois postos do quadro da Prefeitura.

Tal solução perdeu, porém, o sentido, na medida em que os cargos já foram instituídos no âmbito da Câmara de Vereadores.

Resta, portanto, a hipótese aludida de efetuar-se a transferência dos funcionários do Executivo, em exercício na Câmara, reabrindo duas vagas na origem.

Relativamente à efetivação do Secretário Executivo em função, tal dependerá de que o cargo seja em caráter efetivo, e que o seu detentor futuro já goze da efetividade, ou venha a completar, satisfatoriamente, o estágio probatório, caso venha a ser preenchido por funcionário nomeado em virtude de aprovação em concurso.

Tratando-se de transferência, indispensável é a similitude de atribuições e a equivalência do padrão remuneratório, conforme determina a lei municipal.

Fora dos casos mencionados, o provimento só poderá ser feito mediante nomeação, após realizar-se o necessário competitivo de provas, ou provas e títulos, como estabelece a Carta Magna da República e o Estatuto dos Funcionários Municipais.

O mesmo aplica-se ao terceiro cargo criado, exigindo-se a concretização de concurso público para preenchimento do mesmo, se outra forma não for viabilizada, na linha acima desenvolvida.

Este é, S.M.J., o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de agosto de 1980.

COMPETÊNCIA ESTADUAL EM MATÉRIA URBANÍSTICA

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER N.º 5.014

LOTEAMENTOS E DESMEMBRAMENTOS.

É incabível o encaminhamento de projetos de loteamentos e desmembramentos, com vistas à anuência prévia do Estado, de que cogita o artigo 13 da Lei n.º 6.766/79, enquanto não editadas normas estaduais a respeito, salvo projetos atinentes à Região Metropolitana.

A consulta provém do 19.º ESCRITÓRIO LOCAL DA SECRETARIA DO INTERIOR, DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS PÚBLICAS, sediado em Santana do Livramento, sendo subscrita pelo titular daquela repartição.

É solicitada informação sobre como orientar o particular no encaminhamento de projeto de loteamento, a ser implantado junto à linha divisória internacional a fim de obter a anuência prévia do Estado, prevista na Lei n.º 6.766/79.

É o relatório.

A Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Lei sobre o Parcelamento do Solo Urbano), em seu artigo 13 e incisos I a III, menciona as hipóteses em que caberão aos Estados o exame e a anuência prévia, para aprovação, pelos Municípios, de loteamentos e desmembramentos de glebas de terra para fins urbanos.

A seguir, refere essa lei que os Estados definirão (delimitarão), por decreto, as áreas de proteção especial, definidas por legislação estadual ou federal (artigo 13, I, e artigo 14); que estabelecerão as normas a que deverão submeter-se os projetos de loteamentos e desmembramentos, nas áreas previstas no artigo 13 (artigo 15); e que essas normas deverão procurar atender às exigências urbanísticas do planejamento municipal (artigo 15, parágrafo único).

Essas prescrições da Lei n.º 6.766/79, por si sós, não criam deveres ou obrigações aos particulares, nem ao Poder Público.

Poder-se-ia dizer que o conteúdo dos artigos 13 a 15 da Lei n.º 6.766/79 representa uma diretiva para o exercício da competência legislativa concorrente dos Estados, na medida em que aponta hipóteses onde se detectou um interesse urbanístico supramunicipal.

Cabe ao Estado editar normas próprias para sua política de desenvolvimento, inclusive normas urbanísticas, bem como planos e programas de desenvolvimento, segundo a competência que lhe é reconhecida constitucionalmente.

E isso deve ser feito através de seu Órgão Legislativo, pois que só a lei em sentido estrito pode criar deveres e obrigações, a teor do princípio inscrito em nossa Constituição Federal, segundo o qual "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (artigo 153, § 2.º). Esse princípio está presente também no artigo 43, inciso IV, da Carta Magna, onde consta que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre planos e programas nacionais e regionais de desenvolvimento. Esse último dispositivo aplica-se, "*mutatis mutandis*", aos Estados e Municípios, por força do princípio da simetria, que se extrai do diploma constitucional, especialmente de seus artigos 10 e 13.

Só poderá haver interferência no Estado no planejamento urbano local, naquilo que transcenda o "*peculiar interesse*" do Município, expressão com significado lato, destinada a dar contorno à autonomia municipal, em conformidade com a Constituição da República (artigo 15, II), que implica competência para legislar.

Podem os Estados, assim como os Municípios, com base no princípio constitucional da função social da propriedade (artigo 163, III), estabelecer, por lei, regras administrativas e urbanísticas que integrarão o regime da propriedade urbana.

No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA,

"a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois também estabelece o seu regime fundamental. O direito civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente regula as relações civis a ela pertinentes". (RDA Vol. 142, p. 2).

"O regime jurídico da propriedade não é uma função do direito civil, mas o é de um complexo de normas jurídicas: constitucionais, administrativas, urbanísticas, empresariais e também civis. Em todo o caso, sempre sob a inspiração e ordenação do princípio da função social". (idem, p. 4).

Por ora, inexistem em nosso Estado as normas ditas complementares pela Lei n.º 6.766/79, que indicariam as metas da política urbana estadual, estabelecendo

requisitos que dariam suporte à exigência do exame e anuência prévia mencionados no artigo 13 daquela lei, bem como a diretrizes do planejamento estadual a serem fornecidas aos Municípios.

Há um projeto de lei a respeito da matéria em tramitação na Assembléia Legislativa gaúcha.

São inexigíveis o exame e a anuência prévia do Estado, de que cogita o artigo 13 da Lei n.º 6.766/79, enquanto não editadas as normas estaduais estabelecendo "*critérios a compor as áreas de aglomeração urbana*" e "*fixando os requisitos a serem implementados pelos projetos sujeitos à aprovação prévia do Estado*". Cabe aos Municípios a aprovação na forma genérica do artigo 12 da referida lei, devendo ser desconsiderada a exceção objeto de seu artigo 13, na ausência de lei estadual a respeito.

Nessas circunstâncias, não poderão recair as sanções penais e administrativas contidas na Lei n.º 6.766/79, sobre quem quer que seja, por omissão da formalidade aludida em seu artigo 13.

Ressalva-se a hipótese de projetos de parcelamento na Região Metropolitana, sobre os quais incidem as Leis Complementares n.ºs 14/73 e 27/75, e que devem ser submetidos a exame e anuência prévia da autoridade metropolitana do nosso Estado.

Nesse sentido, manifestou-se esta Casa, através do Parecer n.º 4.473, de 11 de setembro de 1980, segundo os termos acolhidos pelo Procurador-Geral do Estado, Doutor MÁRIO BERNARDO SESTA, em seu despacho da mesma data, mediante o qual aprovou parcialmente dito parecer.

Quanto ao caso ora em foco — loteamento junto à linha divisória internacional — embora o artigo 13, I, da Lei n.º 6.766/79 se refira a áreas de interesse especial, assim definidas pela legislação estadual ou federal, ao cogitar de exame e anuência prévia dos Estados, somos de opinião que, tratando-se de "*área de interesse da segurança nacional*", como é a "*faixa de fronteira*", definida em lei federal, não fica afastada a exigência de assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, por ato de sua Secretaria-Geral, para a abertura de vias de transporte junto à fronteira (Lei n.º 6.634, de 2 de maio de 1979, artigo 2.º, I, e parágrafo 2.º), o que deve ser providenciado pelo Município que licenciar o loteamento.

EM CONCLUSÃO, dada a inexistência de normas estaduais sobre a atividade urbanística, criando deveres ou obrigações para os particulares, proprietários de glebas de terra, é incabível, por ora, o encaminhamento de projetos de loteamentos e desmembramentos ao Poder Executivo Estadual, com vistas a exame e anuência prévia, salvo se atinentes à Região Metropolitana.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 28 de julho de 1982.

DENOMINAÇÃO DE VIAS, LOGRADOUROS E PRÓPRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS

MARIA IZABEL DE A. RIBEIRO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER N.º 5.023

DENOMINAÇÃO DE VIAS, LOGRADOUROS E
PRÓPRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS.

Assunto administrativo concernente ao peculiar
interesse do Município.
Competência legislativa a ser observada, de acor-
do com o exame do disposto na lei orgânica muni-
cipal.

O Senhor PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARRIO GRANDE en-
caminha ofício a esta Procuradoria-Geral do Estado, colocando a interpretação que
aquela Casa Legislativa vem dando à questão concernente à denominação de vias,
logradouros e próprios do município.

Segundo a informação constante do expediente, referida denominação é feita
mediante Decreto Legislativo, com fundamento no artigo 24, item XIII, da Lei Orgâ-
nica Municipal.

Deseja saber a consulente se é legal o procedimento legislativo que vem sendo
adotado pelo Município referente ao assunto.

Por igual, entende aquela autoridade que a resposta à questão colocada seria
uma complementação do Parecer n.º 4.612, desta Procuradoria-Geral, proferido pe-
lo Procurador do Estado JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMDS.

É o relatório.

Cumprido frisar, inicialmente, que o assunto trazido a exame, ou seja, atribuir um
nome à via, logradouro e próprio municipal, é assunto administrativo que diz respei-
to ao peculiar interesse do Município, caracterizando, pois, questão concernente à
autonomia municipal. Neste sentido o Parecer n.º 7.967 de 10 de novembro de 1975,

da Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios de São Paulo (*apud* Município Paulista. Aspectos Jurídicos. Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios. v. 2, São Paulo. 1976, p. 41).

Logo, se há de examiná-lo em relação ao ato que formaliza referida denominação, de acordo com as normas a respeito, inseridas na Lei Orgânica de cada Município.

Não se poderia, pois, complementar o citado Parecer n.º 4.612, uma vez que o estudo ali realizado, concernente à competência legislativa a ser seguida para a denominação de próprio municipal, levou em consideração os dispositivos constantes na Lei Orgânica do Município consulente, ou seja Espumoso.

Examinando a Lei Orgânica do Município de Arroio Grande, de 27 de dezembro de 1971, constata-se a ausência de norma específica sobre o tema em exame.

Desta forma, para a solução do questionado leva-se em consideração o disposto nos artigos 8.º, item XXV, 23 "caput" e 34, parte inicial, da referida lei orgânica, dispondo o seguinte:

"Art. 8.º — É da competência privativa do Município:

.....
XXV — *prover os recursos para atender aos seus interesses, promover o bem-estar de sua população e, ainda, legislar sobre tudo o que não seja, implícita ou explicitamente, atribuído à União ou ao Estado.*" (Sublinhei).

"Art. 23 — À Câmara Municipal cabe legislar, com a sanção do Prefeito, **sobre as matérias da competência do Município, e especialmente:**" (Sublinhei).

"Art. 34 — O Prefeito poderá enviar à Câmara Projetos de Lei sobre **qualquer matéria**, os quais deverão ser apreciados dentro de trinta dias a contar de seu recebimento." (Sublinhei).

Inferese da combinação do disposto nestes artigos que não se tratando de matéria, implícita ou explicitamente atribuída à União ou ao Estado, é ela da competência municipal. Portanto, será objeto de lei, e, especialmente o serão aquelas matérias enumeradas no artigo 23 da Lei Orgânica Municipal, as quais não estão aí inseridas de forma taxativa.

Por igual, não se tratando de projeto de lei de competência exclusiva do Prefeito porque não dispondo sobre as matérias previstas no artigo 33 da lei orgânica, cabe a iniciativa do mesmo a qualquer vereador, às sessões permanentes da Câmara Municipal e ao Prefeito.

Preceitua o artigo 33 da Lei Orgânica:

"Art. 33 — A iniciativa dos Projetos de Lei cabe a qualquer Vereador, às sessões permanentes da Câmara Municipal e ao Prefeito, sendo privativo deste a proposta orçamentária e aqueles que disponham sobre matéria financeira criem cargos, funções ou empregos públicos, criem ou alterem as repartições municipais, aumentem vencimentos ou vantagens dos servidores da administração centralizada ou descentralizada, importem aumento da despesa ou diminuição da receita."

Assim, a apresentação de projetos de lei que não sejam de competência privativa do Prefeito, se forma concorrentemente.

Conforme HELY LOPES MEIRELLES:

"O Prefeito, como Chefe do Executivo local, tem competência concorrente com a da Mesa, das Comissões e dos Vereadores para a apresentação de **projetos de leis** (não de **resoluções** ou de **decretos legislativos**) à Câmara, e, em certos casos, sua competência é exclusiva como veremos adiante." (Direito Municipal Brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, 4.ª ed., 1981, p. 617).

Entende-se pois que o assunto em exame é da competência do Município, referente ao seu peculiar interesse. Podendo o mesmo ser objeto de lei, de acordo com as normas antes transcritas.

No entanto, desejando o Município denominar vias, logradouros e próprios municipais *com nome de pessoas, a fim de homenageá-las*, poderá fazê-lo mediante decreto legislativo, com fundamento no artigo 24, item XIII, da Lei Orgânica Municipal:

"Art. 24 — À Câmara Municipal compete, *privativamente, entre outras atribuições:*

.....
XIII — *conceder título de cidadão honorário ou qualquer outra honraria ou homenagem a pessoas, mediante Decreto Legislativo aprovado pelo voto de, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara;*" (Sublinhei).

Referida forma de homenagear determinadas pessoas, cujos méritos se pretende glorificar, foi inicialmente adotado no Município de Porto Alegre, em 25 de setembro de 1896, através do Ato nº 19, baixado pelo Intendente JOÃO LUIZ DE FARIA SANTOS, determinando em seu artigo 1º:

"A denominação das ruas e praças é reservada à memória dos grandes homens, dos bons servidores da pátria e da humanidade e a comemorar notáveis feitos."

JOSÉ AFONSO DA SILVA aponta que compete privativamente à Câmara Municipal, entre outras atribuições, conceder título de cidadão honorário ou qualquer outra honraria ou homenagem pessoal. (O Prefeito e o Município. Fundação Prefeito FARIA LIMA. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal. 2ª ed., 1977, p. 82).

Sendo matéria de competência privativa da Câmara (artigo 24, item XIII), é prevista sob a forma de Decreto Legislativo. Neste sentido também dispõe expressamente o artigo 38 da Lei Orgânica do Município:

"Art. 38 — As matérias de competência exclusiva da Câmara serão objeto de Decreto Legislativo, salvo as que regularem matéria de sua economia interna, que serão objeto de Resolução, ambas promulgadas pelo Presidente e referendadas pelo Secretário."

Segundo HELY LOPES MEIRELLES:

"Decreto Legislativo é deliberação do Plenário sobre matéria de sua exclusiva competência e apreciação político-administrativa, promulgada pelo Presidente da Mesa, para operar seus principais efeitos fora da Câmara."

Mais adiante:

"Nessa conformidade, o decreto legislativo é próprio para a aprovação de convênios e consórcios, fixação da remuneração do Prefeito, cessação de mandatos; aprovação de contas; concessão de títulos honoríficos e demais deliberações do Plenário sobre atos provindos do Executivo ou proposições de repercussão externa e de interesse geral do Município." (op. cit., p. 546 e 547).

De acordo com o exposto, na ausência de previsão legal a respeito, sugere-se que Arroio Grande, aperfeiçoando sua lei orgânica, disponha, através de um item específico do artigo 23 da citada lei, entre as matérias de competência do Município para serem inseridas em lei, a denominação de via, logradouros e próprios do Município.

Entretanto, não sendo o assunto de competência privativa do Prefeito, poderá a iniciativa partir do legislativo, conforme antes já foi salientado.

Em nosso Estado cita-se, para exemplificar, o artigo 30 da Lei Orgânica do Município de Espumoso, a seguir transcrito:

"Art. 30 — Compete à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias atribuídas explícita ou implicitamente ao Município pelas Constituições da República e do Estado, e especialmente:

XV — legislar sobre o zoneamento urbano, bem como sobre a denominação de vias, logradouros e próprios públicos do município."

CONCLUSÃO:

1 — inexistindo na Lei Orgânica do Município norma legal específica sobre a competência legislativa a ser observada quando se trata da denominação de vias, logradouros e próprios públicos municipais, vige o artigo 8º, item XXV, combinado com os artigos 23 e 34, da lei orgânica municipal, prevendo a competência da Câmara para legislar, com a sanção do Prefeito sobre matérias concernentes ao Município. Nesta hipótese, o projeto de lei encaminhado, pode ser de iniciativa do Executivo ou do Legislativo.

2 — Tratando-se de denominar vias, logradouros e próprios públicos municipais com o nome de pessoas a fim de homenageá-las, poderá incidir o artigo 24, item XIII da Lei Orgânica do Município, prevendo decreto legislativo como a forma legal a ser adotada para o ato (quórum de 2/3).

3 — Sugere-se que no artigo 23 da Lei Orgânica do Município, o qual trata da matéria a ser legislada pela Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, seja inserida norma específica dispondo sobre a denominação de vias, logradouros e próprios públicos municipais.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 6 de agosto de 1982.

PARIDADE DE VENCIMENTOS

CAIO LUSTOSA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 4.956

FUNCIONÁRIOS DA CÂMARA MUNICIPAL.
VENCIMENTOS.

A paridade de vencimentos entre os servidores do Legislativo e do Executivo está condicionada à perfeita identidade de atribuições funcionais.

Aplicação dos artigos 98 e 108, da Emenda Constitucional n° 1.

O PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES DE TORRES solicita parecer quanto à possibilidade de equiparar vencimentos de servidores daquele legislativo a "cargos de atribuições iguais ou assemelhados do Poder Executivo".

Indaga se é legal semelhante equiparação, já que a Câmara teria cargos iguais aos do Executivo. E pergunta se os cargos de Secretário e de Consultor Jurídico da Câmara são iguais ou assemelhados aos de denominação idêntica na área executiva. Solicita, por fim, orientação de como proceder, em caso afirmativo, para efetuar a equiparação.

É o relatório.

Em princípio, admite a doutrina a perfeita paridade de vencimentos dos serviços das Câmaras Municipais com os do Executivo, "porque na realidade são servidores públicos do Município, como os que prestam serviços à Prefeitura". (HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Municipal Brasileiro", 3ª ed., p. 748).

Isso porque, no entender desse administrativista, "não é admissível a disparidade de vencimentos, encargos e vantagens entre funcionários da Câmara e da Prefeitura, que exerçam funções idênticas ou equivalentes, porque tal desigualdade infringe o princípio constitucional da isonomia, isto é, da igualdade jurídica". (ibidem).

O artigo 98 da Emenda Constitucional n° 1 estabelece que os vencimentos dos cargos dos três poderes não poderão ser superiores aos pagos pelo Executivo, "para cargos de atribuições iguais ou assemelhados" e, em seu parágrafo único, veda a vinculação ou equiparação de qualquer natureza, para fins de remuneração no ser-

viço público. Por sua vez, o artigo 108 e seu parágrafo 1º esclarece que essas vedações se aplicam inclusive aos funcionários das Câmaras Municipais, estendendo a estes "os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos do serviço civil do respectivo Poder Executivo".

Além disso, a Lei Complementar nº 10, de 6 de maio de 1971, que fixou normas para o cumprimento do disposto nos artigos 98 e 108, § 1º antes mencionados, — ainda que específica ao funcionalismo federal — determina que a "classificação dos cargos ... sem paradigma no serviço civil do Poder Executivo, será precedida de levantamento de suas atribuições, para adequada avaliação e conseqüente fixação de seus vencimentos, respeitado o sistema de atribuições vigorantes no Poder Executivo" (artigo 2º, § 2º); explicitando, ainda, que tal levantamento só será dispensável quando se trata de "classificação dos cargos de denominação igual a dos cargos do Poder Executivo que tenham o mesmo grau de responsabilidade e exijam a mesma formação profissional" (§ 3º).

Em, pelo mesno, cinco oportunidades, esta Procuradoria-Geral manifestou-se sobre a matéria.

No Parecer nº 2.605, de 5 de agosto de 1974, o Procurador do Estado ADAURY PINTO FILIPPI, reiterando, inclusive, outro Parecer de sua autoria (nº 2.363), e reportando-se ao de nº 2.457, emitido pela Procuradora do Estado RENITA MARIA HÜLLEN, sustentou que é "vedada a vinculação ou equiparação, para o efeito de percepção de vencimentos, do cargo de Secretário Executivo de Câmara ao de Secretário Municipal". Em parecer mais recente, o de nº 4.122, datado de 10 de agosto de 1979, a Procuradora do Estado MARISA SOARES GRASSI, em resposta a uma consulta do Prefeito de Torres, também expendeu o entendimento de que "é vedado pela regra constitucional a equiparação ou vinculação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, conforme o parágrafo único do artigo 98 da Carta Federal".

Frente à legislação mencionada e aos pareceres anteriormente emitidos por esta Casa, entendemos — em resposta à primeira consulta ora formulada — que à Câmara de Vereadores de Torres é vedado equiparar os vencimentos de seus servidores aos do Executivo Municipal. Cabe-lhe, isso sim, no exercício de suas prerrogativas (artigo 24, IV, da Lei Orgânica) organizar os seus serviços, criando os cargos e atribuindo-lhes os vencimentos, desde que obedecidos os preceitos constitucionais e da Lei Complementar nº 10. Ao fazê-lo, deverá ter presente, no mínimo, e por isonomia, os critérios de "responsabilidade" e "formação profissional", exigidos pelo artigo 2º, § 3º, desse último diploma; o que poderá redundar ou não em equivalência de remuneração entre servidores da Câmara e os do Executivo Municipal.

Entendemos, assim, que a Câmara não pode vincular ou equiparar os vencimentos de seu pessoal ao do Executivo; mas pode, isso sim, por ato legislativo de

sua competência, e após fixar o grau de atribuições de cada cargo, atribuir-lhes vencimentos, até mesmo, de níveis idênticos aos do Executivo. Pois, como bem frisou a Procuradora MARISA GRASSI, "a fixação de níveis de vencimentos obedece normalmente a critérios de política administrativa, observadas as repercussões orçamentárias, e, se é comum que a cada padrão se atribua o mesmo valor, nada impede que a lei estabeleça de maneira diversa". (Parecer nº 4.122).

Quanto à segunda consulta, formulada pelo Presidente da Câmara de Torres — se os cargos de Secretário da Câmara e de Consultor Jurídico seriam iguais ou assemelhados aos de Secretário e Consultor Jurídico do Executivo — somos por respondê-la, em princípio, negativamente. Tudo faz crer que o caráter esporádico das reuniões da Câmara e, mais do que isso, o volume e conteúdo das atribuições de seu Secretário e de seu Consultor Jurídico, em pouco os identificam ou assemelham a um secretário municipal ou a um consultor jurídico do executivo municipal. Ora, nos termos do já citado § 3º, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 10, para que se admita a paridade entre os servidores do Legislativo e os do Executivo, não basta idêntica formação profissional. Exige-se, também, "o mesmo grau de responsabilidade". Semelhante diretriz aplica-se, isonomicamente, à órbita do município.

Eis o que já foi bem demonstrado no Parecer nº 4.338, de 20 de março de 1980, da Procuradora VERENA BECKER:

"O direito do funcionário da Câmara aos mesmos vencimentos de funcionário da Prefeitura depende da igualdade ou semelhança de atribuições entre os dois cargos e de previsão em lei municipal." ("Revista PGE", vol. 28, págs. 169/171).

Nada a acrescentar.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 10 de maio de 1982.

TRABALHOS FORENSES

CORREÇÃO MONETÁRIA DE VENCIMENTOS ATRASADOS

RAZÕES DE APELAÇÃO

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL foi demandado por AIRTON GONÇALVES, em feito ordinário, no qual se pretendia a *"indenização por perdas e danos e lucros cessantes"* decorrentes do pagamento atrasado dos vencimentos correspondentes ao período que esteve excluído dos quadros da Brigada Militar, por ato administrativo anulado pelo Judiciário em feito anterior. A sentença de primeiro grau concedeu o pedido obrigando o Estado *"a pagar ao Soldado PM AIRTON GONÇALVES os seus vencimentos compreendidos entre 6 de junho de 1972 a 1º de julho de 1978, devidamente atualizados, com a aplicação dos índices de correção monetária, e juros legais de mora, a partir da citação desta demanda, como for apurado em liquidação de sentença"*.

É com este conteúdo condenatório que se irresigna o Estado, e o faz pelas seguintes razões:

1. Reitera, neste passo, a preliminar de litispendência e coisa julgada suscitada com a resposta de fls. 151 "usque" 158. A sentença, agora, já traz mais um elemento para o sustento do agravo. Ao determinar o pagamento dos vencimentos por outros valores divergentes daqueles que foram apurados, *na ação anterior, para o mesmo período*, indiscutivelmente afeta grosseiramente a *"coisa julgada"*. Com o elevado pretexto de se fazer justiça, NEGA-SE EFEITO LIBERATÓRIO AO PAGAMENTO REALIZADO NA LIDE ANTERIOR.

É a esparrela em que cai o julgador quando se afasta dos princípios!

E ao deferir o pagamento por mais meses, nele incluindo os que vão do último constante da conta de fls. 147, outubro de 1977, a junho de 1978, excluído este último, por igual transgrediu a honorável decisão a *"litispendência pois que era no processo de execução da ação anterior que se deveria pedir este pagamento"*. A matéria estava *"sub judice"* e não poderia ser apreciada pelo juízo desta ação, incompetente, em razão da litispendência alegada, para conhecer da mesma.

Reitera a apreciação da preliminar para os fins nela requeridos.

2. No mérito, a veneranda decisão carece de reforma.

Decidiu a espécie com a seguinte fundamentação. "Verbis":

"(...) O ilícito do processo anterior restringia-se à exclusão irregular do demandante, da fileiras da Corporação, e o pagamento que recebeu não satisfaz os prejuízos que sofreu. O dinheiro que percebeu não era o mesmo que teria recebido, não fosse o ilícito. Em casos que tais a indenização deve ser mais ampla e completa possível. A atualização monetária decorre da necessidade de se dar inteireza efetiva à composição, dada a natureza alimentar dos vencimentos. Se a lei ordena indenização plena, não poderá ela tornar-se defasada, nem irrisória. Não implica isso em fixação de vencimentos, mas em pagá-los no seu valor real, com justiça, como o almeja o legislador. Quem paga vencimentos no dia de hoje, mas no valor de anos passados, incorre em enriquecimento ilícito, o que é vedado por lei.

A discussão em torno da atualização monetária atualmente já se constitui em matéria vencida. Consoante artigo 1º, da Lei 6.899/81, a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive, sobre custas e honorários".

De conseqüência, os argumentos essenciais elegidos para o desate favorável comportam os seguintes destaques:

1. A constatação de atividade ilícita da administração, da qual resultou a exclusão irregular do Autor.
2. A transposição para o direito público do princípio estabelecido para a indenização nos fatos ilícitos pelo qual se faz prevalecer o valor mais favorável ao lesado (art. 948 do Código Civil).
3. A fixação do processo inflacionário como motivo determinante da aplicação de critério corretivo, em face do caráter alimentar dos vencimentos.
4. A caracterização para a espécie de "enriquecimento ilícito".
5. A correção monetária como matéria vencida face à edição da Lei 6.899/81.

Traz à colação, para respaldar os fundamentos decisórios, julgado originário do Tribunal de Justiça do Estado no qual a ilegalidade que serve à anulação do ato administrativo é assimilada a "ato ilícito", para fins de autorizar pagamento mais favorável ao lesado, usando-se de critério corretivo na liquidação da indenização face ao caráter alimentar que reconhece aos vencimentos. Indica como referência do julgado a Revista de Jurisprudência do TJRJGS, nº 79, p. 196.

3. Em que pese a decisão recorrida secundar orientação do julgado de maior hierarquia, não recomendada, isto, sua confirmação porquanto a orientação eleita não é uniforme em nosso Tribunal e por igual não se compadece com reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal. Por outra, ver-se-á, não resiste à análise quando se lhe examinam os princípios.

4. Assim, em sentido absolutamente contrário, no âmbito local, tem-se o acórdão na Apelação Cível nº 36.412, originária da TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, com a seguinte ementa:

"BRIGADIANO.

Soldado do Brigada Militar, excluído por incapacidade para o serviço da Corporação.

Vencimentos em atraso: indevida a correção monetária".

O relator, Desembargador PAULO BOECKEL VELLOSO, assim se pronunciou quanto às questões ora ventiladas:

"Quanto à correção monetária, no entanto, entendo não ser o caso de acolhê-la. O ressarcimento correspondente aos proventos de inatividade deixados de perceber representa dívida de dinheiro, não de valor. NÃO TEM CONTEÚDO ALIMENTAR, pois que o Estado não deve alimentos a seus servidores. E NEM RESULTOU DE ILÍCITO, que a tanto não equivale o errado entendimento de uma situação de fato com relação à qual nem mesmo se arguiu dolo de parte de quantos colaboraram para colimar com a solução afinal dada ao caso pela Brigada Militar". (Cf. Acórdão, fls. 4, cópia anexa).

Assentiram neste posicionamento, radicalmente contrário ao assentado pela Segunda Câmara Cível, em matéria idêntica, os desembargadores ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA e BONORINO BUTTELLI.

Por igual, o Supremo Tribunal Federal, que conhece jurisprudência sumulada relativamente à indenização pelos danos materiais decorrentes de ato ilícito, autorizando a aplicação, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária, não tem autorizado, ao que se sabe pela totalidade dos julgados que versam matéria semelhante à presente, a incidência de critério atualizador. Há, pelo contrário, manifestações específicas retificando acórdãos sujeitos a sua revisão que concediam, tal como a sentença, correção monetária para vencimentos e proventos em atraso.

É o que se tem nas decisões transcritas na contestação. A primeira de lavra do Ministro LEITÃO DE ABREU, constante do vol. 87 da RTJ, p. 251, refere explicitamente a "não-incidência de correção monetária quanto a vencimentos atrasados" e acolheu o R.E., justamente, para excluí-la. A segunda foi proferida no R.E. n.º 72.558, transcrita à p. 743, da RTJ n.º 63, igualmente proveu o recurso "para excluir a correção monetária" em pleito em que se questionava OMISSÃO DE FUNCIONÁRIO baseada no Ato Institucional n.º 1, de 1964.

5. No plano dos princípios a veneranda decisão, também não encontra respaldo.

É por demais evidente que a atividade administrativa anulada pela decisão anterior não caracteriza "ato ilícito absoluto", por incabível qualquer tipificação penal para si. Restaria, tão-somente, face à inexistência do ilícito absoluto, a tentativa de estabelecer, *por construção*, para o ato administrativo anulado, a responsabilidade da administração, "ad instar" da "culpa aquiliana", para o direito privado.

6. Neste sentido, a doutrina administrativa, para ampliar a responsabilidade, é necessário que se diga que este foi o sentido da evolução doutrinária, necessitou superar a delicadíssima questão da pouca relevância da vontade como elemento integrativo do ato administrativo. Essencial à caracterização da "culpa" em sentido amplo, a vontade, cerne do ato jurídico "stricto sensu", *constituye un requisito presupuesto antes que un elemento del acto administrativo* e *aparece así subsumida en los denominados elementos del acto* (Cf. CASSAGNE, "EL ATO ADMINISTRATIVO", p. 185, Ed. Abeledo Perrot, 1974). Daí porque na teoria do direito administrativo, a responsabilidade por atividade caracterizada como ilegal não se abre ao exame da culpa mas tão-somente aos elementos integrativos do ato (competência, causa, objeto, forma e finalidade) referidos ao princípio de legalidade.

Chega-se, assim, ao conceito de *falta de serviço*, que no que concerne aos atos jurídicos origina a responsabilidade *da administração* segundo o princípio assim destacado por MARCEL WALINE:

(...) le principe est que les actes juridiques ne peuvent engager extra-contractuellement la responsabilité de personnes de droit public au nom desquelles ils ont été pris, que s'ils sont illégaux. Ce principe se décompose en deux 1º — il n'y a pas en cette matière de responsabilité sans faute; 2º — il n'y a pas faute sans illégalité". (Cf. autor cit., in Précis de Droit Administratif, p. 562, vol. I, Editions Montchrestien, Paris, 1969).

Mas é curial que se distinga bem: a atividade administrativa ilegal de regra não caracteriza ilicitude, não sendo, pois, correto que se construa uma forma de *responsabilidade agravada*, como fez a sentença, quando sequer constatou para o ato declarado ilegal pela decisão no anterior processo "desvio ou excesso de poder".

7. Por não se poder caracterizar o atuar administrativo como "ato ilícito" não há como tributar à liquidação dos prejuízos sofridos pelo autor *qualquer forma de responsabilidade agravada*, como fez a veneranda decisão. Não se aplica o princípio do amplo ressarcimento, nele incluído, como quer a sentença, critério corretivo, que atualize o valor das importâncias devidas, face à inflação que padece a moeda nacional, porquanto este princípio serve, na legislação privada, à liquidação dos atos ilícitos, o que não é o caso presente.

8. Assim que, negando, num primeiro estágio, na esfera administrativa, os direitos reconhecidos, posteriormente, pela decisão judicial, a administração exercitava normalmente (*sem excesso, e sem desvio de poder*) faculdade decisória inalienável, cuja ausência torna impossível, a gestão dos negócios públicos. Depois, ao sustentar seu entendimento no pleito judicial encontrava-se no exercício regular do direito de oposição à pretensão deduzida em juízo, que, por igual, não lhe poderá agravar a responsabilidade. Finalmente, quando se liquidaram os valores que compõem a indenizações dos direitos preteridos pelo ato administrativo, estes foram encaminhados a pagamento pela forma regular, previsto EM DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL, razão pela qual, também, não se poderá pensar em *responsabilidade agravada*.

Daí porque, não verificada a existência de ato ilícito, não há falar em *locupletamento ilícito, forma de enriquecimento derivada de delito*.

9. Por outra, nem se poderá falar, como, aparentemente, pareceria mais adequado, EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA porquanto para o deferimento de pretensão alicerçada em enriquecimento sem causa deve o JUIZ necessariamente valer-se da "equidade", o que lhe é defeso por disposição expressa no artigo 217 do Código de Processo Civil. (Cf. JOSÉ G. OO VALLE FERREIRA, "ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA", "passim", Livraria Oscar Nicolai — Belo Horizonte).

Por igual, não existe a necessária correspectividade entre patrimônios, de tal sorte que se possa estabelecer o necessário discrimine entre acréscimo de um e decréscimo de outro, na mesma proporção, fato radical às ações derivadas da "conditio" (Cf. "PASSIM" "ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA" - JOSÉ G. OO VALLE FERREIRA - Livraria Oscar Nicolai - Belo Horizonte. E isto por uma razão muito simples: *os fundos monetários do Estado, de igual forma, padecem os efeitos da inflação, não havendo nenhum processo de enriquecimento pela simples razão de reter a moeda, já previamente destinada ao pagamento das obrigações assumidas pelo TESOUREIRO na gestão da coisa pública. Daí porque só abstratamente se pode pensar em enriquecimento sem causa no caso vertente.*

Impõe-se discriminar, como, com argúcia, fez M. HAURIOU o conceito de afeição dos fundos monetários do Estado, do conceito de patrimonialidade. Diz o consagrado mestre francês:

Il y a la une distinction que *n'est pas faite en droit civil*, parce que les habitudes de la comptabilité privée ne l'imposent pas, mais qu'il convient de faire *em droit administratif*, à raison de l'institution de la comptabilité budgétaire et de la distinction du Trésor public et du patrimoine de L'État. Le Trésor est une chose, le patrimoine en est une autre. Les sommes recueillies par le Trésor sont affectées au budget des dépenses d'une façon *tellement immédiate* qu'elles n'entrent pas dans le patrimoine: *la donnée objective de l'affectation lutte ici victorieusement contre celle de la patrimonialité*. (Cf. Précis de Droit Administratif e de Droit Public, page, 487, Huitième édition, Librairie, Recueil Sirey, 1914).

Repõe-se, assim, para a espécie, a tese do regime legal da atribuição de critério valorístico.

10. Por isto, não caracterizada a atividade da administração como "ilícito"; não devendo o Estado *alimentos* a seus funcionários (Cf. Acórdão na Apelação Cível nº 36.412, 3ª Câmara Cível do TJERGS); inexistente forma de enriquecimento ilícito e, finalmente, *na ausência de lei que determine a aplicação de crédito valorístico para o débito de vencimentos ou proventos do pessoal do serviço público*, não pode ser deferida a pretensão deduzida com a inicial.

11. Ainda registre-se que a concessão do requerido nesta ação implica ofensa à norma constitucional.

Vencimentos e proventos são de origem legal, porquanto têm os seus valores previstos nas leis de atribuição dos mesmos. Quaisquer alterações destes são as que as leis de vencimentos determinarem.

Estas ao fixarem vencimentos integram-se ao orçamento na medida em que da invariabilidade destes quantitativos depende a viabilidade da execução orçamentária. A exequibilidade orçamentária, é indubioso, condiciona toda a atividade administrativa. Daí porque a Constituição Estadual, em seu artigo 32, "ad instar" da Constituição Federal, defere ao executivo a iniciativa das leis que de qualquer forma "aumentem os vencimentos ou a despesa pública". Veja-se:

"Art. 32 — É da competência exclusiva do Governador a iniciativa das leis que:

.....
IV — criem ou extingam cargos, funções e empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública;

Parágrafo único — Não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista;

a) nos projetos cuja iniciativa seja de *exclusiva competência do Governador*'.

Ora, ao determinar que o pagamento dos proventos em atraso seja feito por quantitativos outros que não os fixados anualmente pelas respectivas leis acerca de vencimentos e proventos, inexistente lei que autorize expressamente a atualização na forma concedida pela decisão impugnada, sob único fundamento da equidade, é, indiscutível, que a veneranda sentença, por invasão à competência do executivo e legislativo, ofende o princípio consagrado na constituição federal que vela pela harmonia e independência dos poderes.

Assim também, por este óbice maior, não era de deferir a pretensão deduzida em juízo com a presente ação.

12. Alude a sentença, em sua parte final, à Lei nº 6.899/81, que obriga a correção monetária para os débitos resultantes de decisão judicial. Entretanto, *salva reverentia* não procede. Em verdade a própria sentença aponta como fator gerador da demanda o atraso no pagamento na vantagem reconhecida pela anterior ação. *O pagamento intempestivo é que teria originado a lesão patrimonial*, (que se quer resgatar na presente lide), face a inflação que grassa no país. Portanto, o fato que dá causa a procedência na presente ação é *anterior a lei*. Conseqüentemente só se fazendo aplicação retroativa naquele diploma legal é que se justificaria com a Lei nº 6.899/81 a procedência da presente ação.

13. Finalmente o demandado se inconforma, na hipótese de manutenção da sentença, com os termos do preceito condenatório nele contido. É que, como foi lançado, pode ocasionar uma *liquidação perpétua*; nunca a administração, *face o regime constitucional de pagamento do débito mediante precatório*, efetuará o pagamento, como quer a decisão. Quando do recebimento do precatório extraído por quantia certa, inelutavelmente, esta quantia estará desatualizada, demandando um novo precatório para o pagamento da importância que corresponder à correção monetária no período em que o precatório foi processado: ou seja, da data da conta de liquidação até o efetivo pagamento. Assim sucessivamente. Cumpre pois, em caso de manutenção da decisão que se reformule o preceito condenatório.

Pelo exposto e com os doutos suprimentos de Vossas Excelências pede o provimento do presente recurso com a reforma da veneranda decisão de primeiro grau para julgar-se improcedente a causa.

Termos em que pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 21 de outubro de 1981.

INAPLICABILIDADE DA CONFISSÃO ÀS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO

RECURSO DE REVISTA

RICARDO KOCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Exmo. Sr. Juiz do Trabalho Presidente.
Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador signatário, nos autos da reclamatória que lhe movem José Soares e Maria Salete de Jesus Soares, inconformado com a decisão manifestada no acórdão de fls. vem, pelo presente, interpor recurso de revista. Para tanto, fundamenta-se nas letras *a* e *b* do art. 896 da CLT, cujas razões vêm explicitadas em anexo, fazendo parte integrante deste recurso.

Requer, pois, que, recebido e processado como de lei, seja remetido ao Tribunal Superior do Trabalho.

Pede Deferimento.
Porto Alegre,

Ricardo Koch
Procurador do Estado

BREVE EXPOSIÇÃO

Na audiência inicial da presente reclamatória, feito o pregão de estilo, o representante do Estado-membro atrasou-se *cinco minutos* do seu início.

O fato ocorreu por não ter ouvido o procurador, face ao tumulto de vozes no corredor, o chamado do porteiro dos auditórios para o início da audiência.

Não obstante o esclarecimento sobredito, a Junta de Conciliação e Julgamento aplicou a pena de revelia e confissão quanto a matéria de fato.

No recurso ordinário foi argüida a circunstância motivadora do atraso, bem como, o aspecto de direito, de não caber a aplicação da confissão ficta às pessoas de direito público. Argüiu-se, ainda, outras matérias de direito e a prescrição bienal.

O acórdão regional confirmou a aplicação da pena de revelia e confissão. Todavia, foi omisso quanto a inaplicabilidade da confissão às pessoas de direito público e sobre a prescrição.

Interpostos embargos declaratórios foi acolhida a prescrição e confirmada a pena de revelia e confissão.

DIVERGÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA

O acórdão regional proferiu a seguinte ementa como síntese do seu julgamento:

“O atraso injustificado à audiência inaugural dá origem à aplicação das penas de revelia e confissão. Rejeita-se a prefacial. Revel e confessa a empresa, descabe a apreciação do mérito do recurso.”

Releve-se, ainda, que essa decisão foi exarada a vista do atraso de cinco minutos, conforme se pode verificar da ata de fls. 18/19.

Entretanto, com esse entendimento, o acórdão regional divergiu da interpretação dada por outros tribunais regionais e do próprio Tribunal Superior do Trabalho, em composição plena, ao art. 844 da CLT, a saber:

“Só o atraso de 15 minutos, contados da hora determinada pela Junta para a realização da audiência, é que elide a revelia.”

“Maior tolerância, além desta, só com a prova ineludível de força maior comprovando o desejo de se defender e o respeito pela determinação judicial.”

(Ac. TRT. 1.ª Reg. 1970/60 — Ac. 3.ª T. 1.171/69, 13.8.69 — in Rev. LTr. 34/347)

“Deve ser cassada a pena de revelia quando a reclamada comparece à audiência com pequeno atraso, manifestando sua intenção de se defender e o devido acatamento da Justiça.”

(Ac. TRT. 3.ª Reg. n.º 2.089/64 — in LTr. 28/695)”

“Não se verifica a revelia quando a parte comparece acompanhada de seu advogado, com atraso de apenas cinco minutos, considerando-se, ademais, a celeridade do julgamento sem a leitura da inicial.”

(Ac. do TST.(TP) em 22.11.61, in Rev. do TST. n.º 62/66 p. 472)

Finalmente em relação a aplicação da pena de confissão às pessoas de direito público, temos a divergência com o acórdão do TRT. da 7.ª Região, 3.ª Turma, processo n.º 812/72, Ac. 171/72, in Rev. TRT. 7.ª Reg. n.º 1 p.65:

“Nas ações intentadas contra entidades públicas será obrigatório a citação do Ministério Público. É inaplicável às entidades públicas, a pena de confesso, em razão da revelia.” (grifo nosso)

ASPECTOS DA DIVERGÊNCIA

Como se viu, a discrepância entre os acórdãos paradigmas e o acórdão impugnado se verifica porque no caso “sub judice” o atraso foi de apenas cinco minutos.

Enquanto o acórdão impugnado não toma em consideração o tempo de atraso, os acórdãos divergentes, ao contrário, consideram o lapso de tempo que mediou entre a abertura da audiência e o comparecimento. Outrossim, relevam os pequenos atrasos e não os consideram fatores a ensejar a revelia.

Além disso, não obstante no recurso ordinário, quanto nos embargos de declaração, tenha o recorrente argüido o prequestionamento da inaplicabilidade da confissão às pessoas de direito público, o acórdão impugnado se limitou quanto a essa matéria ao seguinte e lacônico pronunciamento.

“O mesmo se diz com relação à aplicação da pena de confissão que o acórdão embargado entendeu bem aplicada.”

Nesse aspecto, embora a divergência não seja específica, a omissão do acórdão representa peculiaridade conflitante com o acórdão paradigma.

VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

Afora a divergência jurisprudencial o acórdão impugnado violou, ainda, literal disposição de lei federal.

Não se ateuve ao que prescrevem os arts. 844 e 769 da CLT conjugados aos artigos 302, inc. I, e 320 do Código de Processo Civil.

Omisso o art. 844 da CLT quanto a revelia e confissão das pessoas de direito público, no caso sob julgamento, cumpria a aplicação do art. 769 da CLT, que determina o uso do direito processual comum como fonte subsidiária.

Ora, os artigos 302, inc. I, e 320 inc. II, do Código de Processo Civil não admitem a confissão ficta quando o direito é indisponível.

Por direitos indisponíveis a doutrina tem entendido aqueles em que o seu titular não é livre de manifestar a sua vontade, quer relativamente, quer absolutamente, conforme dispor a lei.

Na espécie, o Estado-membro como uma das unidades da federação, estava representado na audiência pelo seu procurador (art. 12, I CPC), o qual, segundo a legislação estadual em apenso (Lei Estadual nº 5.898, de 23.12.69) não tem poderes sequer para transigir e muito menos para confessar. Releve-se, que para transigir, o procurador, no caso do Rio Grande do Sul, necessita de poderes expressos do Procurador-Geral do Estado. E, saliente-se, para confessar, nem o Procurador-Geral do Estado tem poderes.

CONCLUSÃO

Posto isso, é de se dar provimento ao presente recurso de revista para o fim de desconstituir as decisões impugnadas e determinar nova instrução.

Os acórdãos divergentes, tanto os que se referem ao atraso à audiência quanto a inviabilidade da confissão ficta das pessoas de direito público, "data venia" estão com o melhor direito.

No caso sob julgamento essa situação é tanto mais flagrante, porquanto tendo havido um pequeno atraso, está manifesta a intenção do Estado-membro se defender.

Por outra parte, é indiscutível que os interesses do Estado-membro não têm a disponibilidade dos interesses privados. O adágio latino bem retrata a situação:

"qui non potest donare non potest confiteri"

J.J. Calmon de Passos nos comentários ao CPC., III Vol. (arts. 270 a 331) ed. Forense, p. 277, é claro:

"Pode-se, portanto, afirmar não incidir o ônus da impugnação quando é parte a Fazenda Pública, ou quando é parte um incapaz, ou quando é parte uma pessoa jurídica e seu representante carece de poder, segundo o estatuto, para confessar."

No caso, a representação do procurador do Estado-membro é vinculada. A lei limita-lhe a apresentação, exige-lhe poderes para transigir, não lhe confere poderes para confessar. Além da competência, só exercível pelo exercício do cargo, são necessários ainda a subsunção aos termos da lei.

De resto, na eventualidade de ser confirmada a revelia, requer, então, sejam reapreciados os argumentos de direito quanto ao mérito da reclamationária, argüidos por ocasião do recurso ordinário e aqui renovados em ratificação ao exposto a fls. 21 a 23 e 37 a 40.

Termos em que pede e
espera deferimento.

Porto Alegre,

RICARDO KOCH
PROCURADOR DO ESTADO

OBS.: DJU de 12.09.80 — p. 6941. RR.2.388/79:TRT 4ª Região Rel. Min. Coqueijo Costa. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: José Soares e outra. (Advs.: Drs. Ricardo Koch e Carlos Araujo Medeiros).(3ªT-1.223/80) Decisão: Unanimemente, conhecer da revista e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para anular o processo a partir da aplicação da pena de revelia, devendo ser citado o Estado Federado para que responda na pessoa de um dos seus procuradores. EMEN-TA: 1. Onde não pode haver confissão expressa, não se deduz a ficta. 2. A representação, ativa ou passiva dos Estados Federados em juízo, faz-se por um dos seus procuradores. 3. Revista conhecida e provida.

INTERDITO PROIBITÓRIO

CONTESTAÇÃO

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

Ação: INTERDITO PROIBITÓRIO
Autor: UBALDINO CONCEIÇÃO DUTRA
Réu: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Nº: 81180219360

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pelo Procurador abaixo firmado, nos autos da ação de Interdito Proibitório, acima identificada, vem respeitosamente perante V. Exa. para, contestando o feito, dizer e requerer o quanto segue:

PRELIMINARMENTE

É de ser o autor julgado carecedor de ação, eis que seu pedido não encontra agasalho na lei.

Com efeito, litiga ele para se assegurar da posse que alega manter sobre imóvel pertencente ao Estado do Rio Grande do Sul e que, segundo ainda sua alegação, está na iminência de perder, já que o peticionário está ameaçando retomá-la.

Sem que se ingresse no mérito de suas afirmações, as quais, diga-se desde já, são inverídicas, releva salientar a inexistência de direito, por parte do autor, de ser mantido na posse do imóvel objeto da ação.

E isto porque, diversamente do que afirma o requerido nos itens 2(dois) e 4(quatro) da inicial, em nenhum momento houve o alegado rateio do produto da colheita de verduras e hortaliças. Pelo contrário, desde o início, tudo o que foi por ele colhido, reverteu unicamente em seu benefício.

Mas, supondo-se que o autor efetivamente tenha efetuado o rateio em causa, que o prove, já que, na hipótese, o *onus probandi* é seu.

A realidade dos fatos é que o requerido recebeu AUTORIZAÇÃO para usar gratuitamente a área em tela, isto é, sem qualquer contraprestação.

Ora, sabido é que a AUTORIZAÇÃO DE USO, instituto de direito administrativo, dentre outras características, apresenta a de não gerar qualquer prerrogativa jurídica para o autorizatório.

Para espancar qualquer dúvida, vejamos o que, a respeito, preleciona HELY LOPES MEIRELLES:

"Autorização — Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao interessado a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos que a lei condiciona à aquiescência prévia da administração, tais como o uso especial de bem público... (in "Direito Administrativo Brasileiro", 4.ª edição atualizada, editora Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1976, p. 158/159).

Diz mais adiante o eminente autor:

"Na autorização, embora o pretendente satisfaça às exigências administrativas, o Poder Público DECIDE DISCRICIONARIAMENTE (Grifei) sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado, OU OA CESSAÇÃO DO ATO AUTORIZADO (Grifei)..." (op. cit., p.159).

Após, continua:

"Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou À CONTINUIDADE OA AUTORIZAÇÃO (Grifei), daí por que a Administração pode negá-la ao seu talento, COMO PODE CASSAR O ALVARÁ A QUALQUER MOMENTO SEM INOENIZAÇÃO ALGUMA" (Grifei). (op. cit., p.159).

São ainda do mesmo Doutrinador as seguintes palavras, concernentes ao instituto da Autorização de Uso:

"Autorização de uso — Autorização de uso é o ato unilateral, DISCRICIONÁRIO E PRECÁRIO (Grifei) pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Não tem formas nem requisitos especiais para sua efetivação, pois visa apenas a atividades transitórias e irrelevantes para o Poder Público, bastando que se consubstancie em ato escrito, REVOCÁVEL SUMARIAMENTE A QUALQUER TEMPO E SEM ÔNUS PARA A AOMINISTRAÇÃO (Grifei). Essas autorizações são comuns para a ocupação de terrenos baldios, para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras utilizações de interesse de certos particulares, desde que não prejudiquem a comunidade nem embarcem o serviço público. TAIS AUTORIZAÇÕES NÃO GERAM PRIVILÉGIOS CON-

TRA A ADMINISTRAÇÃO AINDA OUE REMUNERADAS E FRUÍDAS POR MUITO TEMPO (grifei), e, por isso mesmo, dispensam lei autorizativa e licitação para o seu deferimento" (op. cit., p.478).

Não é outro o entendimento de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello que, ao discorrer sobre o instituto em causa, ensina:

"Autorização é o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada.

.....
.....
Pode ser, ante o seu caráter precário, revogada livremente e a qualquer tempo..." (in Princípios Gerais de Direito Administrativo", vol. I, Forense, Rio, 1.ª edição, 1969, p.493).

Do que foi dito, força é concluir que não se consolidou e nem pode se constituir para o autor qualquer direito a se manter na posse do terreno do postulante, e a evitar que o Estado retome o prédio em referência, através de deliberação unilateral. Conseqüência disso é a inexistência, para aquele, de qualquer remédio jurídico de que possa se utilizar para atingir o objetivo a que se propõe.

ANTE O EXPOSTO, e com base no artigo 267, IV e VI do C.P.C.,

REQUER a V. Exa. o acolhimento da preliminar, julgando o autor carecedor de ação e decretando a extinção de processo, sem o julgamento do mérito, arcando o autor com os ônus da sucumbência.

NO MÉRITO

— I —

Não é verdade o afirmado pelo autor na inicial, no que refere à época em que foi autorizado a ocupar o terreno objeto do litígio. Dita autorização ocorreu em 1976, e não, em 1974, como afirma;

— II —

Também não é verdade que tenha ocorrido o rateio da colheita, por ele mencionado nos itens 2 (dois) e 4 (quatro) da inicial. A realidade é que o mesmo foi autorizado a explorar a área, e efetivamente assim o fez, sem qualquer contraprestação para o Estado;

— III —

Conforme ele mesmo narra na peça vestibular, no mês de fevereiro, mais precisamente, no dia 11, foi notificado pelo 1º BPM, para que paralisasse o trabalho de plantio da área, a qual havia passado para a jurisdição daquele Batalhão que, dali para a frente iria explorá-la. Tal notificação escrita, esclareça-se, foi subsequente a uma série de avisos verbais, que foram completamente ignorados por ele, requerido.

Do conteúdo do documento em relevo, que já se encontra acostado aos autos (DCC.Nº 2), constata-se que a determinação foi no sentido da paralisação do trabalho de plantio, e não da colheita de plantação eventualmente existente sobre o terreno.

Sé, como alega o autor, não colheu os produtos por ele citados no item 6 (seis) da inicial, foi porque não quis, já que o contestante a isso não opôs qualquer obstáculo.

— IV —

Tanto tal é verdade que, ele mesmo, no item 7 (sete) do seu petitório declara textualmente:

“7. que o autor continuou o trabalho de preparo da terra até o dia 05 do corrente mês e ano...”

Esclareça-se que sua petição está datada do dia 10 de setembro próximo passado. Portanto, quando refere a “corrente mês” está naturalmente fazendo alusão ao mês de setembro;

— V —

Se fosse verdade que foi impedido de efetuar alegada colheita, no mês de fevereiro, como explicar que em setembro ainda continuava a arar a terra?

Atente-se para a contradição: se o 1º BPM sequer obstaculizou a continuação da atividade que já havia proibido, porque iria criar empecilhos à realização do que havia permitido?

A verdade é que o autor, no afã de se locupletar às custas do Poder Público Estadual (talvez tenha achado pouco o que já vinha auferindo gratuitamente durante quatro anos), juntou um feixe de inverdades, certamente duvidando da capacidade de discernimento daqueles a quem incumbe a nobre tarefa de distribuir a justiça.

Com isso, terminou por se enredar em sua própria teia, ao incidir na contradição antes apontada;

— VI —

A realidade é que, a partir do dia 11 de fevereiro do fluente ano, deixou o autor de exercitar a posse regular do imóvel ocupado, para assumir a condição de esbulhador, vale dizer, possuidor de má fé.

A prova disso ele mesmo trouxe para o autos, ao afirmar o que se contém nos itens 5 (cinco) e 7 (sete) da inicial, bem como ao juntar o documento Nº 2 (dois).

— VII —

Do narrado, só resta dizer que a Justiça não pode, de forma alguma dar agasalho à pretensão do requerido, pena de premiar sua má fé e permitir que o mesmo se locuplete com a própria torpeza.

ANTE TDDO D EXPDSTD,

REDUER a V. Exa. que, caso não acolha a preliminar argüida, o que admite apenas para argumentar, julgue improcedente a ação, com a consequente condenação do requerido nas custas processuais, honorários de advogado e demais pronúncias de lei,

REQUER, ainda, com base no artigo 17 do C.P.C., seja o autor considerado como litigante de má-fé, para o fim das cominações constantes dos artigos 18 e 35 da mesma lei Processual.

REDUER, também seja cominado ao requerido a pena de 1/2 (meio) salário mínimo-referência por dia, a fluir da data da notificação para a entrega da área, independentemente das perdas e danos pelo esbulho praticado, e que desde já requer, a serem apuradas em liquidação de sentença.

PROTESTA, pela produção de todos os meios de provas em direito permitidas, tais como, testemunhais, periciais, documentais, bem como pelo depoimento pessoal do autor.

N. Termos
P.J. e Deferimento.

Porto Alegre, 14 de novembro de 1980.

BASE DE CÁLCULO DO ICM E O CHAMADO "CONFISCO DA SOJA"

CONTESTAÇÃO

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Civil na
UNISINOS

EXMD. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE PORTO ALEGRE.

Proc. 01179301625.

Ação ordinária.

Autora — GERMANO DOCKHORN S.A. AGRICULTURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

Réu — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Contestação.

Objeto — O lançamento tributário tem prazo decadencial para ser elaborado (art. 173 CTN), motivo pelo qual a cassação da liminar anteriormente concedida a contribuinte, em Mandado de Segurança, é suficiente para desencadeá-lo (151 inc. IV CTN), especialmente quando, ao mesmo contribuinte, só resta o Recurso Extraordinário para modificar a decisão judicial que não conheceu do remédio (art. 543, § 4º do CPC). À simples contribuição fiscal ou parafiscal, não se estende a proibição no § 1º do art. 21 da Constituição Federal, podendo ela, portanto, ter a mesma base de cálculo de imposto. D exemplo da 'Súmula' 553 STF. O ICM tem base de cálculo prevista em lei, na saída de mercadorias para o exterior (Decreto-Lei 406/68, art. 2º, § 8º, e Lei estadual 6.485/72, art. 12, inc. VII), não podendo tal previsão ser afetada por simples resolução de Banco, mesmo que seja o Central.

MERITÍSSIMO SENHOR

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador abaixo firmado, na ação ordinária que lhe move GERMANO DOCKHORN S.A. AGRICULTURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, em contestação, expor — o necessário provará — e requerer o que segue:

1. A Preliminar de nulidade do lançamento levantada pela A. não subsiste diante da natureza do direito do R.

1.a A inicial pretende, antes do exame do mérito, que esse MM. Juízo decreta a nulidade do lançamento tributário que a Fazenda Estadual elaborou sobre suas dívidas não pagas, em 23-11-79, sob a alegação de que, somente a 4 de dezembro de 1979 (*onze dias de diferença...*) é que transitou em julgado a decisão que inadmitiu o Recurso Extraordinário por ela interposto no processo de Mandado de Segurança anterior, versando a mesma matéria da presente ação.

1.b. Não bastassem a expressa disposição do § 4º do art. 543 CPC ('O recurso extraordinário será recebido unicamente no efeito devolutivo') e o disposto no art. 173 CTN (que *extingue* o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento devesse ser efetivado), desautoriza a preliminar da A. doutrina específica sobre a matéria:

"Afirma-se indistintamente, que a liminar subsiste *sempre*, até o trânsito em julgado da sentença denegatória, é retirar do juiz o poder de revogá-la quando verifique a sua inconveniência ou desnecessidade. É tornar irrevogável uma decisão caracteristicamente precatória e provisória. Pelo outro extremo, considerar-se *sempre* cassada a liminar, quando a sentença denegue a segurança é tornar inane uma providência cautelar instituída, precisamente, para evitar lesões irreparáveis." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*, 4.ed., p.44. Grifos do A.)

1.c. Ora, no caso, pela própria inadmissão do R. E. da A., contra a qual já não possuía ela nenhum recurso com efeito suspensivo, 'lesões irreparáveis' quem iria sofrer era a Fazenda Estadual se permanecesse à espera de novas investidas judiciais da A.

1.d. Deve ser desacolhida, portanto, por falta de apoio legal e injuridicidade, a preliminar invocada pela A., reconhecendo-se existente, válida e eficaz a iniciativa fiscal contra ela promovida.

2. A alegada impossibilidade de a base de cálculo do ICM apanhar a cota de contribuição na exportação da soja, por ferir a imunidade recíproca entre União e Estado, confunde norma constitucional de eficácia plena, com norma constitucional de eficácia limitada. Basta interpretação sistemática para afastar o argumento; acórdão do STF de remota cogitação para o caso "sub judice".

2.a. Toda a ênfase da inicial, em defesa de sua tese principal, (impossibilidade de o ICM sobre o soja exportado ser calculado sobre o preço da mesma exportação no qual já figure a quota de exportação estabelecida pela resolução n.º 421 do Banco

Central) aparece, mesmo, a partir do item 4.4 daquela peça, quando a A. transcreve, quase integralmente, acórdão do STF no qual se veta cálculo do ICM que apanhe taxa do Instituto do Açúcar e do Alcool.

2.b. Como tal Instituto é uma *autarquia* da União, e o acórdão referido aborda a questão também sob o ponto de vista das taxas devidas ao referido Instituto, tornando-se extremamente difícil, assim, perceber-se a identidade entre o lá decidido e o aqui por julgar, já que a A. é uma mera sociedade privada (pessoa jurídica bem diferente da autarquia) e a matéria ora em debate cifra-se, exclusivamente, à *contribuição* (coisa muito diferente de taxa) em concorrência com o ICM, esforça-se a A. em pregar, não obstante, a perfeita adequação desta luva tão larga para uma mão tão pequena.

2.c. Com efeito, são remotíssimos os pontos de contacto entre o acórdão trazido à colação pela A., e aquilo que está sendo pleiteado nesta ação. Não só os destinatários das normas constitucionais aplicadas no venerando decisório são diferentes, como as relações jurídicas, sobre as quais elas incidem, são outras.

2.d. Começa que o acórdão do STF — cuja fonte de publicação a A., lamentavelmente, esqueceu-se de indicar, o que dificulta saber-se até a *data* em que foi exarado — julgava mandado de segurança impetrado contra ato do Diretor da Receita Federal em São Paulo, *baixado em período anterior à Emenda Constitucional n.º 1/69 e ao Decreto Lei 406/68*, pois, conforme se lê na transcrição do voto do Min. Antonio Neder, lá se refere tal ato como sendo de 8-12-67 (GR n.º 24). O eminente relator já tivera dificuldade, como se lê uma página antes, na inicial, em ver dissídio jurisprudencial envolvendo a matéria que julgava (ICM) e o aresto padrão (IVC), transpondo também a cada passo, as disposições constitucionais discutidas, naquele caso (art. 157 §§ 8º e 9º da C.F. de 1967) para as disposições da Emenda em vigor (art. 163 parágrafo único da C.F. de 1969).

2.e. Depois, impossível ignorar-se o fato de que o referido decisório examinava, principalmente, o recolhimento do ICM também sobre as *taxas* e contribuições devidas ao Instituto do Açúcar e do Alcool, que é uma *autarquia* da União. Taxas e contribuições *devidas a uma autarquia* são coisas bem diversas de contribuições, apenas, instituídas a favor de um "Fundo de Defesa de Produtos de Exportação, à disposição do Conselho de Segurança Nacional", (Resolução 421 do BC, item II).

2.f. As primeiras estão vinculadas à pessoa jurídica da autarquia, são a sua renda, sustentam os serviços que ela presta, têm um caráter de estabilidade muito maior. As segundas, entre essas as discutidas aqui, estão vinculadas a um programa, a um projeto político governamental de intervenção no domínio econômico, visam regular o mercado, limitar administrativamente, o próprio direito de propriedade ("Fundo de defesa de produtos de exportação"), num determinado setor da atividade mercantil, na proteção específica dessa mesma atividade; entre essas contribuições, as de tipo "confisco", como as que estão em exame, são muito mais instáveis e episódicas.

2.g. Que as hipóteses de incidência sobre as quais se debruçou o acórdão, porém, e aquelas que, aqui, pedem julgamento, não são as mesmas, *comprovam-no as próprias disposições constitucionais*, que partilham a competência tributária, e que são tidas pela A. como violadas pelo R.

2.h. O art. 19, inciso III, letra a) da Constituição Federal dispõe:

“É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I — instituir imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros.”

Trata-se de norma constitucional de eficácia plena, independente de qualquer lei complementar ou ordinária para entrar em imediato vigor, tendo como destinatários expressos as pessoas jurídicas de direito público interno, vetando-lhes instituir imposto (!) sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros.

2.i. Logo depois o § 1º do art. 19 ainda melhor explicita tal disciplina, mostrando, por si só, em quanto o acórdão trazido em apoio da inicial *estava certo em relação à autarquia Instituto do Açúcar e do Alcool*, e em quanto ele é estranho à hipótese discutida nos autos:

‘O disposto na alínea a do item III é extensivo às autarquias no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes; mas não se estende aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto que incidir sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda.’

2.j. Por aí já se observa que, não só o tipo de tributo, como o destino mesmo das receitas e as relações jurídicas das quais elas derivam são fundamentais na mensuração de qualquer conflito de competência capaz de ferir a imunidade recíproca. As taxas e as contribuições devidas à autarquia Instituto do Açúcar e do Alcool vinculadas às suas finalidades essenciais não podiam, realmente, ser alcançadas pelo ICM; situação bem diversa a da cota de contribuição estipulada sobre o valor de uma determinada atividade econômica a um Fundo que visa, justamente, proteger essa mesma atividade.

2.l. Se fossem iguais as taxas do I.A.A. e a cota de contribuição aqui discutida, quem estaria ferindo, no caso, a imunidade recíproca? A União, que toma, para cálculo da cota, o preço do produto exportado, com todos os valores que o compõem (entre eles o próprio ICM estadual, outros impostos federais e, até, municipais, cujo custo, sem dúvida, integram o preço) ou o Estado, que toma a base de cálculo sobre o mesmo preço, já que nele está integrada a cota?

2.m. Como se verá a seguir, as próprias normas constitucionais são suficientes para responder a tais perguntas ainda que o legislador constituinte, através de norma constitucional de *eficácia limitada* tenha delegado solução à Lei Complementar:

‘Lei Complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, *disporá sobre os conflitos de competência* nessa matéria, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.’ (art. 18 § 1º da Emenda nº 1/69)

2.n. Ora, naquilo em que o CTN, anterior à Constituição Federal, com ela não conflitou, não há quem negue a tal ordenamento jurídico o caráter de lei complementar à Constituição, em que pese todas as demais que se editaram, com fins tributários e nessa mesma hierarquia. A propósito, o art. 9º inciso IV letra a) do CTN tem a mesmíssima redação do tão discutido aqui, art. 19 inciso III, letra a) da Constituição Federal. No caso, o que a A. faz, desde a inicial, pela lembrança do acórdão do STF que a acompanha é repetir somente essa última disposição da Constituição, que é de eficácia plena, esquecida do art. 18 § 1º da Emenda nº 1/69, que é de eficácia limitada, dependente de lei posterior, ou paralela como é o caso do CTN; essa falta de lembrança pode lhe ser fatal, “*data venia*”, pois qualquer interpretação sistemática que se faça dos artigos da Constituição Federal pertinentes à matéria em debate, e os do CTN, convencem que nenhum direito assiste à A. pelo simples fato de que

3. A contribuição pode ter a mesma base de cálculo do imposto.

3.a. Diz o art. 21 § 1º da Constituição Federal:

‘A União poderá instituir outros *impostos* (!), além dos mencionados nos itens anteriores, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos aos dos previstos nos artigos 23 e 24. O art. 18 § 2º da mesma C.F. já dispusera que para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência de impostos.’

Compare-se tais disposições com a do § 2º inciso I do mesmo art. 21:

‘A União pode instituir:

I — contribuições (!), nos termos do item I deste artigo (que prevê instituição submetida à lei, alteração de alíquotas e bases de cálculo) tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais.’

3.b. Ainda que se ignore a acesa discussão dos doutos sobre se tais contribuições são taxas ou "impostos especiais", o seu tratamento diferenciado ressalta, já no próprio texto constitucional; e de maneira mais evidente ainda na disposição do art. 163:

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

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

3.c. O CTN, por sua vez, repete a proibição de a taxa ter a mesma base de cálculo de imposto (art. 77 § único), mas *simplesmente consagra a melhor interpretação do texto constitucional contido no art. 21 inciso I quando admite a não exclusão da incidência e da exigibilidade de várias contribuições lá arroladas, além dos impostos que gravam os mesmos fatos geradores sobre os quais elas serão cobradas.*

3.d. Diz, com efeito, o art. 217 CTN:

'As disposições desta lei, notadamente as dos artigos 17, 74, § 2º, e 77, § único, bem como a do art. 54 da Lei nº 5.025 de 10 de junho de 1966, não excluem a incidência e a exigibilidade:

I —
V — das contribuições enumeradas no § 2º do art. 34 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965, com as alterações decorrentes do disposto nos artigos 22 e 23 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, e outras de fins sociais, criadas por lei.'

Note-se que o art. 54 da Lei nº 5.025 de 10 de junho de 1966, expressamente lembrado no "caput" desse artigo, era o que tratava, nada mais nada menos, do que do comércio exterior do país, vetando qualquer outro imposto sobre exportação, que não o próprio da exportação...

3.e. Inafastável, assim, a *superposição*, aqui legalmente admitida, de tais contribuições em relação aos impostos, ainda que coincidentes as respectivas bases de cálculo.

Monografia específica e recente, sobre a matéria, prega exatamente isso:

"Impostos, no sistema tributário brasileiro, são os que a Constituição atribui nos arts. 21, 23 e 24, respectivamente à União, aos Estados,

Distrito Federal e Municípios. Não tendo a Constituição incluído as contribuições para-fiscais naqueles dispositivos, delas tratando em outro (21, § 2º I), forçoso é considerar que, embora sejam receita tributária, não configuram impostos ordinários do tipo tradicional." (NASCIMENTO, A. Theodoro, *Tratado de Direito Tributário Brasileiro — Preços, taxas e para-fiscalidade*, Rio, Forense, 1977, p. 422)

"Se, antes, a proibição contida no parágrafo único do art. 77 do Código Tributário não excluía a incidência e a exigibilidade das contribuições para-fiscais, com maior razão não excluirá agora, quando o texto constitucional (Emenda 1/69) afasta qualquer possibilidade de confundirem-se as duas categorias tributárias. A espécie não comporta outro raciocínio senão o de que as taxas não podem ter fato gerador ou base de cálculo idênticos aos de imposto, mas a contribuição para-fiscal poderá, porque contra esta não prevalece aquela proibição. Ajusta-se, destarte, o texto da lei à realidade dominante no caso brasileiro, em que a constante é a coincidência do fato gerador e base de cálculo da contribuição para-fiscal com os de impostos, notadamente o de renda". (idem, ob. cit., p. 437).

3.f. Para que não fique nenhuma dúvida de que o referido autor está se referindo, em seus comentários, tanto às contribuições para-fiscais de fins sociais, quanto às de fins econômicos, que são as que interessam, no caso "sub judice", arremata ele:

"Sublinhando que as contribuições consideradas no seu art. 217 são "as de fins sociais", o Código Tributário Nacional, promulgado na vigência da Emenda 18, de 1º-12-65, à Constituição de 1946, submeteu às suas disposições aquelas de caráter econômico. Essa diferença de tratamento, se era admissível naquele regime, que aludia apenas à contribuição de previdência (art. 157, XVI, da C.F. de 1946) não parece se justificar a partir do momento em que a Constituição Federal de 1967 (Emenda 1/69) passou a aludir aos dois tipos de contribuição — a de fins sociais e a de fim econômico —, dando-lhes igual tratamento. Para exemplo, ambas por lei terão que ser criadas, porque, em sendo tributo, sua instituição fica subordinada ao disposto no art. 19, I, da Constituição.

4. Conclusão. A "Súmula" 553 do STF.

Se o acórdão do STF, lembrado na inicial pela A., nada guarda de comum com o que ela pleiteia, muito menos os que ela lembra exarados aqui no Trib. de Justiça do Estado; até pelo contrário. Esses favorecem a tese do Estado defendida nesta contestação — a de que o imposto de circulação de mercadorias deve ter como ba-

se de cálculo o preço real da mercadoria exportada e tal preço, a toda evidência, toma como — um de seus componentes o montante da cota de contribuição instituída na Resolução n.º 421 do Banco Central.

Parece dispensável, à essa altura do debate, repetir o R. que a base de cálculo do imposto que ele cobra encontra apoio na disposição do Decreto-Lei n.º 406, art. 2.º § 8.º, repetido na Lei Estadual n.º 6.485/72, a qual dispõe no art. 12, inciso VII, o seguinte:

'A base de cálculo do imposto é:

VII — O valor líquido faturado, a ele não se adicionando frete auferido por terceiro, seguro, ou despesas decorrentes dos serviços de embarque por via aérea ou marítima, na saída de mercadorias para o exterior, para empresas comerciais que operem exclusivamente no comércio de exportação ou para armazéns alfandegados e entrepostos aduaneiros.'

Incluir-se, nas deduções aí permitidas, a cota de contribuição do Banco Central equivaleria admitir que o ônus fiscal da mesma não fosse suportado por quem o devia, no caso a A., mas, pelo menos em parte, fosse transferido ao Estado R., o que raia ao absurdo.

Muito maior afinidade guarda, com o caso "sub judice", a "Súmula" 553 do STF, em vez daquele acórdão que envolve taxa vinculada à autarquia e que é lembrado com tanta ênfase pela A., na inicial:

'O adicional do frete para renovação da marinha mercante (AFRMM) é contribuição parafiscal, não sendo abrangido pela imunidade prevista na letra d, inciso III do art. 19 da Constituição Federal.'

Nessa esteira segue a melhor doutrina, já lembrada no item 3 e suas letras, acima, admitindo mesma base de cálculo para imposto e contribuição.

As perguntas que o item 2-L supra fizeram encontram respostas convincentes, portanto, não só do R., como dos mais doutos nos itens 3.a até 3.f acima arrazoados, e na "Súmula" 553 STF. Em resumo, a exigência fiscal do R., em fazer a base de cálculo do ICM sobre o soja exportado pela A., alcançar o preço real de tal exportação, no qual se encontra a cota de contribuição prevista nas resoluções do Banco Central, à época de tais exportações, é perfeitamente legal e justa, como legítimo o é, igualmente, o lançamento pela A., impugnado.

É o que espera e pede o R. seja, igualmente, reconhecido por Vossa Excelência, facultando-se-lhe o uso de todas as provas para fundamentar o que alega, inclusive documentais e periciais, julgando-se, a final, a ação inteiramente improcedente, condenando-se a A. a pagar as custas processuais, honorários de advogado do R., e demais cominações de lei.

PORTO ALEGRE, 31 de março de 1980.

SENTENÇA

VISTOS:

I. GERMANO DOCKHORN S/A, Agricultura, Indústria e Comércio, ajuizou ação contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL pleiteando a declaração de nulidade ou, em sucessão alternativa, da ilegalidade do Auto de Lançamento (ICM) número 50079067, de 23 de novembro de 1979, pelo qual o réu pretende cobrar da autora a quantia de Cr\$ 436.786,28, a título de imposto; Cr\$ 436.786,28, na qualidade de multa; e Cr\$ 294.318,37, como correção monetária, crédito fiscal oriundo de atividade exportadora de feijão soja para o exterior do País.

Entende a contribuinte que o Imposto de Circulação de Mercadorias deve ter sua base de cálculo, na espécie, estabelecida com exclusão da parcela denominada popularmente "confisco cambial", quota de contribuição instituída pela Resolução n.º 421, de 23.3.77, do Banco Central do Brasil, alterada pela Resolução n.º 426, de 3.5.77, daquela entidade federal. Já o Estado considera dever ser incluída tal parcela na base de cálculo do ICM, daí resultando a autuação da demandante que pede judicialmente seja invalidada.

Narra a autora haver impetrado mandado de segurança preventivo, para escapar à exigência fiscal, tendo obtido liminar. Vencida em primeiro grau de jurisdição, apelou ao Tribunal de Justiça do Estado, onde o recurso não logrou provimento, sendo então cassada a liminar. Inadmitido o recurso extraordinário, tornou-se definitiva a decisão, que dava por incabível o *mandamus* para os fins objetivados.

Antes de intimada da decisão, foi a autora surpreendida pela lavratura do auto de lançamento já mencionado. Dentro dos 30 dias subsequentes, fez o depósito administrativo, com redução permitida de 50% do valor da multa, a fim de poder discutir a legalidade da ação da autoridade, com o que o crédito fiscal em debate reduziu-se para Cr\$ 949.497,79.

Então, afirma ser nulo o auto de lançamento porque realizado quando ainda vigente a liminar concedida no mandado de segurança, pois o artigo 151, do Código Tributário Nacional, dá efeito suspensivo a tal interlocutória quanto à exigibilidade do crédito tributário. Nulificado o lançamento, deve o depósito administrativo ser devolvido à contribuinte, com juros de 12% ao ano e correção monetária, bem assim verbas de sucumbência.

Mas, mesmo que assim não se faça, a iniciativa fiscal padece de ilegalidade porque o valor da operação — na forma do art. 2.º, I, § 8.º, do Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.1968 — é o valor líquido faturado, dele descontada a quota de contribuição devida à União; é o valor que ela percebe quando exporta (FOB), que lhe é efetivamente liberado como pagamento da mercadoria exportada. Cita precedentes jurisprudenciais relativos à hipótese análoga, da contribuição devida ao Instituto do Açúcar e do Alcool, pois esta não integra a base de cálculo do ICM. E tal contribui-

ção, autorizada pelo artigo 163 e § único da CF, com a redação da Emenda 1/69, já previsto no artigo 157, §§ 8º e 9º, da CF de 1967, deflui da intervenção da União no domínio econômico, tendo a mesma natureza daquela instituída nas exportações de soja em grão, esta destinada a subsidiar preços dos produtos, nas vendas ao mercado externo. De qualquer maneira, sendo vedado à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios criar impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros (art. 20, III, a, da Constituição Federal), o réu não pode integrar, na base de cálculo do ICM, o valor da contribuição recolhida à União.

Disso resulta a ilegalidade da pretensão fiscal e o dever de restituir o depósito administrativamente feito, com juros, correção monetária e verbas de sucumbência.

II. Citado, o Estado ofereceu sua resposta, na modalidade de contestação, asseverando que o lançamento tributário está sujeito a prazo decadencial, motivo porque a cassação da liminar é suficiente para permiti-lo, especialmente quando só resta ao contribuinte recurso extraordinário para modificar a decisão que cassou a liminar. A contribuição fiscal, ou parafiscal, não se subsume na vedação contida no artigo 21, § 1º, da Constituição Federal, podendo ela ter a mesma fase de cálculo do imposto estadual, invocada a Súmula 553 do STF, no atinente. Fixada a base de cálculo do ICM por lei federal e por lei estadual, simples Resolução do Banco Central não pode alterá-la.

III. Falou a autora sobre a contestação, prova alguma tendo sido requerida na oportunidade para tanto facultada, exarou parecer o órgão do Ministério Público, pela improcedência da ação. Após, preparados, os autos vieram conclusos para julgamento antecipado.

IV. A ação desdobra dois pedidos, em sucessão alternativa. Examinando-os um a um, tem-se primeiramente como improcedente o pedido de declaração de nulidade do lançamento fiscal impugnado.

A demandante impetrara mandado de segurança preventivo contra a exigência do Fisco Estadual de fazer calcular o valor-base de incidência do ICM integrando nele o percentual da quota de contribuição (confisco cambial), instituída pela Resolução n.º 421/77, do Banco Central do Brasil. Obteve liminar, mas a segurança a final lhe foi denegada. Desprovido o recurso interposto pela impetrante, veio a ser também recusado seguimento a extraordinário por ela oposto. Antes de intimada desta última decisão, lavrou o réu o auto de lançamento.

O mandado de segurança é ação mandamental, cuja liminar se mantém vigente enquanto não decido finalmente. O juízo da cautela, que pode prover liminarmente, pode modificar a provisão, ou revogá-la a qualquer tempo. Assim, a sentença de improcedência — desacolhimento de pedido — tem força revocatória da liminar eventual e inicialmente concedida. O próprio duplo efeito da apelação não impõe a manutenção da cautela, na hipótese de prestação jurisdicional definitiva desfavorável.

Mesmo que assim não fosse, *in casu*, a sentença fora confirmada pelo juízo de 2º grau, cabível então só recurso extraordinário que, sabidamente, não tem efeito suspensivo. Daí que perfeitamente própria a ação da autoridade fiscal, lançando o tributo, independente do seguimento do extraordinário apelo.

A reconhecer, em derradeiro, que o lançamento tributário é ato jurídico de natureza declaratória, não constitutiva (ALIOMAR BALEEIRO, Direito Tributário Brasileiro, 2ª ed., pág. 443). Por isto, não é alcançado por normas atinentes à suspensão da *exigibilidade* do crédito tributário, momento em lógica jurídica posterior ao da declaração.

Improcede então o primeiro pedido da inicial.

No tocante ao segundo pedido, vê-se fundamentada a demandante na vedação constitucional do artigo 19, III, a), da CF vigente. Afirma que do valor faturado na exportação de soja, parte é destacada e adjudicada à União, em face da quota de contribuição tratada nas Resoluções 421 e 426, do Banco Central do Brasil. Constituindo tal quota renda da União, seu valor não pode integrar a base de cálculo do ICM, por infringir tal prática o princípio da imunidade tributária dos entes públicos nacionais.

Em realidade, a vedação constitucional acima aludida não tem o caráter absoluto que lhe empresta a demandante, já porque a própria Constituição a excepciona (art. 19, § 1º, parte final), já porque mister se faz temperá-lo segundo historicamente vem sendo feito (*ut* Súmulas do STF 74 e 75). Lembram-se os casos dos armazéns reembolsáveis do Exército Nacional (ente da administração pública federal), onde a oneração com o ICM, por integrativa do custo da mercadoria, repercute no patrimônio financeiro do comprador, não incidindo pois em renda do ente federal. Nesse trabalho de hermenêutica, se o aplicador da lei quiser evitar resultados chocantes,

“...deverá guiar-se sempre pela *ratio juris*, que, historicamente, sabemos ter sido a necessidade de preservação ora do Governo nacional hostilizado pelo fisco local, ora do Estado vítima do fiscalismo agressivo da União. Não há privilégio em favor do particular que serve ou contrata com o Governo, mas, no interesse deste ou interesse coletivo, uma garantia contra tratamentos diferenciais de uma esfera política em detrimento da outra.

Toda a vez que a imunidade for inútil, porque o tributo, pela sua natureza ou por seus efeitos econômicos, não atingir os meios de ação da pessoa de direito público, mas apenas aos particulares, que razoavelmente devem suportar o gravame, não há porque excluí-lo à sombra do art. 19, III, a” (ALIOMAR BALEEIRO, Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 5ª ed., pág. 128).

Na espécie, o exportador de soja em grão, óleo, farelo e torta de soja, através da Resolução nº 421, de 23.3.77, ficou sujeito a uma quota de contribuição de 7% *ad valorem* incidente sobre os preços FOB de exportação daqueles produtos. Dita contribuição, recolhida pelo Banco Central do Brasil, se destinava à formação de um fundo de defesa dos produtos de exportação, à disposição do Conselho Monetário Nacional. Isto queria dizer que, na exportação de soja cujo preço FOB fosse 100, 7% integraria a quota de contribuição, denominada confisco cambial.

Na saída de mercadorias para o exterior, a base de cálculo do ICM é o valor líquido faturado, a ele não se adicionando frete auferido por terceiro, seguro ou despesas decorrentes do serviço de embarque (art. 2º, I, § 8º, Dec.-Lei 406, 31.12.68).

No conceito de preço, como parece claro, não se confunde o conceito de lucro. Daí que, para determinar o preço de uma mercadoria, irrelevante é saber o *quantum* de dinheiro percebe o vendedor, ou o montante líquido que se lhe aporta com a venda.

Os exportadores de soja, ou dos demais artigos contemplados na Resolução 421/77, como quaisquer outros vendedores para o mercado externo, fixam um preço FOB para suas mercadorias. Esse preço constitui o valor faturado, ou o valor pelo qual a mercadoria consta na respectiva fatura. E, segundo a doutrina corretamente citada pela inicial, "valor líquido é o mesmo que valor certo" (fl. 6), tomada a palavra liquidez no sentido processual civil do termo (sentença líquida, condenação líquida, etc.). Então, "valor líquido faturado" (art. 2º, I, § 8º, Dec.-Lei 406) é o valor certo consignado na fatura.

Para efeito de base de cálculo de ICM, desse valor são desconsiderados apenas os itens legalmente previstos: frete por conta de terceiro, seguro, despesas de embarque. Não há que distinguir onde a lei não distingue. E, no particular, vale recordar que, na composição do preço da mercadoria, já se incorporaram todos os elementos de custo, inclusive os impostos direta ou indiretamente incidentes sobre a atividade do produtor ou do vendedor, pois não se pode presumir, num regime capitalista, que alguém negocie com prejuízo.

Os argumentos expostos convencem, por tanto, que no conceito da expressão "valor líquido faturado" não há porque excluir a quota de contribuição instituída pela Resolução 421/77.

Mas, acrescenta a autora, tal exclusão decorreria de norma constitucional, pois o confisco cambial é renda da União (Conselho Monetário Nacional, em favor de quem fica ele à disposição).

Em verdade, data vênua, há equívoco na afirmação. A entidade pública federal beneficiada com os recursos captados através da quota de contribuição recebe-os integralmente. Não é a renda do ente federal que sofre incidência do ICM; é a renda

do exportador — capada do percentual de 7% *ad valorem* sobre o preço FOB — que é diminuída. Raciocine-se: se inexistisse o confisco cambial, da soja exportada a preço FOB 100, receberia o exportador o total; graças ao confisco, recebe ele 100 menos 7%, ou seja, 93.

Se o ICM tivesse como base de cálculo o valor líquido recebido pelo contribuinte, a demandante teria razão. Mas, ao contrário, dita base de cálculo incide sobre o valor líquido faturado, coisa diferente.

Nessas condições, invocável a lição do mestre BALEEIRO, antes transcrita, inaplicável se apresenta a vedação do artigo 19, III, a), da Constituição Federal, pois não está o Estado tributando renda da União mas, sim, renda do exportador. Essas razões tornam dispensável, outrossim, discutir da incidência de contribuições parafiscais sobre patrimônio, renda ou serviços, inclusive de autarquias, mostrando-se inadequado o paradigma utilizado pela autora: a taxa devida ao Instituto do Açúcar e do Alcool.

Mesmo desconforme com esse ângulo de divisão do problema, para a solução da *quaestio* aqui judicialmente deduzida basta atentar para a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Defluente, como a própria autora o admite, da faculdade de intervenção da União no domínio econômico, as contribuições parafiscais têm tratamento constitucional diverso daquele dado aos impostos e taxas, diversidade já assentada no concernente à vedação do artigo 19, III, letra d), da Constituição Federal (Súmula 553). Esse tratamento, jurisprudencialmente consagrado ante o adicional ao frete para renovação da marinha mercante, pode ser adotado como analogicamente adequado à quota de contribuição nestes autos discutida, pois também esta configura contribuição parafiscal. Veja-se ainda o acórdão publicado na RTJ 73/842, quanto àquele adicional.

O tema, reconhece-se, é tormentoso, e para tanto basta atentar para o acórdão trazido pela demandante e transcrito em sua petição inicial. Não obstante, a este julgador parece não se aplicar ao confisco cambial a abstração decorrente da invocação do princípio da imunidade tributária recíproca entre os entes públicos brasileiros, resultando daí a improcedência do segundo pedido da autora.

V. Por todo o exposto, rejeito os pedidos da autora (art. 269, I, do CPC) e, em consequência, condeno-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 15% do valor da causa, base estipulada pela elevação decorrente da complexidade do tema e pela redução determinada pela expressiva significação financeira do litígio.

Intimem-se.

PORTO ALEGRE, 2 de março de 1981.

IVO GABRIEL DA CUNHA

Juiz de Direito

CONTRA RAZÕES

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA DE FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL EM PORTO ALEGRE

Processo 01179301625 N.º Vara 106431.

Objeto — Pedido de encaminhamento de razões contrárias a recurso de apelação.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador abaixo firmado, na ação ordinária que lhe move GERMANO DOCKHORN S.A. AGRICULTURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, requerer juntada, ao processo, das razões pelas quais contraria o recurso de apelação interposto pela autora, pedindo encaminhamento das mesmas ao conhecimento do Egrégio Colegiado que julgará o mesmo recurso.

PORTO ALEGRE, 10 de junho de 1981.

EGRÉGIO CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELANTE — GERMANO DOCKHORN S.A. AGRICULTURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

APELADO — O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Razões do Apelado.

Objeto — O que o art. 77 parágrafo único do CTN veda ao imposto, é ter a mesma base de cálculo e fato gerador da taxa. Contribuição é outra coisa, e se ela integra o preço real da mercadoria, integra a base de cálculo do ICM. Contribuinte que insiste em assemelhar taxa, que remunera serviço público de autarquia, com contribuição parafiscal, com jurisprudência inadequada. O recurso não é momento adequado para o autor mudar a causa de pedir, invocando matéria legal que não foi objeto de discussão, durante a instrução do feito. (art. 264 e § único do CPC).

Meritíssimos Senhores.

O recurso da apelante merece um reparo inicial imposto pelo próprio ordenamento processual. O art. 264 do CPC que "feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido, ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei". O parágrafo único dessa disposição fixa, até, o momento a partir do qual não se admite a referida modifica-

ção: "a alteração do pedido ou da causa de pedir, em nenhuma hipótese, será permitida após o saneamento do processo".

Ora, é suficiente a leitura da inicial para se concluir que toda a causa de pedir da A. Apelante ficou circunscrita à sua inconformidade com o lançamento tributário, efetivado pelo ora Apelado, o qual teria desatendido à identidade existente entre a contribuição instituída pelo Banco Central e aquela instituída pelo Instituto do Açúcar e do Alcool, merecedora de tratamento jurisprudencial, inclusive do STF, em sentido favorável à tese da mesma A. Isso é visível, na parte final do arrazoado inicial, a partir, especialmente do item 4.5. de fl. 10.

Eis que o recurso da apelante, agora que o processo já viveu toda a instrução, e o R. apelado já tinha esgotado suas razões de defesa, justamente voltadas contra as que a inicial apontara, invoca em prol da pretensão da A. nada menos do que um Convênio, celebrado entre os Estados, em abril de 1977 (fl. 67), cuja possibilidade de disciplina do caso não tinha sido por ela cogitada, não fora objeto de preocupação pela defesa do R., nem servira de causa para o pedido.

Menos mal que, como abaixo se verá, tal Convênio pouco ou nada pode alterar o duto decisório de primeiro grau, antes afinado com ele do que tendo os efeitos que a Apelante quer-lhe emprestar. Em todo o caso, antes mesmo do exame do mérito, pede o Estado apelado a Vossas Excelências preliminarmente,

que a lide seja julgada, nesse segundo grau de jurisdição, nos limites que lhe impuseram a inicial e a contestação, sob pena de se consagrar violação do art. 264 e seu § único do CPC, deixando-se o apelante e todos os juizes que ainda se debruçaram sobre o feito, na aflitiva condição de não saberem se o debate de hoje, em torno do mesmo fato, vai ser o mesmo de amanhã. Que se desconheçam, portanto, no julgamento do recurso ora contra-arrazoado, a(s) nova(s) causa(s) de pedir, invocadas extemporaneamente pela A. apelante, é o que pede o Estado.

Quanto ao mérito,

vê-se que a apelação se limita a acentuar dois argumentos insuficientes, "data venia", para desautorizar a legalidade e justiça da ilustrada sentença: o primeiro é de ela, induzida em erro pela contestação do R., não ter reconhecido a tão apregoada identidade existente entre a contribuição imposta pelas resoluções 421 e 426 do Banco Central, com as do Instituto do Açúcar e do Alcool; o segundo é de ela ter julgado o feito, sem conhecimento exato do que seja "valor líquido faturado", na exata expressão do art. 2.º § 8.º do Decreto-Lei 406/68.

Assim, é possível responder o recurso da apelante, separando os seus próprios fundamentos:

1. A contribuição aqui discutida integra o preço real dos produtos exportados pela A. e não tem qualquer semelhança com a paga ao Instituto do

Açúcar e do Alcool, cuja finalidade é remunerar serviços de uma autarquia federal.

1.1 Durante quatro folhas da inicial — 7/10 — transcreveu a ora Apelante trechos de um acórdão do STF, rel. Min. A. Neder, sem citar a fonte de publicação, o qual julgou indevido o ICM sobre *taxas e contribuições*, devidos ao referido Instituto do Açúcar e do Alcool.

A contestação se deteve, detalhadamente, na análise de tal acórdão, justamente para mostrar o sofisma que existe na pretendida identidade entre as *taxas* devidas ao Instituto do Açúcar e do Alcool, e as *contribuições* do Banco Central, como afirma a A. apelante. Desde o item 2 (dois), da contestação (fl. 30), até o item 3 (três), fl. 36, mostra o Estado Apelante *não só a diferença de origem constitucional da disciplina de uma e outra, como a diferença tanto da finalidades quanto de destinatários de ambas*; seria cansar esse Egrégio Colegiado repetir o apelado, aqui, tudo quanto lá, ficou dito. Urge ratificar tais razões, porém, dando-se-as como cá transcritas, porque, ao contrário de terem induzido o douto prolator "a quo" em erro, como afirma a apelante em mais de uma oportunidade (fls. 68 e 70), deram-lhe azo, até, para complementá-las, de maneira bem mais convincente; no que tange ao argumento do Estado, de que o ICM incidente sobre o preço da mercadoria exportada, ainda que aí incluída a contribuição criada pelo Banco Central, não fere a imunidade recíproca (art. 19 III a) da C. Federal), diz a douta sentença:

"Em realidade, a vedação constitucional acima aludida não tem o caráter absoluto que lhe empresta a demandante, já porque a própria Constituição a excepciona (art. 19, § 1º, parte final), já porque mister se faz temperá-lo segundo historicamente vem sendo feito (ut Súmulas do STF 74 e 75). Lembram-se os casos dos armazéns reembolsáveis do Exército Nacional (ente da administração pública federal), onde a oneração com o ICM por integrativa do custo da mercadoria, repercutia no patrimônio financeiro do comprador, não incidindo, pois, em renda do ente federal". (grifos do apelado).

1.2. Acrescentando-se a tal raciocínio, a possibilidade *legalmente prevista*, de a contribuição (a contribuição e não a taxa, como, na parte mais significativa, acontece no acórdão de fl. 7) ter a mesma base de cálculo do imposto (conjugação interpretativo-sistemática dos arts. 21, § 1º 21 § 2º inc. I, 163 da C.F., 77 § único, 217 do CTN, analisados no item 3 da contestação, a partir de fl. 36), já se vê em quanto está equivocado o argumento principal da A., para êxito de sua pretensão, segundo o qual, a incidência do ICM apanhado, como base de cálculo, o preço onde estivesse incluída a contribuição imposta pelo Banco Central, feriria a imunidade recíproca.

1.3. Monografia específica sobre essa matéria, foi lembrada pelo R. apelado desde fl. 39 da sua contestação (NASCIMENTO, A. Theodoro. *Tratado de Direito Tributário*).

rio Brasileiro — preços, taxas e parafiscalidade, Rio, Forense, 1977 p. 422). As lições já lembradas não receberam a mínima oposição por parte do recurso da apelante, em que pese a enfática afirmação do autor:

"... ajusta-se, destarte, o texto da lei à realidade dominante no caso brasileiro, em que a constante é a coincidência do fato gerador e base de cálculo da contribuição parafiscal com os de impostos, notadamente o de renda". (ob. cit. veja-se fl. 40).

1.4. A rigor, portanto, a apelação ainda conseguiria chamar a atenção sobre sua tese, na medida em que criasse uma novidade legal, quem sabe, sobre ela, senão capaz de esconder toda a sua improcedência, pelo menos de lhe camuflar sua fraqueza. É aí que ela se socorre do convênio transcrito à fl. 67. Note esse Egrégio Colegiado, porém, que, apesar de tal matéria ser impingida ao debate em momento processualmente inadequado, objeto da preliminar supra, ela não alcança o objetivo que o possível impacto inicial da surpresa poderia obter.

1.5. Basta que se veja que o tal convênio *reduziu*, temporariamente, *benefícios fiscais que os Estados concediam às exportações de farelo e torta de soja*, o que significa, quando menos, *princípio de industrialização*... Ora, conforme se vê nas duas resoluções do Banco Central, à fl. 14, elas apanham, também, a soja *em grão* e o auto de lançamento de fls. 19/20 faz referência à *exportação de soja*. À A. Apelante, portanto, e somente a ela, por força do art. 333 inc. I do CPC, competia ter feito prova cabal de que *toda* a sua exportação era abrangida pelo tal Convênio.

1.6. Mesmo que o tivesse feito em tempo oportuno, porém, isso não impediria a incidência do ICM, sobre as operações anteriores ao referido Convênio (fl. 12, 01/04/77 até...) e, quanto às posteriores, ainda restaria à A. apelante o difícil encargo de comprovar que, realmente, a redução dos tais benefícios fiscais visou compensar o ICM que deixaria de ser recolhido sobre parte do preço real de exportação.

1.7. Como as próprias opiniões de jornal, referidas às fls. 22 e seguintes, a A. não ultrapassa, em todo o seu arrazoado, o terreno movediço da subjetividade própria à suposição. Assim, o tal Convênio mais não faz do que reforçar a posição do R. e da própria sentença. Nem os considerandos do convênio vieram para os autos. Quem garante ter ele sido promulgado com os objetivos apregoados pela A. apelante? — Trata-se de matéria estranha ao processo, além de mal situada no contexto do feito, o que já foi denunciado na preliminar supra. Não tem nenhuma força para mudar a sentença, "data venia".

2. O "valor líquido faturado" e a excepcionalidade de o imposto indireto não repercutir. A Súmula 553 do STF.

2.1. Consciente de suas carências, "data venia", a douda apelação, a partir de fl. 71, se arvora em professor de operações cambiais, tentando salvar a sua tese, afinal de contas no fato de que o Governo brasileiro paga em dólares, diz-se melhor faz o faturamento da exportação em dólares, mas paga o exportador em moeda nacional, recebendo ele o seu dinheiro já diminuído da contribuição aqui tão discutida.

2.2. Isso seria mais uma justificativa para ver-se o convênio 9/77, acima analisado, e transcrito à fl. 67, como compensatório de uma possível não arrecadação do ICM alcançando preço real onde estivesse inclusa a discutida contribuição do Banco Central (§ 2º da cláusula primeira — "enquanto vigorar a quota de contribuição"...).

2.3. Nova suposição equivocada! Recebendo em dólares, ou em cruzeiros, o certo é que todo o exportador sabia, de antemão, que a referida contribuição iria incidir, não sabia? — E tinha bem presente o disposto no § 8º do art. 2 Dec.-Lei 406/68. Então, como responder ao reconhecimento fático, lógico, da sentença recorrida, sobre o que acontece, em regra generalíssima, no tipo de mercado da nossa economia?

"Para efeito de base de cálculo do ICM, desse valor são desconsiderados apenas os itens legalmente previstos: frete por conta de terceiros, seguro, despesas de embarque. Não há que distinguir onde a lei não distingue. E, no particular, vale recordar que, na composição do preço da mercadoria, já se incorporaram todos os elementos de custo, inclusive os impostos direta ou indiretamente incidentes sobre a atividade do produtor ou do vendedor, pois não se pode presumir, num regime capitalista, que alguém negocie com prejuízo". (sentença, fl. 60, grifos do apelado).

2.4. O mesmo rigor que se exige do contribuinte, assim, quando ele pede repetição do imposto indireto, o de provar que o imposto não repercutiu (art. 166 CTN), pode ser invocado pelo R. apelado, contra quem quer anular um lançamento fiscal que tem em vista a mais elementar das conseqüências tributárias — a de levar o contribuinte a repassar o custo do imposto. A A. se despreocupou totalmente com essa prova não que não soubesse ser seu dever produzi-la, mas sim porque não tem como fazê-la, "data venia".

2.5. Também não se atreveu o doudo recurso a contrariar a contestação, na invocação que essa fez das disposições combinadas entre os arts. 77 § único e 217 do CTN, suficientes, por si sós, para demonstrar a perfeita compatibilidade de incidência de imposto e contribuição, com fundamento do mesmo fato gerador, calculados sobre mesma base de cálculo. No branco das alegações da douda apelação ficou, também, sintomaticamente, qualquer oposição ao que alegara o Apelado na contestação, com inteiro acolhimento na sentença, (fl. 62) quanto a bem melhor adequação, para o caso, da Súmula 553 STF, do que o acórdão relativo ao Instituto do Açúcar e do Alcool, lembrado pela inicial. Com efeito, a referida Súmula transcrita na íntegra à fl. 42, é o mais eloqüente atestado, não só de que é possível contribui-

ção parafiscal e imposto coincidirem sobre mesmos fatos geradores e bases de cálculo, mas de que o Estado Apelado agiu, em lançando as operações não tributadas pela A., sob o mais estrito cumprimento do dever que lhe impunha a lei. (fls. 19 e 20).

É o que pede e espera o Apelado seja, também reconhecido por Vossas Exce-lências, negando-se provimento à apelação e confirmando-se, integralmente a douda sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação.

Porto Alegre, 10 de junho de 1981.

ACÓRDÃO

I.C.M.

Ação anulatória de lançamento. Interpretação do art. 2º, § 8º, do D. L. n.º 406. Exportação de soja e o chamado "confisco cambial", instituído nas Resoluções 421 e 426 do Banco Central. Não dedução, da base do cálculo do I.C.M., da quota confiscada. Ação improcedente e recurso improvido.

.....

APELAÇÃO CÍVEL	4ª CÂMARA CÍVEL
Nº 38.906	PORTO ALEGRE
GERMANO DOCKHORN S.A. — AGRICULTURA,	APELANTE;
INDÚSTRIA E COMÉRCIO,	APELADO.
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,	

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento à apelação, de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmº Sr. Des. OSCAR GOMES NUNES.

Porto Alegre, 11 de novembro de 1981.

DES. BONORINO BUTTELLI, Presidente.

DES. EDSON ALVES DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O DES. EDSON ALVES DE SOUZA — Trata-se de "ação ordinária anulatória de débito fiscal" ajuizada por Germano Dockhorn S.A. Agricultura, Indústria e Comércio contra o Estado do Rio Grande do Sul, na qual pretende a autora a declaração de nulidade ou, alternativamente, de ilegalidade do Auto de Lançamento n.º 50079067, de 23 de novembro de 1979. Sustenta a demandante, em resumo, dever ser excluída da base de cálculo do I.C.M. a parcela denominada "confisco cambial" — incidente sobre o preço na exportação de soja — quota de contribuição instituída pela Resolução n.º 421/77 do Banco Central do Brasil, alterada pela Resolução n.º 426/77, entendimento com o qual não compactua o Estado. Por outro lado, considera nulo o indigitado Auto de Lançamento — o que é argüido em preliminar vez que lavrado em data anterior ao trânsito em julgado de decisão proferida em mandado de segurança que impetrara, quando, pois, ainda subsistente a liminar que sustava o recolhimento do ICM (art. 151, inc. IV, do Código Tributário Nacional).

A ação foi contestada e, a final, julgada improcedente pelo MM. Juiz, após rejeitado o pedido preliminar de nulidade do Auto de Lançamento. Entendeu o Magistrado, em suma "não se aplicar ao confisco cambial a abstração decorrente da invocação do princípio da imunidade tributária recíproca entre os entes públicos brasileiros..."

Inconformada, apela a autora a esta instância, repelindo as conclusões da doutra sentença e propugnando por sua reforma. Invoca em prol de sua tese o disposto no Convênio n.º 09/77, celebrado entre o Ministro da Fazenda e os Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, publicado no Diário Oficial da União de 22 de abril de 1977.

Em resposta ao recurso, afirma o apelado haver a recorrente modificado a causa de pedir ao invocar em suas razões de recurso o indigitado Convênio n.º 09/77. Por isso, pede em preliminar seja a lide apreciada conforme os moldes que lhe impuseram a inicial e a contestação, sob pena de transgressão ao art. 264 do CPC. No mérito, pleiteia a confirmação da decisão "a quo".

Efetuada o preparo, subiram os autos a esta instância.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, emitiu pareceres pela confirmação do julgado.

É o relatório.

VOTO

O DES. EDSON ALVES DE SOUZA (RELATOR) — Sr. Presidente. Deixando para expender algumas considerações sobre a brilhante intervenção do eminente patrono da apelante, no final do voto escrito, passo a ler este.

Penso que a respeitável sentença apelada examinou corretamente os fatos da causa e lhes deu solução jurídica adequada, com razoável interpretação da lei.

A preliminar de nulidade do lançamento, porque efetivado quando ainda produzindo efeito a liminar concedida no mandado de segurança, foi repelida com argumentos de robusta consistência jurídica, segundo me parece.

O fato de não haver ainda transitado em julgado a sentença denegatória da segurança não implicava continuasse produzindo efeito a liminar concedida anteriormente.

Argumenta a sentença que nem mesmo o duplo efeito do recurso recebido naquele caso importaria a manutenção da medida em causa, diante do julgamento final desfavorável. Finalmente, lembra que a sentença veio de ser confirmada pouco depois no segundo grau, e o recurso extraordinário, ainda que admissível ou admitido, não teria efeito suspensivo. Em derradeiro, argumentou o venerando decisório apelado com a lição de Aliomar Baleeiro, segundo o qual o lançamento tributário é ato jurídico de natureza declaratória, não constitutiva e, por isso mesmo, não pode ser alcançado por normas atinentes à suspensão da exigibilidade de crédito tributário ("momento em lógica jurídica posterior ao da declaração") (fl. 57).

Também desacolho a preliminar, mais ainda porque se me afigura que seria contra os princípios continuasse a liminar existindo, depois do julgamento final de improcedência do mandado. Tratando-se de medida essencialmente cautelar, provisória e deferida no limiar do processo, parece que seria irrazoável se mantivesse além do julgamento final, desfavorável, da ação, proferido com cognição completa.

De outra parte, se correta a interpretação da ora apelante, então bastaria que o juiz, antes de proferir o julgamento final, revogasse a liminar, retirando-lhe desde logo os efeitos, o que, no meu sentir, demonstra que dita liminar há de resultar revogada implicitamente pelo julgamento final da segurança.

Quanto ao mérito, tudo se cifra na interpretação da expressão "valor líquido faturado", contida no art. 2.º, § B.º, do Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68. No aludido dispositivo se diz que, "na saída de mercadorias para o exterior...", a base de cálculo será o valor líquido faturado, a ele não se adicionando frete auferido por terceiro, seguro ou despesas decorrentes dos serviços de embarque por via aérea ou marítima".

Ateve-se, assim, a doutra sentença à literalidade do texto, advertindo não ser lícito ao intérprete acrescentar qualquer outro desconto do valor faturado além dos enumerados na lei. Portanto, na expressão "valor líquido faturado" se compreendia também a quota denominada confisco cambial do soja, adjudicado à União por força das Resoluções n.ºs 421 e 426 do Banco Central.

A seu turno, entende a autora e recorrente que se deve interpretar a sobredita expressão como equivalente ao valor efetivamente pago ao exportador, por ser este o valor que apenas se incorpora ao patrimônio dele. E invoca decisões do Pretório Excelso referentes a casos análogos, envolvendo a taxa devida ao Instituto do Açúcar e do Alcool pelos usineiros de açúcar.

Em resumo, se deveria deduzir do aludido valor líquido faturado aquela parcela referente ao confisco destinado à União, inclusive em razão da vedação constitucional contida no art. 19, III, letra a, da Constituição Federal.

Ainda me parecem mais convincentes os argumentos da sentença, quando adverte que o ICM litigioso, no caso, não tem como base de cálculo o valor líquido recebido pelo contribuinte, como está sustentado na tese da autora, mas o valor líquido faturado, além de que, no caso, não se está tributando renda da União, mas renda de exportador, pois que aquela recebe integralmente os 7% correspondentes ao dito confisco.

Em suma, o que se observa em torno do núcleo da controvérsia é que a autora se sente exagerada ou injustamente onerada com base de cálculo adotada pelo réu e cuidou de encontrar argumentos plausíveis, que conferissem juridicidade à sua irrisignação. Assim, admitida que fosse a sua tese, o cálculo do ICM assentaria em valores 7% menores do que os tomados pelo Estado, o que obviamente reduziria o valor do imposto.

Já conforme o critério combatido, calcula-se o tributo sobre 100, quando em realidade ele apenas recebe 93.

A isso, no entanto, respondeu a sentença, mostrando que a base do cálculo, nos termos da lei, é o valor líquido da fatura e não o valor líquido recebido pelo exportador.

Finalmente, Sr. Presidente, é com satisfação que consigo a minha melhor impressão da brilhante intervenção do patrono da autora no início do julgamento.

No entanto, com a devida vênia, ousou dizer que S. Ex.^a não chegou a abalar o convencimento que eu havia firmado, depois de madura e prolongada reflexão sobre a controvérsia.

Dou inteira razão à apelante, no que concerne à sua irrisignação com a situação injusta em que ela se vê envolvida.

No entanto, parece-me que tal irrisignação deveria endereçar-se à União e não ao Estado. A aparente injustiça que ela está sofrendo não resulta de ato do Estado, mas de ato da União.

Na realidade, se se realizasse essa dedução pretendida por ela, quem estaria sendo confiscado seria o Estado, que, ao invés de calcular o seu tributo sobre o valor líquido da fatura, teria de calculá-lo sobre esse valor menos a quota retirada pela União.

De sorte que, embora admitindo eventual injustiça no tratamento a que foram submetidas, não só a autora, mas outras empresas do Estado, que também realizaram o mesmo tipo de operação, embora admitindo essa eventual injustiça, acho que ela não tem razão de queixar-se do Estado, mas da União. O Estado está simplesmente tomando como base de cálculo para a fixação do seu tributo aquilo que a lei diz, isto é, o valor líquido faturado, conforme está no § 8º do art. 2º do Decreto-Lei nº 406.

Finalmente, parece-me conveniente desfazer o equívoco em torno do que seja incidência e base de cálculo. Na realidade, Sr. Presidente, o Estado não está fazendo incidir o ICM sobre a quota da União; está simplesmente incluindo aquela quota na base do cálculo do tributo, o que me parece ser coisa diferente. A incidência ocorre sobre a operação. Agora, a base de cálculo é que inclui os 7% da União. Parece-me importante essa distinção porque exclui, com a máxima vênia, o argumento de que estaria sendo tributado patrimônio da União pelo Estado.

Então, com essas considerações, Sr. Presidente, não vejo apoio jurídico para reformar a dita sentença apelada e, por isso, pedindo vênia mais uma vez ao eminente patrono da apelante, nego provimento ao recurso, atendidas as custas como de direito.

O SR. PRESIDENTE (DES. BONORINO BUTTELLI) — Do exame dos autos também me convenci de que importa a interpretação do art. 2º, § 8º, do Decreto-Lei nº 406. As deduções dizem com a política monetária do país. Não colhem os argumentos sustentados da tribuna. Cuida-se do valor líquido faturado pela saída de mercadorias para o exterior. Dentro dessa política monetária há o confisco cambial. A injustiça que se proclama reside, ou residiria, no confisco, mas não no ato do Estado quando toma como base de cálculo exatamente o valor líquido faturado, no qual apenas não se adiciona o frete auferido por terceiro, o seguro ou despesas decorrentes dos serviços de embarque por via aérea ou marítima. Aqui se pretende mais: que na aplicação do § 8º do art. 2º, se subtraia do valor líquido faturado a parcela correspondente ao confisco cambial.

Por mais que impressione, como impressionou a brilhante sustentação oral, tenho também, tal como o eminente Relator, que a sentença bem respondeu aos argumentos colocados, e não merecendo as críticas que se lhe faz, demonstrando que na saída de mercadorias para o exterior a base de cálculo do ICM é o valor líquido faturado. No conceito de preço, como parece claro, não se confunde o conceito de lucro. Dai que, para determinar o preço de uma mercadoria, é relevante saber o quan-

to de dinheiro percebe o vendedor ou o montante líquido que se lhe aporta com a venda. Os exportadores de soja — acentua a sentença, e ao meu sentir num posicionamento que revela a legalidade da pretensão fiscal do Estado — os exportadores de soja, como os demais artigos contemplados na Resolução nº 421, como quaisquer outros vendedores para o mercado externo, fixam um preço FOB para as mercadorias. Esse preço constitui o valor faturado ou o valor pelo qual a mercadoria consta na respectiva fatura. E segundo a doutrina corretamente citada pela inicial, valor líquido é o mesmo que valor certo, tomada a palavra "liquidez" no sentido processual civil do termo — sentença líquida, condenação ilíquida. Então valor líquido faturado, diz o § 8º do art. 2º do Decreto-Lei nº 406, é o valor consignado na fatura.

Veja-se que é nitidamente de política cambial, tanto que se denomina confisco cambial, a Resolução nº 421, ao estabelecer essa quota de contribuição e determinando que os recursos gerados pela quota de contribuição de que trata serão recolhidos ao Banco Central, na forma e condições por este fixados, para crédito do Fundo de Defesa de Produtos de Exportação, à disposição do Conselho Monetário Nacional.

Fez-se muito alarde, tanto no bojo dos autos, como da tribuna, em torno de acórdão do egrégio STF, relacionado com o Instituto do Açúcar e do Alcool. Mas, ali se estava cuidando de taxa com destinação ao Instituto do Açúcar e do Alcool para as aplicações indicadas. Não se cogitava então da interpretação do § 8º do art. 2º do DL nº 406, que diz com exportação.

Meu voto, assim, é no sentido de negar provimento à apelação para manter a sentença, endossando seus jurídicos fundamentos.

O DES. OSCAR GOMES NUNES — De inteiro acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. BONORINO BUTTELLI) — Apelação Cível nº 38.906, de Porto Alegre — A decisão é a seguinte: Negaram provimento. Unânime.

DESPACHO DENEGATÓRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS
AUTOS DA APELAÇÃO CÍVEL
Nº 38.906
GERMANO DOCKHORN S.A. — AGRICULTURA,
INDÚSTRIA E COMÉRCIO,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

4ª CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE
RECORRENTE
RECORRIDO

I. GERMANO DOCKHORN S/A alveja com este RE o ven. acórdão da Egrégia 4ª Câmara Cível deste TJ, assim ementado:

"ICM. Ação anulatória de lançamento. Interpretação do art. 2º, § 8º, do DL. nº 406. Exportação de soja e o denominado "confisco cambial", ins-

tituído nas Resoluções 421 e 426 do Banco Central. Não-dedução, da base do cálculo do ICM., da quota confiscada. Ação improcedente e recurso improvido".

Assevera a recorrente caber a irresignação extrema, pelo art. 119, III, letras a, c e d da CF, na mesma ordem a seguir analisados.

1. Pela letra "a": Diz violado o art. 2º do DL 406, de 31.12.68, que estabelece normas aplicáveis ao ICM. Entende que as Resoluções nos. 421 e 426 do CMN, que instituíram o denominado "confisco cambial sobre a exportação do soja", determina sejam abstraídas essas parcelas de 7% sobre os preços de exportação FOB do soja em grão, óleo, torta ou farelo, da base de cálculo do ICM, — que é o valor líquido faturado (art. 2º, I, § 8º, do citado Dec.-Lei 406/68. Ou, por outra: pretende que na cobrança do ICM se subtraia, do valor líquido faturado (§ 8º do referido art. 2º), a parcela correspondente ao confisco cambial.

Colhe-se, no acórdão, a seguinte argumentação, contrária à tese da recorrente: "Cuida-se de valor líquido faturado pela saída de mercadorias para o exterior. Dentro dessa política monetária há o confisco cambial. A proclamada injustiça residiria no confisco, mas não no ato do Estado quando toma como base de cálculo exatamente o valor líquido faturado, no qual apenas não se adiciona o frete auferido por terceiro, o seguro ou despesas decorrentes de embarque por via aérea ou marítima". Os exportadores de soja, como quaisquer outros vendedores para o mercado externo, fixam um preço FOB para as mercadorias. Esse preço constitui o valor faturado ou o valor pelo qual a mercadoria consta na respectiva fatura. E segundo a doutrina corretamente citada pela inicial, *valor líquido é o mesmo que valor certo, tomada a palavra "liquidez" no sentido processual civil do termo — sentença líquida, condenação ilíquida. Então, valor líquido faturado, diz o § 8º do art. 2º do Decreto-Lei nº 406, é valor consignado na fatura*". Por sua vez a sentença, cujos fundamentos são incorporados pelo juízo colegiado *in examen* bem fixou que: "Para efeito de base de cálculo de ICM, desse valor são desconsiderados apenas os itens legalmente previstos: frete por conta de terceiro, seguro, despesas de embarque. Não há que distinguir onde a lei não distingue. E, no particular, vale recordar que, na composição do preço da mercadoria, já se incorporaram todos os elementos de custo, inclusive os impostos direta ou indiretamente incidentes sobre a atividade do produtor ou do vendedor, pois não se pode presumir, num regime capitalista, que alguém negocie com prejuízo". (verbis, sentença, fl. 60).

Não houve, portanto, a pretendida violação da lei federal invocada. Ao contrário, apegam-se sentença e acórdão, à literalidade do texto do invocado art. 2º, § 8º, do DL 406/68, para negar a desoneração pretendida pelo recorrente, donde incidir, *in totum*, a Súmula nº 400 do Pretório Excelso, pois no mínimo houve defesa convincente ou razoabilidade interpretativa do dispositivo em tela.

2. Pela letra "c" do art. 119, II, da Constituição Federal —

Sob tal prisma, diz a recorrente que o ven. acórdão julga válido ato do Fisco Estadual contestado em face da Constituição Federal (art. 19, III, a da CF). A redação do dispositivo em epígrafe é a seguinte: "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III — instituir imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros"; (verbis).

Ainda aqui a sentença, acolhida pelo acórdão, faz a distinção devida: ... "as contribuições parafiscais têm tratamento constitucional diverso daquele dado aos impostos e taxas, diversidade já assentada no concernente à vedação do art. 19, III, letra d da CF (Súmula 553). Esse tratamento, jurisprudencialmente consagrado ante o adicional ao frete para renovação da marinha mercante, pode ser adotado como analogicamente adequado à quota de contribuição nestes autos discutida, pois também configura contribuição parafiscal". Não se aplica, pois, ao confisco cambial *in examen* a abstração decorrente da invocação do princípio da imunidade tributária recíproca entre tais entes públicos.

3. Pela letra "d" do art. 119, II, da Constituição Federal —

Traz a recorrente, como paradigma, o RE n.º 68.969 (in RTJ 62/359), assim ementado: "1. DL 308/67, art. 3.º. Contribuição paga ao Instituto do Açúcar e do Alcool pelo usineiro ou produtor para custear os serviços da entidade. 2. Compondo o serviço público da União, para cujo custeio foi instituída, a referida contribuição não pode estar sujeita a imposto cobrado por Estado-Membro, isto por causa da imunidade tributária prevista no art. 19, III, a, da CF de 1967, texto da Emenda n.º 1.3. Recurso extraordinário conhecido e provido". (sic).

Pretende a recorrente assim situar a similitude entre as duas espécies: *O caso levado ao Egrégio Supremo Tribunal, mediante o RE 68.969 era de incidência de ICM sobre o valor de contribuição instituída pela União, tendo em vista a defesa da economia canavieira nacional. O caso de que se trata no presente processo é de incidência do ICM sobre o valor de uma contribuição instituída pela União, tendo em vista a defesa de produtos de exportação".* (verbis, fl. 116).

Já se viu que, em princípio, não ocorreu nem a pretendida violação da Lei Federal, nem a apontada inconstitucionalidade de tributação estadual. Tampouco me parece exista o dissídio pretoriano. No aresto da Corte Suprema se versa a hipótese que diz com a "intervenção federal no domínio econômico da agroindústria açucareira". Neste, a parafiscalidade que caracterizou o denominado "confisco cambial", guarda semelhança maior com a hipótese versada na Súmula 553 — o adicional ao frete para a renovação da marinha mercante. Há, pois, um maior ajuste com a juris-

prudência cristalizada nesse verbete, o que faz se aproxime o acórdão recorrido do diapasão decisório do STF e não a almejada distonia, daí rejeitar-se a inconformidade também ao prumo da letra "d".

Isto posto, NEGO SEGUIMENTO a este recurso extraordinário.

Publique-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 5 de agosto de 1982.

ÍNDICE DE AUTOR

ALFONSIN, Jacques Távora. — Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja". Contestação.....	239
....., Contra-razões de apelação	252
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Estágio probatório. Parecer	195
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Remuneração de funcionário cedido a fundação. Parecer	157
BUTTELLI, Bonorino. — Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja". Despacho negando seguimento ao recurso extraordinário	262
CABRAL, Armando Henrique Dias. — Reeleição dos membros da mesa da Câmara Municipal. Tese apresentada no IX Encontro Nacional de Procuradores Municipais em Porto Alegre.....	85
COSTA, Carlos. — O Tribunal de Contas; órgão e função jurisdicional. Conferência proferida na Universidade Gama Filho em 28.04.82.....	93
CRETELLA Jr., J. — O decreto-lei no direito brasileiro. Artigo.....	69
CUNHA, Ivo Gabriel. — Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja". Sentença.	247
DOBROWOLSKI, Sílvio. — A dinâmica da Justiça Federal. Palestra proferida no IV Simpósio dos Advogados do Ceará, em 08.08.82.....	109
FONYAT, Maria Izabel de A. Ribeiro. — Denominação de vias, logradouros e próprios públicos municipais. Parecer	207
FRAYSSINET, Jean et KAYSER, Pierre. — A lei de 06.01.78 relativa à informática, fichários e liberdades e o Decreto de 17.07.78. Trad. Paulo Turra Magni. Artigo.....	13
GALLICCHIO, Defrancisco. — Correção monetária de vencimentos atrasados. Razões de Apelação	219
GOULART, Adnor. — Interdito proibitorio. Contestação	233
GRASSI, Marisa Soares. — Proventos de aposentadoria. Parecer.....	171
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Contrato Administrativo. Parecer.....	181
HÜLLEN, Renita Maria. — Competência estadual em matéria urbanística. Parecer	203
KOCH, Ricardo. — Inaplicabilidade da confissão às pessoas de Direito Público. Recurso de revista.	227
LUSTOSA, Caio. — Paridade de vencimentos. Parecer	213
MACHADO, Eunice Nequete. — AS — Regime de Trabalho. Parecer	189
	267

MONTEIRO, José Joaquim. — Aposentadoria. Parecer	165
MORSCH, Jorge Arthur. — Promoção na carreira de Técnico em Planejamento. Parecer	131
MOURA, Ana Maria Landell de. — Transferência de funcionário. Ato administrativo. Publicação, validade e eficácia. Parecer	141
MOURA, Eliana Donatelli de. — Efluentes líquidos do Pólo Petroquímico. Parecer	161
PIRES, Jorge Alberto Diehl. — Cedência de funcionário. Parecer	137
RAMOS, José Hugo V. Castro. — Provimento de cargos públicos. Parecer ..	201
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja". Acórdão	173
ROSA Fº, Telmo Candiota. — Tribunal de Avaliações na Desapropriação. Artigo	65

ÍNDICE DE ASSUNTO

ATO ADMINISTRATIVO

MOURA, Ana Landell de. — Transferência de funcionário. Ato administrativo. Publicação, validade e eficácia. A publicação não constitui elemento essencial à validade do ato administrativo mas providência ligada a sua eficácia e executoriedade. Parecer	141
--	-----

BENS PÚBLICOS — Autorização

GOULART, Adnor. — Interdito proibitório. Contestação	233
--	-----

CÂMARA MUNICIPAL

CABRAL, Armando Henrique Dias. — Reeleição dos membros da mesa da Câmara Municipal. Artigo	85
--	----

CARGO PÚBLICO — Estágio probatório

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Magistério. Estágio probatório. Na vigência do novo Estatuto do Magistério Público Estadual, Lei 6.672/74, apenas estão dispensados de cumpri-lo os membros do Magistério que ao serem nomeados, já detenham a garantia de estabilidade (art. 15, parágrafo único). Parecer	195
--	-----

CARGO PÚBLICO — Provimento

RAMOS, José Hugo V. Castro. — Provimento de cargos públicos. Cargos criados no Legislativo. Nomeação por aprovação em concurso público. Transferência. Requisitos estatutários previstos. Parecer	201
---	-----

CONTRATO ADMINISTRATIVO

GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Contrato administrativo. A expiração do prazo do contrato sem prorrogação importa em sua extinção de pleno direito. Aplicação do fator de reajuste previsto na Lei 6.423/77 às obrigações contraídas pelo Poder Público. Parecer	181
--	-----

CORREÇÃO MONETÁRIA

GALLICCHIO, Defrancisco. — Correção monetária de vencimentos atrasados. Razões de apelação	219
--	-----

DECRETO-LEI

CRETELLA Jr., J. — O decreto-lei no direito brasileiro. A expressão decreto-lei. Abrangência. Motivo da criação do "decreto-lei". O decreto-lei em 1967, 1969. Regime jurídico. Pressupostos. Validade dos atos praticados. Artigo	69
--	----

DESAPROPRIAÇÃO

ROSA Fº, Telmo Candiota da. — Tribunal de avaliações na desapropriação. Dada a relevância econômica do problema das desapropriações,	
--	--

sugere a formação de um grupo de estudos para introduzir modificação na lei das desapropriações ao criar-se um Tribunal de Avaliações. Artigo	65
DIREITO URBANÍSTICO	
HÜLLEN, Renita Maria. — Competência estadual em matéria urbanística. Loteamentos e desmembramentos. Incabível o encaminhamento de projetos com vistas à anuência prévia do Estado de que cogita o art. 13 da Lei 6.766/79 enquanto não editadas normas estaduais a respeito salvo projetos atinentes à Região Metropolitana. Parecer	203
ECOLOGIA E MEIO AMBIENTE	
MOURA, Eliana Donatelli de. — Efluentes líquidos do Pólo Petroquímico. Os fenômenos naturais de infiltração do solo, e de evaporação não caracterizam o lançamento indireto vedado pelo legislador estadual. Ausência de ação humana voluntária. Exegese do artigo 1º da Lei Estadual 7.691, de 07.07.82. Parecer	161
Função gratificada	
ver	
VANTAGENS PECUNIÁRIAS	
FUNCIONÁRIO PÚBLICO — Cessão	
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Remuneração de funcionário cedido à Fundação. Funcionários cedidos a FEBEM não fazem jus ao 13º salário, pois a Lei 6.654 de 12.12.73, só permite que lhes seja paga parcela correspondente à diferença, se houver entre o vencimento básico do cargo que ocuparem e o salário básico da função a ser exercida na Fundação, salário básico esse no qual não está incluído o 13º salário. Parecer	157
PIRES, Jorge Alberto Diehl. — Cedência de funcionário. Regularidade de portaria de cedência expedida por Secretário de Estado, na vigência de Decreto que lhe delegava tais poderes, mas sujeita à deliberação final do Chefe do Executivo. Parecer	137
Gratificação de Assessoramento	
ver	
VANTAGENS PECUNIÁRIAS	
ICM	
ALFONSIN, Jácques Távora. — Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja". Contestação	239
Contra-razões de apelação	252
BUTTELLI, Bonoño. — Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja". Despacho negando seguimento ao RE	262
CUNHA, Ivo Gabriel da. — Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja". Sentença	247
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Base de cálculo do ICM e o chamado "confisco da soja". Exportação de soja e o chamado confisco cambial instituído nas Resoluções 421 e 426 do Banco Central. Não dedução da base de cálculo do ICM da quota confiscada. Ação improcedente e recurso improvido	239

INFORMÁTICA

FRAYSSINET, Jean et KAYSER, Pierre. — A lei de 06.01.78 relativa à informática, fichários e liberdades e o Decreto de 17.07.78. Artigo	13
Justiça Federal	
ver	

PODER JUDICIÁRIO**LICITAÇÃO**

CASTRO, Silvia La Porta de. — Dispensa de licitação; hipóteses contempladas no Decreto-Lei 200/67, art. 126 § 2º, d e h: a notória especialização e a urgência. Dispensa de licitação para reparos urgentes em máquinas ou equipamentos agrícolas prestados por vendedor exclusivo. Justificação obrigatória do agente público junto ao superior hierárquico. Parecer	151
---	-----

MAGISTÉRIO

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Magistério. Estágio probatório. Na vigência do novo Estatuto do Magistério Público Estadual, Lei 6.672/74, apenas estão dispensados de cumpri-lo os membros do Magistério que ao serem nomeados, já detenham a garantia de estabilidade (art. 15, parágrafo único). Parecer	195
--	-----

MUNICÍPIO

FONYAT, Maria Izabel de A. Ribeiro. — Denominação de vias, logradouros e próprios públicos municipais. Assunto administrativo concernente ao peculiar interesse do Município. Competência legislativa a ser observada, de acordo com o exame do disposto na lei orgânica municipal. Parecer	207
---	-----

PENA DE CONFISSÃO

KOCH, Ricardo. — Inaplicabilidade da confissão às pessoas de Direito Público. Recurso de Revista	227
--	-----

PODER JUDICIÁRIO

DOBROWOLSKI, Silvio. — A dinâmica da Justiça Federal. Organização do Poder Judiciário na Constituição. A Justiça Federal Ordinária. A crise do judiciário e a Justiça Federal. Aspectos positivos no funcionamento. Sugestões para a rapidificação da Justiça. Conferência proferida no IV Simpósio dos Advogados do Ceará, em 08.08.82	109
---	-----

PÓLO PETROQUÍMICO

MOURA, Eliana Donatelli de. — Efluentes líquidos do Pólo Petroquímico. Os fenômenos naturais de infiltração no solo e de evaporação não caracterizam o lançamento indireto vedado pelo legislador estadual. Ausência de ação humana voluntária. Exegese do art. 1º da Lei Estadual 7.691 de 07.07.82. Parecer	161
---	-----

PROCESSO LEGISLATIVO

CRETELLA Jr., J. — O decreto-lei no direito brasileiro. A expressão decreto-lei. Abrangência. Motivo da criação. O decreto-lei em 1967 e 1969. Regime jurídico. Pressupostos. Validade dos atos praticados. Artigo	69
--	----

PROCESSO TRABALHISTA

KOCH, Ricardo. — Inaplicabilidade da confissão às pessoas de Direito Público. Recurso de Revista. 227

PROVENTOS

GRASSI, Marisa Soares. — Aposentadoria. Proventos integrais. Regime normal de 44h/semanais. Na sistemática instituída pela Lei 7.357/80, complementada pela Lei 7.397/80, o regime de trabalho de 44h é um componente do padrão de vencimentos para os cargos classificados nos padrões 1 a 16. Parecer 171

MONTEIRO, José Joaquim. — Aposentadoria. Incorporação do Cargo em Comissão aos proventos do cargo de Assessor Administrativo já acrescido da gratificação atribuída à Função Gratificada. Impossibilidade. Parecer 165

REGIME DE TRABALHO

MACHADO, Eunice Nequete. — AS — Regime de trabalho. Convocação para regime especial de trabalho. A investidura em função de assessoramento, realizada nos termos do art. 49 da Lei 4.937 de 20.02.65, não impede que o funcionário continue a perceber a gratificação por regime especial de trabalho para o qual estivesse convocado formalmente, por ato do Chefe do Poder Executivo. Parecer. 189

SÉRIES DE CLASSE

MORSCH, Jorge Arthur. — Promoção na carreira de Técnico em Planejamento. É pré-requisito para a promoção à Classe C a apresentação de certificado de aprovação em curso de especialização ou pós-graduação, nos termos do respectivo regulamento. Parecer 131

TRIBUNAL DE CONTAS

COSTA, Carlos. — O Tribunal de Contas; órgão e função jurisdicional. Conferência proferida na Universidade Gama Filho em 28.04.82. 93

VENCIMENTOS

GALLICCHIO, Defrancisco. — Correção monetária de vencimentos atrasados. Razões de apelação. 219

LUSTOSA, Caio. — Paridade de vencimentos. Funcionários da Câmara Municipal. A paridade de vencimentos entre os servidores do Legislativo e do Executivo está condicionada à perfeita identidade de atribuições funcionais. Aplicação dos arts. 98 e 108 da EC nº 1. Parecer 213

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