

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.12	nº 32	p. 1 a 241	1982
------	--------------	------	-------	------------	------

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. quadrimestral.

Continuação da Revista da
Consultoria-Geral do Estado.



ISSN 0101-1480

Catálogo pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da PGE

Os artigos de doutrina não representam,
necessariamente, a posição da Procuradoria
Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

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

José Hugo Valvírio Castro Ramos

Henriqueta K. von Wackerritt (Secretária Executiva)

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

SUMARIO

DOCTRINA

FRANÇOISE MENDEL	A competência legislativa dos parlamentos — estudo comparado	11
SÉRGIO FERRAZ	Natureza jurídica do plano urbanístico.	33
ADER8AL TORRES DE AMORIM	Reconvenção e revelia	47
SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA	Possibilidade jurídica do pedido. . .	61
A. CARLOS FONSECA	O INCRA e o imposto territorial rural	75

PARECERES

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Vantagem prometida pelo Estado — Parecer nº 4.705/PGE	81
MANOEL ANDRÉ DA ROCHA	Aposentadoria com base na lei da anistia — Parecer nº 4.690/PGE . .	85
NEY SÁ	Convocação de suplente — Parecer nº 4.712/PGE.	107
ANA MARIA LANDELL DE MOURA	Remuneração em caso de acumulação de cargo com mandato eletivo — Parecer nº 4.370/PGE.	111
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Recurso hierárquico em concurso público — Parecer nº 4.788/PGE . .	117
JORGE ALBERTO DIEHL PIRES	Proventos de aposentadoria — Parecer nº 4.666/PGE	121
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Multa por infração de trânsito — Parecer nº 4.730/PGE	125
JOSÉ QUADROS PIRES	Assinatura de livro-ponto — Parecer nº 4.687/PGE.	131
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Cessão de direitos de posse — Parecer nº 4.416/PGE	139
MARISA SOARES GRASSI	Acumulação de cargos — Parecer nº 4.622/PGE.	145

EUNICE NEQUETE MACHADO	Auxílio funeral — Parecer nº 4.6B9/ PGE	149
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Contagem recíproca de tempo de serviço, para aposentadoria — Pare- cer nº 4.6B0/PGE	153
ASSUNTOS MUNICIPAIS		
RENITA MARIA HÜLLEN	Prescrição de vantagem funcional — Parecer nº 4.704/PGE	159
ALDO LEÃO FERREIRA	Prefeito em área de segurança na- cional — Parecer nº 4.679/PGE . . .	167
CAIO LUSTOSA	Conversão de férias em pecúnia — Parecer nº 4.67B/PGE	169
MARIA ISABEL R. FONYAT	Alteração de divisas de municípios — Parecer nº 4.765/PGE	171
MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO	Exercício de vereança com emprego em fundação — Parecer nº 4.732/ PGE	177
RUI CARLOS MACHADO ALVIM	Eleição dos prefeitos das estâncias hidrominerais — Parecer	181
TRABALHOS FORENSES		
REJANE BRASIL FILIPPI	Crédito fiscal do ICM em operação isenta	193
SÍLVIA OPITZ	Neurose histérica e reforma do po- licial-militar	203
ADERBAL TORRES DE AMORIM	Lacuna da lei previdenciária — Pa- gamento de salário do ajudante ex- trajudicial	209
DEFRANCISCO GALLICCIO	Prescritibilidade das pretensões à modificação de ato fixador de pro- ventos	215
ADNOR GOULART	Responsabilidade do Estado por vo- to do órgão do Ministério Público . .	223
	Subfaturamento na remessa de su- cata — Acórdão	231

DOCTRINA

A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS PARLAMENTOS - ESTUDO COMPARADO

FRANÇOISE MENDEL

Antiga Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Genebra.
Encarregada dos cursos em Direito das Instituições Europeias da Faculdade de Direito do City of London Polytechnic.

Em cada sistema político, a extensão da competência legislativa do Parlamento é a resultante de uma rede de fatores, especialmente históricos, jurídicos, institucionais e econômicos, cuja síntese determina os contornos do poder legislativo e o ambiente no qual ele se exerce.¹

A estes fatores, pode-se acrescentar a concepção da separação dos poderes, a concepção da natureza e da hierarquia das normas, a concepção da forma e da estrutura do Estado, e finalmente a concepção do número e do papel dos partidos políticos.

A concepção da separação dos poderes constitui um primeiro enfoque para definir e situar o poder legislativo. "Há, em cada Estado, escreveu Montesquieu², três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil . . . Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura, o poder legislativo, está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque teme-se que o mesmo monarca ou mesmo Senado faça leis tirânicas para as executar tiranicamente . . . Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas o poder detenha o poder".

Se Montesquieu, inspirando-se em Locke, constroi as três espécies de poder e a idéia de separação das funções, ele não conduz sua análise até o ponto de saber quais os órgãos que disporão dos diferentes poderes.

(1) Este artigo foi inspirado pelos debates do IV Simpósio Interparlamentar (Genebra, 29-31 de Janeiro de 1976), sobre o tema "Quem legisla no mundo moderno?" do qual o autor participou, e foi fundamentado em uma documentação fornecida pelo Centro Internacional de Documentação Parlamentar. Que os membros do Centro sejam vivamente agradecidos pela ajuda prestada, sem a qual um amplo estudo comparativo não poderia ter sido realizado. A Jean-François Aubert, professor da Universidade de Neuchâtel, também toda a gratidão do autor, pelos seus múltiplos encorajamentos e sua incansável paciência.

O estudo se refere aos seguintes países: Alemanha (República Federal), Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlândia, França, Israel, Itália, Liechtenstein, Noruega, Holanda, Reino Unido, Suécia, Suíça.

(2) Montesquieu, *L'esprit des lois*, cap. VI, Livro XI.

Traduzido por Maria Heoniza N. da Silva e revisado por José Hugo V. Castro Ramos, com autorização da casa editora e da autora.

Na prática, os constituintes americanos, que, dez anos após os dos futuros Estados membros da Federação, são os primeiros a codificar estas idéias, atribuem o poder legislativo a um Congresso, o poder executivo a um Presidente, e o poder judiciário a tribunais; organizam uma separação rígida dos poderes, onde os órgãos não possam derrubar-se e a traduzem estabelecendo a separação das funções. Na Suíça, as relações entre os órgãos do Estado obedecem a um tipo semelhante de separação de poderes. A diferença está em não existir um Presidente escolhido através de eleição popular, mas sim um executivo colegiado resultante da eleição parlamentar: a separação dos órgãos não é pois absoluta.

Na Grã-Bretanha, e em todos os regimes parlamentares clássicos, a interpretação de Montesquieu é bem mais flexível. A noção de separação das funções não consegue impedir "o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais" (terminologia de Montesquieu) de pertencer simultaneamente ao corpo legislativo e ao corpo executivo. Mas a responsabilidade ministerial intervém para compensar os abusos que poderia provocar este estado de coisas, combinada com seu corolário, a dissolução.

Estando a idéia de separação dos poderes na origem da atribuição ao Parlamento do poder legislativo, com variantes levando em consideração a concepção que se faz desta idéia em tal ou tal sistema, necessário ainda se faz delimitar o que se entende por poder legislativo.

A concepção da natureza da hierarquia das normas que se observa nos diferentes sistemas políticos é instrutiva a este respeito. Se, para manter-se fiel à aceção, a mais clara do termo, o poder legislativo consiste no poder de fazer leis, o que é uma lei?

Embora Montesquieu só tenha respondido a esta questão de forma vaga, invocando "as relações necessárias que decorrem da natureza das coisas" e da "razão humana", a noção política e jurídica da lei, e da hierarquia entre as diferentes categorias de leis, impôs-se com o movimento constitucionalista (fim do século XVIII e começo do XIX). Duas correntes principais de pensamento se opõem neste domínio: à rigidez doutrinária francesa responde o britânico pragmatismo do fato.

Foi Jean-Jacques Rousseau que lançou as bases do que se poderia chamar "o idealismo legislativo" da Revolução Francesa³. Embora Montesquieu não estabelecesse a hierarquia entre os três poderes, Rousseau, e após ele, todos os homens da Revolução Francesa colocam o poder legislativo no ápice da pirâmide estatal. Porque é ao Soberano, isto é, ao povo que cabe fazer as leis, tomar as decisões que o executivo se limitará a aplicar. "O que é uma lei? É uma declaração pública e solene da vontade geral a propósito de algo de interesse comum", afirma Rousseau⁴. E ainda, "A vontade geral, para ser considerada como tal, deve ser não só no seu objeto como também na sua essência... Do mesmo modo que uma vontade particular não pode representar a vontade geral, a vontade geral por sua vez, muda de natureza tendo um objeto particular, e não pode, de uma maneira geral, se pro-

(3) Jean-Marie Cotteret, *Le pouvoir législatif en France*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1962, p. 11.

(4) Jean-Jacques Rousseau, *Lettres sur la Montagne*, Lettre VI, Pol. Writ. II, 201.

nunciar nem sobre um homem nem sobre um fato"⁵. Rousseau distingue primeiramente, os caracteres de generalidade e de abstração da lei, pontos sobre os quais os revolucionários franceses o seguirão fielmente, porque eles o consideram como a melhor justificação da lei face ao arbítrio das decisões reais.

No fim do século XIX, e no começo do século XX, os juristas — primeiro a escola alemã e depois Léon Duguit — estão ainda marcados pela concepção rousseauiana da lei. Eles teorizam distinguindo a lei material, isto é, a norma jurídica geral, abstrata e impessoal, da lei formal, isto é, qualquer ato emitido pelo Parlamento.

É desnecessário dizer que, um ato tão geral e abstrato não é facilmente aplicável se não é explicitado, diferenciado, para seus destinatários. Tal é, na concepção francesa, a missão do poder regulamentar, competente para aplicar a lei e torná-la operacional. Tal era, principalmente, sua missão até a revolução jurídica operada pela constituição de 1958, que nos artigos 34 e 37 delimitou a extensão do poder legislativo do parlamento, abrindo um considerável campo normativo ao poder regulamentar. Voltar-se-á mais adiante a falar sobre este estremecimento dos campos da lei e do regulamento.

Em oposição às teorias francesas se situa a experiência britânica. Na Grã-Bretanha, o Parlamento utiliza-se da lei para fazer tudo. Ela representa, primeiramente, um meio para o Parlamento afirmar sua soberania diante do poder real, depois, à medida que esta soberania se estabelece na prática, um método de governo para o gabinete proveniente do Parlamento. De fato, é o triunfo da lei formal, não conceituado em uma doutrina, mas pouco à pouco imposto pela evolução das instituições em um sentido favorável ao Parlamento. Os representantes do povo são os únicos com poder de editar normas e, reciprocamente, todo o ato editado pelo Parlamento é uma lei, mesmo tratando-se de uma medida individual e concreta.

Mas é impossível para uma Assembléia e, mais ainda a duas, prever até o mínimo detalhe em todos os campos, esgotar a profundidade normativa de todos os assuntos. Em Westminster deram-se conta, desde a época dos Tudors, onde, segundo certos autores⁶, nasceram as práticas que deram lugar mais tarde a delegações legislativas, no sentido próprio. Durante a segunda metade do século XIX, a legislação subordinada, preparada pelos diferentes departamentos ministeriais, já tinha se tornado um instrumento habitual de regulação, seu volume tendendo, após a primeira guerra mundial, a ultrapassar o das leis ordinárias. Na época moderna, o Parlamento britânico pode, ainda, fazer tudo, com exceção daquilo que ele não tem tempo de fazer e que ele autoriza o governo a fazer em seu lugar: é toda esta larga gama de atividade legislativa que constitui a "delegated legislation".

A concepção da forma e da estrutura do Estado é um outro fator que influencia diretamente a extensão da competência legislativa do Parlamento.

(5) Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, livro II, cap. IV pp. 75-76 (Coll. "10/18").

(6) V. Pierre Pactet, *Les institutions politiques de la Grand-Bretagne*, Paris La documentation française, 1960, pp. 170-173.

Apesar de na teoria nada se opor a que ele seja detentor da totalidade do poder legislativo num Estado unitário o mesmo não ocorre num Estado federado, onde deve dividir este poder com os Parlamentos dos Estados Federados. É desta forma que nos Estados Unidos e na Austrália, onde a Constituição⁷ enumera restritivamente as competências do legislativo federal, o Parlamento se acha automaticamente limitado. Na Suíça, sabe-se que os cantões são competentes na medida em que não são limitados pela Constituição Federal.

Uma forte centralização do Estado acaba por reforçar o poder dos órgãos centrais, legislativo ou executivo. As decisões que atingem as diferentes partes do país, são tomadas na capital, quer sejam de natureza legislativa ou regulamentar. A França constitui exemplo de um Estado muito centralizado, onde, todavia, a balança se inclina a favor do executivo.

Em revanche, existem Estados unitários, porém mais descentralizados, como a Itália, onde os órgãos de certas coletividades locais, as Regiões, possuem certos poderes de decisão para questões que lhes dizem respeito. Na Bélgica, os Conselhos Culturais, órgãos compostos de parlamentares representando respectivamente as duas comunidades linguísticas, são competentes para elaborar e adotar a legislação, através de decretos legislativos, em certos campos específicos como os assuntos culturais, a cooperação entre comunidades culturais, ou o emprego de línguas na administração e ensino, o Parlamento Nacional se encontrando desta forma destituído de competência para tratar destas matérias⁸. Não se trata mais, na verdade, de descentralização, mas de uma etapa para o federalismo (federalismo cultural).

A concepção do número e do papel dos partidos políticos, intervém finalmente para reorientar o conteúdo da atividade legislativa do Parlamento.

O poder legislativo se orienta diferentemente de acordo com o número dos partidos políticos representados na Assembléia. Tecnicamente, um acordo sobre a legislação a ser estabelecida é mais difícil num regime pluripartidário com forte diferenciação ideológica dos partidos, onde é necessário procurar compromissos entre diferentes partidos ou grupos políticos que formam a maioria governamental, do que num regime unipartidário onde o consenso será evidentemente mais fácil de obter. Em regime bipartidário, é o partido vencedor das eleições que deterá, até a próxima eleição, um quase monopólio legis-

(7) Artigo 1º, seção VIII, da Constituição dos Estados Unidos, Seção V, artigo 51, da Constituição Australiana.

(8) A composição e as competências dos Conselhos Culturais são tratados na Seção III, art. 59 bis da Constituição, explicitado por uma lei adotada pelo Parlamento, em 21 de julho de 1971, com a maioria especial.
V. Le Conseil Culturel de la Communauté Culturelle Française. Palais de la Nation, Bruxelles, 1972, 28p. et Informations Constitutionnelles et parlementaires, 3ª ed., série n.º 89, 1.º trimestre 1972.

lativo. O mesmo se passa nos regimes tripartidários ou quadripartidários onde existem sólidas alianças entre os partidos que, juntos, compõem a maioria governamental, como nos Estados Escandinavos.

A influência dos partidos políticos sobre a legislação não é somente técnica, mas também qualitativa. Conforme o partido seja considerado como um elemento entre outros, do sistema representativo, como elo na corrente da democracia clássica, permitindo aos cidadãos exprimir suas preferências políticas, ou ao contrário, como o único detentor legítimo do poder, a única expressão autêntica da vontade das massas, sua participação na elaboração de normas, realizada no seio do Parlamento, será parcial ou total, e geralmente mais orientada ideologicamente no segundo caso que no primeiro.

Outros fatores, ainda, intervêm na determinação da extensão do poder legislativo do Parlamento. Desta forma a tradição histórica contribuiu para forjar Parlamentos fortes, como na Grã-Bretanha, ou Assembléias mais fracas diante do Executivo, como nos países mediterrâneos. Em nossos dias, considerando todos estes fatores, qual é a verdadeira extensão do poder legislativo do Parlamento? Quando as novas estruturas da sociedade e da economia exigem, sem cessar, adaptações, reajustes, novas decisões e, isto em coordenação permanente, o Parlamento é capaz de, por si, responder a esta considerável solicitação normativa?

Examinar-se-á, de um lado, como o Parlamento foi levado a aceitar uma divisão orgânica da função legislativa e, de outro lado, como adaptou seu papel legislativo aos mecanismos da tomada de decisão no mundo moderno.

I — A divisão orgânica da função legislativa

No século XIX e, principalmente, no século XX assistiu-se a uma multiplicação crescente das tarefas legislativas do Parlamento. Longe de se limitar a traçar as regras aplicáveis entre particulares, a lei teve de intervir em campos cada vez mais numerosos e cada vez mais complexos, principalmente o da política social (problemas relacionados com o trabalho, a família e a educação, problemas da habitação, dos salários e da previdência social) e, o da política econômica (problemas do desenvolvimento econômico e dos investimentos, problemas da distribuição das rendas).

Diante destes novos imperativos de trabalho, para os quais não estavam nem tecnicamente armadas, nem psicologicamente preparadas, as Assembléias representativas usaram, em primeiro lugar, os mecanismos que lhe permitiam proceder a uma divisão orgânica da função legislativa. Nos textos constitucionais, ou ainda na prática da vida política, existe realmente, ao lado e abaixo do Parlamento, outros co-detentores da função legislativa. Ver-se-á de que maneira esta função ficou dividida, no estágio da iniciativa legislativa e no estágio da tomada de decisão, entre o Parlamento e ou outros atores da vida política.

A. No estágio da iniciativa legislativa

Em toda a criação de regras, a primeira fase é constituída pela iniciativa que consiste em propor a modificação da legislação existente ou a criação de uma legislação nova.

Neste estágio, o Parlamento está longe de dispor de um monopólio. Será examinado com quem ele divide o direito da iniciativa legislativa, primeiramente, ao nível formal. (saber quem está habilitado a apresentar um projeto ou uma proposição de lei ao Parlamento) e, em seguida, na prática (saber quem decide que o Parlamento considere tal ou tal projeto ou proposição).

1 — Os co-detentores do direito do ponto de vista formal

Do ponto de vista formal, os co-detentores do direito de iniciativa são sempre o Executivo e os parlamentares e, às vezes, as Comissões Parlamentares, uma parte do corpo eleitoral, as Regiões ou Estados Federados e, finalmente, certos órgãos públicos específicos.

Em quase todos os países o Governo dispõe, junto com o Parlamento, do direito de iniciativa legislativa. Agente encarregado de executar as leis adotadas pelo Parlamento, tornou-se pouco a pouco, a autoridade principal que dirige sua elaboração, marca sua orientação e mobiliza o Parlamento. Considerando a complexidade crescente dos problemas a serem resolvidos, o Governo, cujo papel propulsor, na condução da política da nação, acentuou-se cada vez mais, acha-se em situação tecnicamente preeminente em relação às Assembléias; com a ajuda e as informações que lhe fornece a Administração, ele está muito melhor colocado que os parlamentares para preparar projetos, oferecendo as melhores garantias de ordem jurídica, política ou puramente técnica. Na hora atual, 90%, mais ou menos, dos textos adotados pelas Assembléias são de origem Governamental. Na Suíça, entre 1968 e 1973, de 148 textos legislativos adotados pela Assembléia Federal, 137 eram originários do Conselho Federal e, 11 tinham por origem os membros ou as Comissões da Assembléia Federal.⁹

No seio do Parlamento, a iniciativa pertence sempre aos parlamentares e, às vezes, às Comissões Parlamentares. Os membros do Parlamento gozam do direito de iniciativa em todos os Paramentos. A iniciativa é exercida pela apresentação perante um órgão de direção ou de administração da Câmara (presidente, secretário, mesa, relator), de um texto, pronto ou não para discussão, apresentado por um ou vários parlamentares, seja por sua conta própria, seja por conta de um grupo ou partido político. No segundo caso, a iniciativa se reveste de um significado político mais forte e, corre o risco de ter sorte diferente, conforme emane de membros da maioria ou da oposição. Ainda o exercício do direito de iniciativa pode sofrer certas restrições, especialmente em matéria financeira. Assim, os parlamentares canadenses não podem apresentar proposições que visem o aumento dos impostos ou que peça, a abertura de créditos (appropriation bills) sem recomendação do Governador-Geral; os parlamentares franceses não podem apresentar proposições que visem seja a diminuição dos recursos públicos, seja o aumento dos encargos públicos; os parlamentares italianos não podem apresentar proposições de lei que impliquem em novas despesas ou acréscimos destas últimas, sem indicar os meios de enfrentá-las.¹⁰

(9) Números fornecidos pela Secretaria-Geral da Assembléia Federal do Centro Internacional de Documentação Parlamentar, fim de 1973.

(10) Regulamento da Câmara dos Comuns Canadense, capítulo X, artigo 62, I. Artigo 40 da Constituição Francesa. Artigo 80, IV da Constituição Italiana.

O sistema suíço não conhece atualmente tais restrições, ainda que certas limitações tenham sido acrescentadas à iniciativa em matéria de despesas, após a votação popular de 8 de junho de 1975.¹¹

É raro as Comissões parlamentares disporem do direito de iniciativa. É no entanto, explicitamente, reconhecido às Comissões do Senado italiano o poder de apresentar, no campo de sua especialidade e por iniciativa de dois terços de seus membros, uma proposição de lei cujo procedimento de exame pelas Câmaras é então acelerado e, às Comissões do Riksdag sueco, "nas matérias de sua competência", da mesma forma que algumas Comissões especializadas, na Finlândia e em Israel.

Na Suíça, as comissões se beneficiam igualmente do direito de iniciativa que elas exercem apresentando às Câmaras uma proposição acompanhada de um relatório. Estes textos são transmitidos, para parecer, ao Conselho Federal.¹²

Em certos países, como a Áustria, a Itália e Liechtenstein, uma fração do corpo eleitoral dispõe da iniciativa legislativa, atribuída ao Parlamento. Na Áustria, 200.000 eleitores, ou a metade dos eleitores de três Lander, podem apresentar uma tal iniciativa, que deve ser submetida pelo governo ao Conselho Nacional. Em 1964, 823.000 eleitores austríacos assinaram um projeto de iniciativa legislativa para a despolitização da rádio-televisão e o Parlamento adotou este projeto em 1966.¹³

(11) Artigo D. T. do decreto federal constatando o resultado da votação popular de 8 de junho de 1975 (impedimento para as decisões concernentes a despesas): "Novas despesas, despesas de orçamento superiores às do ano precedente e, aumento de despesas homologadas só podem ser votadas em cada conselho onde haja maioria de todos os membros, se uma das comissões de finanças ou um quarto dos membros de um dos Conselhos, faça o pedido". AFI. 10.1975 (art. 2) 1799.

(12) — Itália: artigo 80 do Regulamento do Senado Italiano.

— Suécia: Regulamento do Riksdag, capítulo III, disposições complementares, art. 7º.

— Finlândia: Comissão de Finanças, competente, no caso em que medidas visando restabelecer o equilíbrio orçamentário devem ser tomadas, para propor modificações de leis sobre impostos para um período de um ano (Lei Orgânica de Eduskunta, capítulo IV, artigo 49).

Comissão do Banco da Finlândia, competente para propor modificações na lei sobre o Banco da Finlândia (Lei Orgânica de Eduskunta, capítulo IV, artigo 50).

— Israel: Comissão de finanças competente para propor modificações da lei sobre o Fiscal do Estado.

Comissão do Direito Constitucional e da Justiça, competente para propor modificações de leis fundamentais. Comissão do Regulamento, competente para propor modificações de disposições sobre os salários e imunidades dos membros da Knesset.

A competência destas Comissões é uma regra costumeira, proveniente dos regulamentos de sessão da Assembléia Constituinte provisória (art. 7º).

— Suíça: Artigo 21, oitavo, da Lei sobre as Relações entre os Conselhos de 23 de março de 1962.

(13) Karl-Heinz NASSMACHER, Das österreichische Regierungssystem. Grosse Koalitioneder alternierende Regierung? Cologne Westdeutscher Verlag, 1968, pp. 121-124.

Na Itália 50.000 eleitores podem apresentar às Câmaras uma proposição de lei redigida em artigos. Foi assim que o Senado Italiano recebeu, em 11 de junho de 1969, mas não adotou, uma proposição de lei de iniciativa popular sobre a eleição, através do sufrágio universal, dos delegados italianos ao Parlamento Europeu.¹⁴

Em Liechtenstein, 600 eleitores ou três Assembléias Comunaes podem por meio de um requerimento, pedir que a Dieta receba uma proposição de lei, de uma emenda a uma lei ou revogação de uma lei existente. Tais proposições devem ser objeto de um debate na Dieta no curso de sua primeira sessão, após o recebimento do requerimento.¹⁵

Sabe-se que o direito de iniciativa legislativa popular não é atualmente reconhecido na Suíça, ao nível federal, mas que ele existe na maioria das constituições cantonais. Recorda-se, além disso que a iniciativa constitucional pode, de fato, conduzir a modificações no campo legislativo (exemplo: iniciativa sobre a retirada do caráter criminoso do aborto).

Os Estados membros de uma federação e, as coletividades descentralizadas de um Estado unitário se beneficiam, em alguns países, do direito de iniciativa no plano central, fora a parte da legislação que lhe é reservada pela Constituição, nos Estados federados. Para as Federações, tal é notadamente o caso dos cantões suíços, que podem exercer seu direito de iniciativa por correspondência; suas proposições de leis, dirigidas ao Conselho Federal, são objeto de um relatório deste último, transmitido às Câmaras ao mesmo tempo que o texto da medida proposta. Para os Estados Unitários, os Conselhos regionais italianos têm o direito de iniciativa nos campos que os afetam diretamente e, a Assembléia provincial das Ilhas d'Aaland, na Finlândia tem a iniciativa de certas proposições de lei concernente a província d'Aaland.¹⁶

Acontece que certos órgãos públicos específicos vêm lhes ser reconhecido o direito de iniciativa, em campos bem específicos que lhes dizem respeito diretamente. O Conselho Nacional de Economia e do trabalho na Itália, que tem o direito de iniciativa em matéria de elaboração e modificação de leis econômicas e sociais, "segundo os princípios e nos limites fixados pela Lei", é um exemplo do que foi dito, bem como o Concílio Evangélico Luterano da Finlândia, que é competente para propor modificações da lei eclesiástica que rege a organização e a direção da Igreja.¹⁷

(14) V. Raoul Padirac "Les institutions de démocratie directe en Italie", esta revista 1972, p.p. 589-627.

(15) Artigo 41, II da Constituição Austríaca e Lei sobre os procedimentos de iniciativas populares (BGB 1, n.º 197/1963). Artigo 71 da Constituição Italiana. Artigo 64c da Constituição de Liechtenstein.

(16) Artigo 93, II, da Constituição Federal Suíça. Artigo 121, II, da Constituição Italiana. Lei Orgânica de Eduskunta, capítulo III, artigo 33.

(17) Artigo 99, III da Constituição Italiana. Artigo 83 da Constituição Finlandesa.

2. Os grupos que atuam sobre a iniciativa, na prática.

Na prática, outros atores da vida política se beneficiam também, de uma maneira informal e indireta, isto é, não prevista pelos textos, mas particularmente eficaz quanto aos seus resultados, de uma forte influência sobre a iniciativa legislativa. Nos Estados Unidos, onde a iniciativa parlamentar é, formalmente, a única reconhecida, apareceu uma verdadeira prática da iniciativa indireta, que permite ao Presidente, aos departamentos ministeriais, à Administração, a certas comissões das duas Câmaras¹⁸, apresentar para aprovação das Câmaras, por intermédio de um representante ou de um senador que apresenta formalmente a proposição, textos integrais, elaborados fora do Congresso.

Sem ir tão longe a institucionalização da iniciativa indireta, pode acontecer que a população, os grupos de pressão ou a Administração, por exemplo, façam com que o Parlamento ouça o que eles querem — ou não querem — este ou aquele tipo de legislação e, desta forma tornam-se associados à elaboração da lei. É óbvio que o Parlamento, nestes casos, não se acha na obrigação de aceitar este tipo de "proposição", que não é sempre explicitamente formulada e juridicamente não pode sê-lo, uma vez que os textos constitucionais ou legislativos não reconhecem a seus autores tal direito. Mas o Parlamento preencheria mal seu papel de órgão intermediário como asculados da nação e das principais tendências que nela se exprimem, se negligenciasse, sistematicamente de dar-lhe andamento.

A população — noção sociológica mais abrangente do que a noção jurídica de povo, que significa o corpo eleitoral — pode dar sua opinião sobre certas questões quando é consultada a respeito das mesmas. A consulta pode ter origem pública ou privada. Ela emana de um órgão público no caso, cada vez mais freqüente, de sondagens organizadas por iniciativa do governo sobre esta ou aquela questão de interesse nacional.

Na Suécia, referendos podem ser organizados conjuntamente pelo governo e pelo Riksdag mediante o depósito prévio na mesa do Riksdag, de um texto de particular interesse.

Quando o Governo Britânico, a respeito de um projeto ou de uma proposição de lei, considerada por ele como particularmente importante para o país, publica um Livro branco para suscitar a discussão pública e receber sugestões, trata-se, neste caso ainda, de uma consulta. Pode também emanar de iniciativas privadas e, não atingir, igualmente o conjunto da população, como exemplo do que foi dito cite-se as campanhas da imprensa e as sondagens feitas por organismos privados sobre um tema para o qual querem sensibilizar a opinião pública (a campanha que precedeu a adoção, no outono de 1974, da lei sobre o aborto na França, constitui um exemplo disto).

(18) "Na Câmara dos Representantes dos Estados Unidos é a Comissão de Orçamento que toma a iniciativa de projetos de despesas, a Comissão das Vias e Meios toma a iniciativa dos projetos fiscais e a Comissão de Justiça a iniciativa da codificação de leis". União Interparlamentar, Michel Ameller, Parlements, Paris, PUF, 1966 pp. 167-168.

Os grupos de pressão, tais como as organizações sindicais, os grupos de defesa de determinados interesses, os "lobbies" dos países anglo-saxões, constituem, igualmente, um interlocutor privilegiado do Parlamento nos processos de formação da lei. Fazendo-se ouvir, às vezes, antes da elaboração da lei, que podem provocar mas que podem também tentar impedir e, durante a elaboração desta, por intermédio de consultas sobre o projeto de lei, estes grupos estão aptos a orientar o conteúdo e os objetos da atividade legislativa do Parlamento. Na Suíça, uma vez o projeto de texto legislativo redigido pelo departamento responsável, as organizações interessadas no assunto de que trata o texto, bem como os cantões e os partidos políticos, são consultados pelo Conselho Federal antes da apresentação do texto à Assembléia Federal.¹⁹ O Conselho Federal, ao final deste procedimento de consulta, esforça-se para levar em consideração, na elaboração do texto que apresenta às Câmaras, as opiniões apresentadas pelas coletividades e pelos organismos consultados.

Finalmente, a Administração, pela ação dos departamentos ministeriais, especializados para tratar certos assuntos e equipado para isto com recursos humanos e materiais e, igualmente graças à massa de informações de que dispõe, de maneira autônoma, por seus serviços, está apta a conduzir a elaboração da legislação de uma forma que lhe é própria e que, seguidamente, privilegia os dados técnicos e econômicos em relação aos dados humanos. Em numerosos Estados economicamente desenvolvidos, esta mudança provocada pela Administração na orientação das medidas propostas pelo Governo para adoção pelo Parlamento, é, há alguns anos denunciada como "tecnocrata" e anti-democrática.²⁰

Desta abordagem que passa em revista a ação dos que detêm e influenciam a iniciativa legislativa, retira-se a impressão de que o papel do Parlamento é, nesta estágio, reduzido ao mínimo indispensável.

Sobrecarregado pela torrente das iniciativas que correm de todas as partes em sua direção, o Parlamento não teria nada mais a fazer senão canalizá-las, integrá-las no seu procedimento legislativo e, adotá-las. Mas as adota sempre e é o único a poder fazê-lo?

Um exame atento mostra que, se neste estágio da iniciativa legislativa o Parlamento está perdendo terreno, seu papel continua importante no estágio da tomada de decisão pela via legislativa.

B. No estágio da tomada de decisão.

Da mesma forma como foram recenseados os co-detentores do direito de iniciativa legislativa, serão classificados os co-detentores do poder de tomar as decisões legislativas.

Nesta fase, com efeito, o Parlamento não dispõe mais de uma exclusividade. É assim que o Executivo, o povo, as regiões ou Estados federados, podem concorrer com o Parlamento na adoção, propriamente dita, da lei.

(19) Artigos 27, 3º, 27, 5º, 32, 34, 6º, etc. da Constituição Federal; cf. artigo 21, 4º da Lei sobre as Relações entre os Conselhos, de 24 de março de 1962.

(20) Um dos primeiros textos neste sentido foi, na França, L'état et le citoyen, Club Jean Moulin, Paris, Editions du Seuil, 1961.

Nos regimes presidenciais, o presidente, chefe do executivo, participa na adoção da legislação. Nos regimes parlamentares clássicos, com Executivo bicéfalo, este direito é dividido entre chefe do Estado e chefe do Governo. Este último se beneficia do exercício do poder legislativo para a legislação delegada, importante janela da atividade normativa que será objeto de um exame ulterior. Quanto ao papel do monarca ou do presidente ele se restringe, geralmente, à promulgação da lei, ato jurídico que autentica a lei e a torna executória. Se, nas monarquias, a recusa da sanção real tornou-se uma pura hipótese teórica — ainda que seja explicitamente previsto pelos textos constitucionais²¹ — o chefe de Estado, nas Repúblicas, pode, na ocasião da promulgação colocar a lei em questão de duas maneiras. A primeira consiste em recusar a promulgação da lei por inconstitucionalidade. É o caso da Áustria e da República Federal da Alemanha²², onde o chefe de Estado é considerado como o guardião da Constituição: a recusa de sanção aparece então mais como uma precaução jurídica do que como um gesto político. O segundo modo, de que dispõe o chefe de Estado para tentar "paralisar" uma lei, consiste em solicitar um novo estudo, ou uma nova deliberação. O Parlamento, é então levado, se quer salvar seu texto, a readotá-lo.

Os presidentes francês e italiano dispõem entre outros, deste direito.²³

Mais grave para a realidade da soberania parlamentar é o exercício do direito de veto, apanágio do chefe de Estado no regime presidencial. O veto não tem sempre necessidade de ser formulado: tal é o caso do pocket-veto americano, que se exerce se o Presidente não assina um projeto (bill) que lhe foi enviado pelo Congresso nos dez dias que precedem o fim da sessão parlamentar. Este tipo de veto é pois insuperável no decurso da mesma sessão, e o procedimento legislativo deve retornar à estaca zero se, no curso de outra sessão, o Congresso pretende readotar o texto. O direito de veto pode também ser utilizado expressamente: o Presidente dos Estados Unidos pode exprimir seu veto e devolver o texto para o Congresso. Este deve readotar o projeto pela maioria de dois terços de seus membros, se pretender dar-lhes força de lei.²⁴

Se o Parlamento pode entrar em conflito com o Executivo sobre um texto, guardando no entanto boas chances de vencê-los, o mesmo não acontece quando é o povo que decide, isto é, em caso de referendo.

(21) Exemplos: Artigo 80 da Constituição da Holanda. Artigo 78 da Constituição da Noruega. O Artigo 58 da Constituição Australiana habilita, igualmente o soberano britânico a recusar-se sancionar um ato adotado pelo parlamento australiano.

(22) Artigo 47, I da Constituição Austríaca. Na República Federal Alemã, aconteceu ter o Chefe de Estado, por cinco vezes, desde que a Lei fundamental entrou em vigor, recusado sua sanção a uma lei que ele julgava inconstitucional. O Parlamento Federal, não reagiu (informação fornecida pelo Secretariado Geral do Bundestag ao Centro Internacional de Documentação Parlamentar.)

(23) Artigo 20 da Constituição Francesa. Artigo 74 da Constituição Italiana.

(24) Artigo primeiro, seção VII, II da Constituição dos Estados Unidos.

O referendo legislativo pode ser obrigatório ou facultativo, segundo dependa de disposição neste sentido ou seja solicitado por certos órgãos; anterior ou posteriormente, dependendo de que sua interferência ocorra antes ou depois da adoção de um texto; suspensivo ou resolutório, conforme se situe antes de que o ato tenha produzido seu efeito ou após a entrada em vigor do ato.²⁵

A Suíça conhece o referendo obrigatório para as decisões federais urgentes derrogando a Constituição. Se estas não são ratificadas pela maioria do povo e pela maioria dos cantões no ano seguinte ao da sua adoção pela Assembléia Federal caducam e não podem ser renovadas; trata-se, pois, de um referendo resolutório. O referendo obrigatório se aplica, igualmente, na Dinamarca para determinação, pela via legislativa, da maioria eleitoral. Foi assim que o povo dinamarquês aprovou, em 21 de setembro de 1971, por 1.600.000 votos contra 1.250.000, uma lei do Folketing passando de 21 para 20 anos a idade exigida para ser eleitor. Dois anos antes, em 24 de junho de 1969, ele havia recusado, por 1.638.000 votos contra 445.000, um projeto visando baixar de 21 para 18 anos a idade de direito de voto.²⁶

Para matéria legislativa, o referendo facultativo é mais freqüente que o referendo obrigatório. Na Áustria, a maioria dos membros do Conselho Nacional pode provocar a votação popular sobre uma lei já adotada. Na Dinamarca, é a minoria, isto é, um terço dos membros do Folketing, que pode pedir a arbitragem do corpo eleitoral sobre uma lei votada pela maioria do Folketing. A significação política do referendo é claramente diferente nestes dois casos. Em 1963, o Folketing tendo adotado, em 31 de maio, quatro projetos de lei sobre a propriedade agrícola e fundiária, a minoria de um terço dos membros do Parlamento, solicitou que estes textos fossem submetidos a referendo. Em 25 de junho de 1963, o eleitorado rejeitou as quatro leis por 41 a 44% de "não" segundo os textos, contra 22 a 31% de "sim", aprovando assim a minoria do Parlamento.

Na França, a iniciativa do referendo pertence ao Presidente da República, "por proposição do governo ou por proposição conjunta das duas Assembléias". Contrariamente à letra do texto Constitucional, o procedimento foi empregado não só no domínio legislativo como também em matéria Constitucional, referendos de 28 de outubro de 1962 sobre a eleição do Presidente da República pelo sufrágio universal e, de 27 de abril de 1969 sobre a criação de regiões e a modificação do Senado e, convencional (referendo de 23 de abril de 1972 sobre a adesão às Comunidades européias da Grã-Bretanha, da Dinamarca e da Irlanda). Na Itália, o referendo pode ser suscitado por 500.000 eleitores ou cinco Conselhos regionais, pedindo ao corpo eleitoral a aprovação da suspensão de uma lei; trata-se então de um referendo obrigatório ou resolutório, do qual são excluídas as leis de finanças, de anistia e de autorização de ratificação de um tratado.²⁷ O procedimento foi utili-

(25) V. Jean-François Aubert "Le référendum populaire", Revue de Droit Suisse, vol. 91, 1972. 1, pp. 481-506

(26) Artigo 89 bis da Constituição Federal Suíça. Art. 29 (2) da Constituição Dinamarquesa.

(27) Artigo 43, II da Constituição Austríaca e BGB1 nº 248/1962. Artigo 42 (1) da Constituição Dinamarquesa. Artigo 11 da Constituição Francesa. Artigo 75 da Constituição Italiana.

zado pela primeira vez em 12 e 13 de maio de 1974, por terem 1.350.000 eleitores solicitado a revogação da lei sobre o divórcio, adotada pelo Parlamento em dezembro de 1970. O Colégio eleitoral tendo se pronunciado, na sua maioria, contra a revogação (19.000.000 contra 13.000.000), confirmou desta maneira a lei.

A Suíça é o Estado que dispõe da gama mais variada em matéria de referendo legislativo facultativo.²⁸ A votação pode ser pedida por 50.000 cidadãos ou oito cantões, com efeito suspensivo, contra as leis federais, os decretos federais de caráter geral²⁹ e, certos tratados internacionais.³⁰

Da mesma forma, 50.000 cidadãos ou oito cantões podem pedir o referendo contra os decretos federais postos em funcionamento em regime de urgência, com efeito resolutório, perdendo estas disposições sua validade, um ano após sua aprovação pela Assembléia federal, se não tiverem sido aprovadas pelo povo neste espaço de tempo.³¹ Em todas estas hipóteses, a decisão é tomada pela maioria do povo, com exclusão dos cantões.

Estas indicações, que só constituem ilustrações de mecanismos sutis da democracia semi-direta, mostram que o Parlamento pode ser destituído de sua competência legislativa em proveito do povo, o soberano, recuperando, excepcionalmente, uma parte do poder normativo que delegou a seus representantes.

A influência da forma do Estado sobre a extensão do poder legislativo do Parlamento já foi mencionada.

Concretamente, o federalismo significa que um certo poder normativo escapa do Parlamento nacional, porque depende da competência dos Estados membros da Federação. É assim que o Congresso Americano, cujos poderes no entanto foram interpretados extensivamente pela Corte Suprema (doutrina dos "implied powers", poderes implícitos) torna-se incompetente para tratar, por exemplo, das liberdades individuais no plano federal.³²

Na República Federal Alemã e na Suíça, os Länder e os cantões são respectivamente competentes na medida em que os poderes legislativos não são conferidos ao Estado federal pela Constituição: mas, em caso de conflito, o direito federal supera o direito das regiões. Este princípio é fixado explicitamente nas Constituições alemã e austríaca.³³

(28) Na ordem jurídica infra-estatal, convém lembrar que os cantões suíços e certos Estados dos Estados Unidos possuem mecanismos de democracia semi-direta mais amplos ainda do que os que são utilizados na Suíça no nível federal.

(29) Artigo 89, II da Constituição Federal Suíça.

(30) Artigo 89, III a IV da Constituição Federal Suíça.

(31) Artigo 89, bis, II da Constituição Federal Suíça.

(32) V. Marie — France Toinet, Le Congrès des États-Unis, coll. "Sup.", Paris, PUF, 1972, p. 87.

(33) Sobre as atribuições de competências: Artigo 70 (1) da Lei fundamental. Artigo 3 da Constituição Federal Suíça. Sobre a primazia do direito federal: Artigo 31 da lei fundamental. Artigo 109, capítulo V, da Constituição Austríaca.

Três tipos de órgãos têm assim a aptidão constitucional de concorrer com o Parlamento no estágio da tomada de decisão legislativa, com exclusão dos casos de delegação em que o Parlamento escolhe, ele próprio, passar temporariamente seu poder legislativo a um outro órgão, para que este legisle em seu lugar sobre determinada questão.

Em proveito de quem esta concorrência é, na realidade, exercida? De parte do Executivo, a sanção real nunca é recusada (o caso não ocorre na Grã-Bretanha há mais de 250 anos); as questões que tratam de nova deliberação são raras e dão na maioria das vezes vantagem ao Parlamento. O veto presidencial, se constitui num obstáculo mais difícil de vencer, é pouco empregado pelos presidentes atuais, principalmente desde a presidência de Kennedy.³⁴

Não é mais o chefe de Estado, portanto, que põe em perigo o exercício do poder legislativo do Parlamento.

O que se passa com o povo? Os Estados que conhecem os procedimentos de democracia semidireta são raros. Todos os casos aqui apresentados mostram tipos de iniciativa fraca, onde o destinatário da iniciativa popular é o Parlamento, único competente para dar ou não prosseguimento à iniciativa. Quanto ao referendo, ainda que exista, só se aplica a uma categoria de medidas bem determinadas, de onde são seguidamente excluídas, por exemplo, o orçamento e as leis que implicam em despesas públicas. Finalmente, o órgão habilitado a solicitar o referendo talvez seja o próprio Parlamento, seja na sua maioria como na Áustria, seja na sua minoria como na Dinamarca. O referendo constitui então, no primeiro caso, uma reafirmação do Parlamento e, no segundo, uma arbitragem entre o povo e o parlamento. Na medida em que o Parlamento possa se achar, em situações raras e precisas, privado do exercício mesmo de seu poder legislativo, de que forma este fato causa um problema se o beneficiário desta transferência de competência é o povo, soberano em primeira e última instância?

Definitivamente, o exame das modalidades de divisão da função legislativa mostra que, se o Parlamento viu seu papel decrescer na fase da elaboração da lei, em contraposição ele domina amplamente os outros órgãos na fase da adoção da lei, fase capital em que exerce sua competência com plenitude e quase exclusividade. Assim, ele permanece em toda a parte como a única autoridade competente para aprovar o orçamento do Estado. Se o Parlamento aceitou a divisão da função legislativa, está fora de dúvida que guardou para si a melhor parte: em matéria de lei, é quase sempre ele que toma a decisão ou que, prerrogativa também fundamental, recusa a decisão que lhe é proposta.

(34) Presidente Eisenhower (1935-1961): 201 vetos, dos quais três rejeitados pelo Congresso; Presidente Kennedy (1961-1963): 25 vetos, não vencidos pelo Congresso; Presidente Johnson (1963-1968): 31 vetos não vencidos pelo Congresso; Presidente Nixon (1969-1º de setembro 1971): 12 vetos, dos quais 2 vencidos pelo Congresso.
Fontes: *Statistical Abstract of the United States et Congressional Quarterly Weekly Report*, citado no *la procédure législative à l'étranger, La documentation française, documents d'étude* n° 13, Paris, avril 1972, p. 26.

II — A Adaptação do Parlamento ao Processo Moderno da Tomada de Decisão.

O quadro esboçado precedentemente pode parecer exageradamente otimista. Mostra com efeito um Parlamento que guardou no campo legislativo, seu poder essencial: o de adotar ou não a lei.

Mas um importante fenômeno, mencionado no início deste estudo intervém para retificar este diagnóstico positivo. Por certo, o Parlamento tem sempre o poder de fazer a lei. Mas a lei mudou. Ela não é mais a regra superior que dirige a sociedade. Ela tornou-se um elemento, entre outros, do processo de decisão moderna. Na sua complexidade, este processo acaba por afastar ou reduzir a intervenção da lei em um grande número de casos.

Constatar-se-á este retraimento progressivo da lei examinando a redução do papel do Parlamento no processo moderno da tomada de decisão. Procurar-se-á mostrar como o Parlamento adaptou-se ou pode adaptar-se, as limitações que lhe são impostas por este processo.

A — A Redução do Papel do Parlamento no Processo Moderno da Tomada de Decisão.

Na época moderna, o campo de decisões da competência do Estado alargou-se consideravelmente. O Estado não pode mais, como fazia no tempo do liberalismo, contentar-se em formular os princípios da gestão da sociedade. É levado a intervir cada vez mais na vida pública, mesmo que isto só seja para orientar um desenvolvimento econômico e social que não foi suscitado por ele, mas que tornou-se um fato de capital importância nas sociedades modernas. Além disso, as relações internacionais desenvolveram-se num sentido multilateral ligando os estados em diversos níveis, ou seja ligando-os entre si e ao mesmo tempo no plano de sua política interna.

Face a estas situações novas, examinar-se-á o lugar do Parlamento no processo moderno de tomada de decisão; estudar-se-á em primeiro lugar os casos em que seu papel fica limitado pela multiplicação de mecanismos jurídicos que reduzem sua participação na atividade decisória e em seguida as limitações nos planos em que o Parlamento deve levar em conta os imperativos técnicos.

1 — A limitação da extensão da competência legislativa do Parlamento por certos mecanismos jurídicos que implicam na transferência de competência do Parlamento para outras instâncias.

A forma e a natureza dos novos mecanismos decisórios, traduzidos em instituições, têm, em muitos casos, reduzido o papel do Parlamento.

Citar-se-á, como exemplos as diversas limitações resultantes de atos internacionais, de textos constitucionais e, de novas orientações dadas ao procedimento parlamentar. Estas diversas limitações são acompanhadas de transferência de competência do Parlamento a uma outra instância decisória.

Atos internacionais, tais como o Tratado de Roma, ou ainda as convenções internacionais estabelecidas, seja diretamente entre os Estados seja no contexto de certas organizações internacionais dispendo de um poder regulamentar próprio (Organização Meteorológica Mundial, Organização de Aviação Civil Internacional, Organização Mundial de Saúde), amarram os Estados, não só no plano internacional mas também no plano interno. Nestes casos, os Parlamentos intervêm somente para pôr em prática uma política definida alhures. Assim, um Parlamento nacional de um dos países membros da comunidade econômica européia não é mais completamente livre em matéria de legislação sobre os preços agrícolas. É certo, que ele aceitou esta espécie de limitação ao autorizar seu governo a ratificar o Tratado de Roma, mas uma tal transferência de competência, parece, doravante irreversível.³⁵

Uma outra importante redução do campo legislativo foi invocada anteriormente. É aquela que constituiu, em todos os países, em acrescentar a extensão do poder regulamentar autônomo do Governo. Na França e nos Estados que se inspiraram na Constituição Francesa de 1958, inverteu-se juridicamente os princípios de atribuição das competências no campo da lei e do regulamento. Enquanto de 1789 a 1958, o campo legislativo do Parlamento era considerado como ilimitado e o poder regulamentar lhe era subordinado, a Constituição de 1958 enumera limitativamente, no seu artigo 34, as matérias que são da esfera da lei. Para todo o resto é o poder regulamentar que é competente. A competência regulamentar é assim doravante, a regra, e a competência legislativa a exceção. Mesmo se a lista estabelecida pelo artigo 34 é ampla, sente-se bem a intenção do constituinte: colocar limites à extensão do poder legislativo do Parlamento. O campo regulamentar tornando-se reservado, o da lei é doravante "consignado" (decano Vedel), o que constitui, em direito francês, uma verdadeira "revolução jurídica"³⁶ em favor do Executivo, em proveito de quem operou-se a transferência de competências, embora, na prática, a restrição não tenha tido efeito: a revolução se fez mais nos textos que na realidade. As modificações feitas, em todos os parlamentos, desde a primeira guerra mundial, no procedimento parlamentar, por ocasião de revisões constitucionais, de aparência às vezes menores, ou mesmo de simples reformulações dos regulamentos das Assembléias, contribuíram para limitar o exercício do poder legislativo do Parlamento. É o que se chamou "racionalização do parlamentarismo"³⁷, que consistiu em reduzir as prerrogativas das Assembléias em

(35) V. Jean — Victor Louis, *Les règlements de la Communauté Économique Européenne*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1969, et Charles-Albert Morand, *La législation dans les Communautés Européennes*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.

(36) Jacques Cadart, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 885.

(37) A idéia do parlamentarismo racionalizado é de B. Mirkine-Guetzévitch, que notou que as Constituições européias estabelecidas após 1919 procuravam codificar e regulamentar certas práticas parlamentares, até então costumeiras, modificando-as de modo a torná-las racionais e lógicas. A orientação desta racionalização do parlamentarismo favorecendo ao Executivo só apareceu claramente após a segunda guerra mundial. V. B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, 1928 (introduction) e "O regime parlamentar nas Constituições Européias de após guerra" *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1931, t. II, p. 39.

matéria de ordem do dia, na maioria das vezes em proveito do governo, em tornar mais difíceis as condições do voto de censura no regime parlamentar, impor uma série de obstáculos de procedimento à iniciativa parlamentar. Nestes casos, as transferências de competência foram feitas em benefício do Governo. Neste caso ainda, a Constituição francesa de 1958 representa o exemplo mais completo.³⁸

2. As limitações da extensão da competência legislativa do Parlamento, nas áreas em que deve levar em conta os imperativos técnicos.

Trata-se de situações onde as limitações não são institucionais, mas resultam da natureza das matérias a tratar. Tal é o caso, por exemplo, no campo da política estrangeira, da política de defesa e das relações internacionais, da política econômica e dos planos de desenvolvimento, da política monetária, aduaneira e tarifária.

Tradicionalmente, a condução das negociações entre Estados é feita pelo Executivo, por intermédio do Ministro dos Negócios Estrangeiros. As relações internacionais quer se situem no nível bilateral quer se situem no nível multilateral, escapam, por razões técnicas, ao Parlamento, da mesma maneira que certos aspectos da política de defesa nacional. A necessidade do segredo, ou a impossibilidade prática de conduzir negociações ao nível das Assembléias representativas, explicam as limitações da competência parlamentar, que podem ocorrer nestes campos. Na maioria dos Estados, o papel do Parlamento, limita-se, com efeito, a autorizar a ratificação dos tratados negociados pelo Executivo, assim como, teoricamente, as declarações de guerra e a celebração da paz. Este papel é ainda mais reduzido no que se refere aos acordos internacionais concluídos de forma simplificada, que escapam às regras da autorização parlamentar. Na Suíça, a possibilidade de referendo facultativo para certos tratados internacionais — a autorização de ratificação devendo então tomar a forma de um decreto federal de âmbito geral ou de valor constitucional, ato que pode ser submetido a referendo — é suscetível de levar a Assembléia Federal a só autorizar certas ratificações com a observância da maior circunspeção. Além disso, a adesão a organizações coletivas ou a comunidades supranacionais foge à decisão final do legislativo federal, na medida em que ela está sujeita ao referendo obrigatório e deve receber o consentimento do povo e dos cantões.³⁹

A maioria dos Estados conhece na hora atual um certo tipo de planejamento econômico, relativo, em geral, aos quatro ou cinco anos futuros. Os planos são mais ou menos flexíveis, mais ou menos imperativos de acordo com os sistemas nos quais se situam. Em

(38) Artigo 48, al.1 da Constituição Francesa: o Governo é o mestre da ordem do dia. Artigo 49, al. 3: O Governo pode obter a adoção de um texto sem que a Assembléia Nacional o tenha votado, colocando a questão da confiança. Artigo 44, al. 3: O Governo pode recorrer ao voto bloqueado: a Assembléia impedida deve então, ou adotar ou rejeitar em bloco o conjunto do projeto.

(39) Sobre as atribuições de competência em matéria de política estrangeira, V. os artigos 85, V; 85, VI; 102, VIII; 102, X; da Constituição Federal Suíça. Sobre o referendo facultativo ou obrigatório para certos tratados, V. artigo 89, III a V.

quase todas as partes devem ser adotados pelo Parlamento. Mas este último pode na verdade discutir as orientações dadas por ele, questionar-lhes os objetivos? O Plano constitui um todo, um conjunto de medidas elaboradas fora do Parlamento e destinadas a obter um certo objetivo. Esta globalidade e esta técnica do Plano têm por objetivo impedir o Parlamento de modificá-lo substancialmente; uma emenda pode ter consequências em cadeia e chegar a desintegrar uma série de elementos ligados entre si.⁴⁰

Além do mais, a legislação que intervirá, depois, está submetida ao Plano; uma vez este adotado, o Parlamento dificilmente pode voltar atrás sobre certas medidas, porque é necessário que o Plano conserve toda a sua coerência. Em certos países de economia fortemente liberal o Parlamento não teve de enfrentar estes problemas: tal é o caso da Suíça, onde não existe sistema federal de planejamento econômico.⁴¹

A política monetária, aduaneira e tarifária, salvo nos Estados Unidos, onde os poderes do Congresso neste campo são muito amplos⁴² depende cada vez mais do Executivo ou mesmo diretamente dos Bancos nacionais ou centrais. As flutuações dos dados na escala mundial, o impacto internacional sobre a economia resultante de uma medida tomada no plano nacional (desvalorização ou revalorização da moeda, alta ou baixa das taxas de desconto, por exemplo), a rapidez e a complexidade técnica das decisões a tomar, fazem com que este trabalho não possa depender em detalhe de uma Assembléia, mas sim de um número restrito de especialistas.

8 — A necessária adaptação do Parlamento: Reformas aceitas e reformas desejáveis.

O parlamento teve de levar em conta as diversas formas de limitações que se lhe impunham no exercício de sua competência legislativa. Adaptou-se aos novos mecanismos de tomada de decisão e aos novos domínios de decisões a tomar, primeiramente aceitando as reformas consistentes em uma redistribuição e em delegações racionalizadas do poder legislativo, e também adotando novos métodos de trabalho.

1 — A redistribuição e a delegação da competência legislativa

Técnicas legislativas novas permitiram redistribuir o poder legislativo. A lei é cada vez menos capaz de prever todas as situações, de entrar em todas as implicações dos pro-

(40) V. Lucien Nizard, "Reflexions sur les raisons réelles de l'inaptitude parlementaire à influencer effectivement le processus de planification" (Rapport à la Table Ronde de l'Association Française de Science Politique des 6 et 7 novembre 1970: le Rôle des Parlements dans les Démocraties de Type Libéral).

(41) Sobre um ensaio de planejamento financeiro na Suíça, V. a lei federal sobre as Finanças da Confederação de 18 de dezembro de 1968-RS. 611. O, art. 29 que encarrega o Conselho federal de elaborar uma planificação financeira plurianual, de levá-la ao conhecimento da Assembléia Federal e de lhe fazer um relatório sobre a sua execução. Uma outra tentativa de Associação da Assembléia Federal a uma planificação plurianual ocorreu em 1975, um "pacote" estando previsto para os anos 1976 a 1978, BS 1975 CN, t. 1687.

(42) Graças a uma interpretação extensiva, pela Corte Suprema, do Interstate Commerce Act.

blemas que ela quer regular, principalmente quando incidem sobre largos setores da atividade nacional. Ela pode, pois, deixar ao Governo e à administração, ou ainda aos órgãos criados por ela, o cuidado de por em ação uma política que ela somente fixa em linhas gerais. É o que se produz nos casos das leis ditas "lois-cadres", leis de orientação e, também "lois de programme."

As "lois-cadres" ou as leis de orientação caracterizam-se assim pela amplitude de seu campo de aplicação — a lei de orientação do ensino superior, de junho de 1968 na França, por exemplo (lei Edgar Faure), ou lei de orientação do comércio e da indústria, de outubro de 1973 (lei Royer). Este tipo de lei se caracteriza pela sua globalidade. A lei coloca os princípios de uma política de conjunto, e criou certos órgãos para por em funcionamento esta política; trata-se então de uma desconcentração do poder legislativo. Além disso, a lei intervém, geralmente, no momento em que as autoridades percebem que a opinião pública está particularmente sensível à regulamentação de uma determinada questão.

Quanto às "lois de programme", elas definem especialmente objetivos econômicos e planos de despesas públicas escalonadas. Ainda aqui, o Parlamento não entra em detalhes.

A delegação do poder legislativo, em princípio, ao Governo, mas às vezes a outros órgãos — como as Comissões parlamentares das duas Câmaras, na Itália — não é uma técnica nova. Ela é usada há muito tempo na Grã-Bretanha, e às vezes dá lugar a abusos, como a prática dos decretos-leis na Itália, ou na França sob a III República. Entretanto, o Parlamento admitiu que, quando ele não pode regular por si mesmo certas situações, por todas as razões que foram enunciadas acima, uma boa legislação delegada é preferível a uma má legislação parlamentar.

No Reino Unido, onde o princípio de onipotência do Parlamento em matéria constitucional, legislativa e regulamentar, é estabelecida, leis de habilitação, adotadas pelo Parlamento, dão ao Governo a autorização de tomar medidas legislativas e regulamentares em certos campos, definidos por estas leis. Nos termos da lei de habilitação, os atos de legislação delegada podem entrar em duas categorias: seja porque eles só entram em vigor em virtude de uma aprovação votada pelo Parlamento (procedimento "afirmativo"), seja porque começam a ter efeito imediatamente mas podem ser anuladas por um voto de uma ou de outra Câmara (procedimento "negativo"). Os atos de legislação delegada, que se exercem sob a forma de "orders in council" (ordenamentos em conselho privado) ou sob a forma de decisões ministeriais, são controladas em sua conformidade com a lei de habilitação, se esta os autoriza, pela Comissão mista competente na matéria (Joint Committee on Statutory Instruments).

Nas Constituições modernas, as condições da delegação, instrumento do governo tornado indispensável, principalmente nos períodos difíceis, mesmo se está em contradição flagrante com o princípio da separação dos poderes, foram pois explicitamente previstas. É assim que a Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (1949) indica

com precisão os órgãos que podem se beneficiar da delegação, as condições que deve preencher a lei de habilitação, a saber: precisar o conteúdo, o objetivo e a extensão da autorização dada, e as condições de uma eventual subdelegação, está também prevista, caso necessário pela lei de habilitação. A Constituição italiana (1947) precisa igualmente as condições da delegação legislativa ao Governo e às Comissões parlamentares.⁴³

2 — Os novos métodos do trabalho legislativo

Na vida quotidiana, o Parlamento deve introduzir reformas, para encontrar os meios de fazer face às situações novas, adotando novos métodos de trabalho legislativo, aptos a lhe permitir realizar, dentro das melhores condições, o tipo de trabalho que doravante é o seu. A finalidade destas reformas é, para o Parlamento, assegurar que o seu trabalho legislativo, mesmo se ele é reduzido quanto ao número de matérias de que trata, ganhará em qualidade o que perdeu em quantidade.

A especialização dos parlamentares, sua informação, os meios técnicos que lhe são oferecidos ou deveriam ser oferecidos, constituem o aspecto mais concreto da adaptação do Parlamento a suas tarefas atuais.

Face ao enorme aparelho da Administração, cujos serviços contam com milhares de pessoas, elas mesmas especializadas nas questões as mais diversas, que pode fazer uma Assembléia que agrupa algumas centenas de eleitos?

Para melhor tratar as questões de que são objeto as medidas legislativas, os parlamentares se especializaram, notadamente por seu trabalho em comissão. Quer trate-se de uma Comissão permanente ou de uma Comissão especial, este órgão tem como função preparar a legislação sobre um tipo de problema ou um assunto determinado.⁴⁴ Os parlamentares que pertencem a uma Comissão permanente, tratando sempre das mesmas questões, se iniciam nos aspectos técnicos dos problemas e adquirem assim uma certa especialização, felizmente menos limitada que a dos funcionários, o que lhes permite não perder contato com a realidade.

Uma boa informação constitui um dos outros meios de que dispõem os parlamentares para levar a bom termo sua missão. É por isso que a maioria dos Parlamentos dispõe atualmente de serviços de informação e de documentação parlamentares.⁴⁵

(43) Artigo 80 da Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional Federal é encarregado de assegurar o respeito das condições da delegação. Artigos 76 e 77 da Constituição Italiana. Artigo 72, III da Constituição Italiana. Para a delegação legislativa para as Comissões parlamentares na Itália, V. Charles Zorgbibe, "La procédure Législative Italienne", Cette Revue, 1968, p. 335 et. s.

(44) V. S. L. Shakder, "Les Commissions Parlamentaires", relatório preparado para a Associação dos Secretários Gerais dos Parlamentares. "Informations Constitutionnelles et parlementaires", nº 93, 1973.

(45) V. Le Parlementaire: les exigences de son information dans le monde moderne, Union interparlamentaire, Genève 1973, III Symposium International, Genève 18-20 janvier 1973, vol. II. Synthèse de l'enquête concernant les moyens d'information du parlementaire, I, la Bibliothèque parlementaire, II Service de documentation, D'étude, de recherche, pp. 5-85.

A missão destes serviços consiste em informar o deputado, o grupo parlamentar ou a Comissão que procura informações sobre tal ou tal assunto, notadamente pela preparação de relatórios ou de documentação, pelas entrevistas com o funcionário do Parlamento especializado sobre esta ou aquela questão.

Por outro lado, seria desejável que o Governo fornecesse aos parlamentares a informação de que necessitam de maneira espontânea e regular, e não esporadicamente através do jogo das questões escritas e orais que, por mais úteis que sejam, não deixam de se exercer sem a coordenação suficiente e serem às vezes demasiadamente políticas, isto é, centradas sobre a atualidade imediata ou sobre interesses eleitorais.

Quanto aos meios técnicos oferecidos aos eleitos, eles são, geralmente, insuficientes. Cada membro do Parlamento deveria poder dispor, pelo menos, de uma sala e de pessoal, no recinto do Parlamento. A tradição e a configuração habitual dos locais do Parlamento fazem com que se tudo está previsto para a sessão pública — equipamento ultramoderno do Riksdag sueco, por exemplo, que possui painéis luminosos, e uma aparelhagem microfônica sofisticada à disposição dos deputados — por outro lado nada ajuda os parlamentares a trabalharem individualmente ou em pequenos grupos. No caso, trata-se menos de organizar os locais, o que tecnicamente é sempre possível, do que reformar os espíritos, a fim de que todos compreendam, a começar pelos próprios eleitos, que não há boa legislação sem um trabalho exercido com um máximo de eficácia tanto no plano coletivo como no plano individual.

NATUREZA JURÍDICA DO PLANO URBANÍSTICO

SÉRGIO FERRAZ
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Professor de Direito Processual Civil na PUC
— Rio de Janeiro.

Conquanto estejamos a lidar, no dia-a-dia, com o plano urbanístico, cada vez mais, na medida, em que a própria realidade conturbada da urbe brasileira coloque, de imediato, a necessidade de planejamento, como tendo de ser conectada com esse tipo de preocupação, a verdade, também, é que há uma absoluta inexistência de construção doutrinária sobre o que seja o plano urbanístico no direito brasileiro.

Claro que isso coloca, de pronto, dificuldades. Esse tema é repleto de dificuldades e essas dificuldades se postulam, inclusive, a partir da própria ausência de tradição no trato dessa matéria, no direito brasileiro.

Inexiste, entre nós, quer a tradição do estudo jurídico, do que é o plano, quer a própria concreção objetiva do plano encartada num ordenamento jurídico. Sabemos nós, que vários juristas, que cuidam do tema, se têm dedicado, inclusive, à elaboração de planos diretores, de planos urbanísticos. Todavia, sempre que se há de falar, no Brasil, sobre conteúdo jurídico do plano urbanístico, ressurgem, de imediato, essa dificuldade, qual seja, a de saber, efetivamente, o que há de elaboração jurídica sobre o plano urbanístico no Brasil. E, chega-se à conclusão de que, praticamente, nada existe.

A tentação imediata, de quem tem de falar sobre a natureza jurídica do plano urbanístico, em face da ausência de trato da matéria, é a de recorrer ao exemplo estrangeiro. Então todos esses grandes autores que conhecemos, Malatesta, Jesús Gonzalez Perez, e todos os outros que possam ser imaginados, são trazidos, imediatamente, do fundo da nossa cogitação e nos invocam luminosos exemplos, colocações extraordinárias do problema, que, conquanto fascinantes sob o ponto de vista intelectual, carecem de um grave defeito inicial: nada tem que ver com o direito brasileiro.

Então, a maior parte do que, por exemplo, o trecho fundamental que vocês têm em mãos, que é de Spantigatti, a maior parte do que Spantigatti diz, dele sai realmente, por uma ciência, saber, filosofia. Indaga-se, entretanto, e o que isso tem a ver com o direito brasileiro? Onde se encarta, no direito brasileiro incipiente, no incipiente direito do planejamento brasileiro, toda essa elaboração doutrinária, notavelmente realizada, nos últimos anos, sobretudo na Espanha e na Itália?

Palestra proferida no Curso de Extensão em Direito Urbanístico, promovido pela Procuradoria-Geral do Estado, em Porto Alegre, em 13 de setembro de 1980.

Há, pois, essa primeira grande dificuldade para tratar de um tema como esse, a ausência de trato jurídico da matéria e a quase inexistência de balizas normativas que pudessem significar os faróis pelos quais o autor pudesse, no final, se conduzir e se orientar.

Em segundo lugar, essa tentação perigosa, que em vários outros ramos do direito costuma ser objeto de admoestações há, na consulta ao autor estrangeiro, de, necessariamente, acautelar-se para não se trazer, como se fosse um dado de unívoca aceitação, aquele que só tem sentido em face do direito positivo considerado. Isso avulta, extraordinariamente, no direito brasileiro, exatamente pela inexistência de trato dessa ordem.

E, se buscarem por exemplo, a indicação de alguma formulação bibliográfica brasileira sobre o tema, por mais que tentemos rebuscar, afora um ou outro artigo aqui espalhado, temos é o livro famoso de Eros Grau "O Planejamento Econômico e a Regra Jurídica" que, acidentalmente, cuidará, também, do planejamento urbanístico, mas que está, todo ele, dedicado a uma temática mais ampla que a do próprio, e simplesmente considerado, plano urbanístico.

Há, pois, uma grande dificuldade que resulta daquilo que foi objeto da palestra do Prof. Manoel André, qual seja, a da demarcação do campo possível da atividade de planejamento no Brasil. Essa demarcação estaria conectada, imediatamente, a dois tipos de preocupação, uma de índole formal e outra, de índole material.

A de índole formal, resumida no grande tema da competência. Então, quem é competente para editar planos urbanísticos? E a preocupação conteudística, a material, tendo que ver, exatamente, com a definição do alcance, da abrangência e do sentido da idéia de propriedade e das balizas que permitam a atividade interventiva do Estado, quer na propriedade, quer nas atividades econômicas.

Vimos, ainda ontem, aqui, o Prof. Bruno Sérgio colocando, inclusive, em dúvida a própria sobrevivência do direito urbanístico, afirmando se ele não estaria em face de um impasse, tendo em vista, exatamente, a impossibilidade em que estariam, necessariamente, condenados Municípios e Estados para dispor sobre o planejamento prospectivo, cabendo-lhes tão apenas o planejamento limitativo; realmente, a ser inteiramente veraz a suspeita de Bruno Sérgio, isso significará um amesquinhamento, e dos mais expressivos, na possibilidade de se desenvolver a atividade do planejamento no direito brasileiro.

Eis, pois, uma outra dificuldade que decorre, necessariamente, do pouco trato e da pouca elaboração, até mesmo, a nível de direito positivo, para a atividade do planejamento no Brasil.

A terceira dificuldade decorre do dado de que só existe, efetivamente, uma baliza concreta de tope constitucional quanto à atividade de planejamento, que é aquela lançada no art. 43, inciso IV, dizendo caber ao Congresso Nacional, entre outras coisas, "legislar e editar planos e programas nacionais de desenvolvimento."

Admitindo-se que plano de desenvolvimento constitua uma alocução mais significativa do que plano urbanístico, sendo pois, muito mais ampla do que a idéia que o simples plano urbanístico propõe, teremos que tentar, também, extrair dessa regra constitucional uma série de conseqüências, que tentaremos hoje, na busca do que seja a natureza jurídica do plano urbanístico, elaborar, sujeito à crítica e sujeito, portanto, ao contraste e ao confronto do opinamento em sentido diverso que qualquer dos senhores queira ter, e que apresentará uma imensa contribuição para mim, porque tão pouco há sobre o assunto e o que quer que tenha sido meditado, por qualquer de nós, sobre o tema, é válido como investigação e como convite ao debate.

Sabemos que o planejamento é uma atividade de ordenamento social. O planejamento urbanístico será esta atividade de ordenamento social configurada num extremamente limitado campo de abrangência, o campo do urbanismo e, mais tipicamente ainda, já que estamos a falar de conteúdo jurídico do plano urbanístico, no campo do direito urbanístico.

Haveria que, brevemente, sumariamente, apenas para que tenhamos estipulado um dicionário comum de acepções, recordar o que é direito urbanístico e, ainda uma vez, como acontece sempre que se há de elaborar uma mínima definição de direito em geral e de qualquer ramo do direito em particular, há que se abandonar, de imediato, a tentativa ou a pretensão de ser extremamente abrangente e abarcar todos os possíveis juízos que alguém já formulou sobre o assunto. Nesse assunto, cada cabeça uma sentença e dificilmente se chegaria a uma linha comum.

Há então, pois, um cuidado semântico. Vamos dizer aqui e agora, o que que é direito urbanístico para o nosso encontro e, a partir desse aqui e agora, construir o que que é plano urbanístico. E, aqui e agora, ficando mais ou menos na linha do que Spantigatti diz que é direito urbanístico, e que um gaúcho, Diogo de Figueiredo, também, diz, no seu livro pioneiro sobre o assunto, o direito urbanístico será exatamente o conjunto de normas dedicadas à ordenação do fenômeno dos aglomerados populacionais.

As formulações de concentração de adensamento populacional, pouco importa ocorra na cidade ou no campo, revelando-se a existência de um teor de densidade ao nível de concentração populacional de uma certa ordem, já configura o fenômeno urbanístico porque, ou indicará a existência da cidade, ou indicará a tendência ou vocação para a cidade e, a tendência ou vocação para a cidade, necessariamente, tem que construir preocupação ao direito urbanístico, sob pena de ele ser, tão somente, um conjunto de preceitos corretivos e não, também, preletivos como, necessariamente, todo ramo de direito deve estar vocacionado a ser.

Assim, o planejamento urbanístico será uma atividade de ordenação social que terá em vista racionalizar os conglomerados humanos, quer se trate de conglomerados humanos colocados na cidade, quer se trate de conglomerados humanos colocados no campo,

desde que, mesmo estes existentes no campo, revelem germes que são indicativos do futuro, remoto ou não, aparecimento daquilo que se denomina o fenômeno urbano. Disso cuidará o direito urbanístico.

A elaboração existente em direito estrangeiro sobre o que seja a configuração desse plano urbanístico põe, de plano, a constatação de dois tipos de preocupação ou de dois tipos de questão que ele, necessariamente, comporta e que, por isso, o jurista, também necessariamente, tem de enfrentar.

De um lado, questões formais, de outro lado, questões materiais. O texto que vocês tiveram, de Spantigatti — e houve um lapso meu, na indicação tão apenas desse capítulo II, porque deveria também, talvez, ter trazido a cotejo o capítulo I —, basicamente debruçado sobre as leis urbanísticas italianas de 42 e 67, afirma que há dois tipos de questão fundamentalmente consideráveis no exame jurídico de um plano urbanístico.

Em primeiro lugar, as questões de natureza formal e elas são basicamente conectadas ao procedimento de formação do plano e à competência para formação e edição do plano; em segundo lugar, as questões de natureza material que são aquelas que dirão respeito ao conteúdo do plano, à finalidade do plano, à eficácia do plano e, finalmente, à natureza jurídica. E aí o nosso tema: a natureza do plano.

Fica isso tudo, portanto, como grande pano de fundo para o debate que, nos minutos seguintes, tentarei construir, para a sequência dessa sessão de hoje de manhã.

Disso tudo, que é o elenco de dados componentes de um plano urbanístico, constituiria, pelo menos sob o ponto de vista topológico, de imediato, o único teor de nossa preocupação, aquele último, qual seja, a natureza jurídica do plano.

Acontece que a eficácia do plano está extremamente ligada à natureza jurídica desse plano e será necessariamente imprescindível que cuidemos dos dois temas, no momento em que vamos pretender dizer alguma coisa sobre a natureza jurídica do plano.

Defluência fatal e necessária dessa natureza jurídica, quando conseguirmos fixá-la, será a própria eficácia do plano urbanístico e, por isso, nesses dois temas, iremos realmente, confinar o nosso exame e o nosso estudo, na manhã de hoje.

Não apenas esse é o tema que nos preocupa, mas, para todos os autores que escrevem sobre direito urbanístico, esse é o tema que mais papel e tinta consome porque, na verdade, a perplexidade é de tal monta em fixar, por motivos que serão mais adiante indicados, qual é a veraz natureza jurídica desse plano. Na verdade, essa especulação é de tal ordem que já se chegou, inclusive, a dizer que, na verdade, o plano não é sequer uma regra jurídica, tão grandes são as dificuldades postuladas, exatamente pela tentativa difícil de dissecá-lo e de surorender, sob o ponto de vista de um exame jus-filosófico, como poderá ser compreendida essa realidade do mundo normativo.

O próprio Spantigatti, por exemplo, depois de debater, longamente, se se trata de um ato normativo, de um ato administrativo, melhor dizendo, ou se se trata de um ato normativo de índole legislativa, chega à conclusão de que é um ato unitário, que contém, em si, algumas indicações que são tipicamente de direito administrativo e, por outro lado, por exigências decorrentes da própria estrutura constitucional italiana, necessariamente também, revelam a existência de ato legislativo, de ato normativo na espécie. E, como ato misto que seria, engendrando, portanto, um regime unitário específico, haveria também de postular uma série de consequências às quais ele se dedica longamente, nesse seu monumental "Manual de Direito Urbanístico".

Um outro notável autor, já agora não mais de direito italiano, mas de direito espanhol, "Los Planes de Urbanismo", Jesús Gonzalez Perez, catedrático da Universidade de Madrid, um alentadíssimo livro realmente, somente sobre os planos de urbanismo, também se dedica, por vários capítulos, sobre a natureza jurídica do plano. E, na verdade, sobretudo em países tal como a Espanha, em que acontece registrada a existência do Contencioso Administrativo, fixar a natureza jurídica do plano urbanístico coloca, de pronto, consequências até quanto ao ponto de vista da impugnabilidade do plano. Qual é a sede própria para impugná-lo? É o Contencioso Administrativo ou são os Tribunais Judiciais?

Independentemente da existência ou na inexistência do Contencioso Administrativo, fixar, também, essa natureza jurídica colocará, de pronto, duas outras consequências imediatamente importantes a qualquer constatação.

A primeira, de saber qual é a eficácia realmente desse plano, que será extremamente diversa caso ele seja um mero ato administrativo ou caso ele seja efetivamente um ato normativo.

E, também, ao lado do plano da eficácia, o plano do procedimento de formação, já aí, como requisito de validade da própria existência do plano urbanístico.

Fixemos isso à luz do direito brasileiro. No direito brasileiro, lei é um ato de vocação genérica, aprioristicamente posto para disciplina de determinadas relações sociais, produzido, em razão de definição constitucional, segundo um específico processo. O processo legislativo integra o plano de validade da lei. Não é válida a lei que, não obstante tratar de matérias que sejam confiadas a esse tipo de produção normativa no texto constitucional; não obstante se verificar forrada de generalidade, de abstração; não obstante estar sendo produzida antes dos fatos para os quais se dirigirá, tenha sido realizada, tenha sido elaborada com desprezo ao processo legislativo de que cuida o texto constitucional.

O ato administrativo obedece a toda uma outra composição de etapas que não aquela que, necessariamente, há que ser observada para o ato legislativo em sentido estrito. E, se fixarmos, agora novamente voltando para a preocupação espanhola de Jesús Gonzalez Perez e, também, de certa maneira, para a preocupação italiana de Spantigatti a idéia de

que no direito administrativo europeu torna-se, dia a dia mais comum, uma experiência mais e mais vivida, a coparticipação do administrado na feitura do ato administrativo, verificaremos que a existência da consulta prévia ou concomitante ao administrado, para a feitura do plano urbanístico, será imprescindível se ele for um ato de índole administrativa e, será dispensável, se ele for um ato de índole normativa, porque, nesse momento, ela se fará sob o comando da via política, através dos representantes da comunidade nas casas parlamentares.

Então, a fixação dessa natureza jurídica, não é uma simples questão, digamos, de estética ou de literatura jurídica. É uma questão que se coloca no mundo palpável das consequências que o direito, necessariamente, oferece, exatamente em razão, basicamente, desses três tipos de decorrências: a sede da impugnação do plano urbanístico; o cotejo quanto ao seu procedimento formativo, para fins de validade do plano urbanístico; e terceiro, mas de maneira alguma, embora último, o menos importante, a eficácia do plano urbanístico, saber se ele é um comando precipuamente endereçado à Administração e, reflexamente, gerando direitos para a coletividade ou se, pelo contrário, ele é exatamente uma norma destinada à coletividade e obrigando à Administração, na medida em que cria faculdades e direitos para qualquer integrante da coletividade.

Vejam, pois, que em países onde o tema do plano urbanístico se encontra extremamente desenvolvido, tais questões se encontram longamente debatidas até hoje, não obstante, como acontece, por exemplo, no direito italiano e, volto a dizer, no direito espanhol, a sede, a matriz constitucional de, realmente, asas de grande voo para a elaboração do planejamento urbanístico. Imaginem agora, essas dificuldades no direito brasileiro, onde os juristas se defrontam, exatamente, com a inanição absoluta, em termos de elaboração doutrinária; onde a inexistência das matrizes fundamentais, sobretudo de índole constitucional, constitui um fato patente, palpável. Tanto é assim que só encontramos esse art. 43, inciso IV, com uma formulação extremamente ampla, aplicável ao tema do urbanismo. Onde encontramos, sim, o desafio do dia-a-dia, sobretudo, ao nível municipal, que deve dar a resposta imediata àquelas necessidades peculiares e, realmente, ingentes do administrado, como se torna, realmente imprescindível para aquele que cuida do planejamento e do urbanismo, no campo do direito, dar respostas sem que tenha, entretanto, as matrizes claramente postas, ou as balizas nitidamente indicadas para que ele possa, de maneira mais tranqüila, cumprir com sua finalidade de estudioso do direito e de elaborador de diplomas normativos que vão contribuir para a vida em sociedade.

Não se exauem, entretanto, aí, as dificuldades que esse tema do planejamento urbanístico, do plano urbanístico e, mais ainda adequadamente, que o conteúdo jurídico do plano urbanístico, propõe. Na verdade, há uma questão fundamental e essa questão fundamental está, possivelmente, na raiz de todas essas perplexidades.

O que acontece é que nós, como colonizados, estamos, agora, a conhecer perplexidades que já aconteceram há 30, 40, 50 anos na Europa. Estamos, agora, a nos afundar naquele mar de dúvidas e de indagações e tentamos, de certa maneira, filtrar essas dúvidas e indagações para a nossa realidade. Em 1933 já Rivero escrevia um livro notável, "O Pro-

blema Jurídico do Plano Urbanístico". Nesse livro, escrito há quase 50 anos, dizia ele: "o problema fundamental, a perplexidade matricial que existe no tema do planejamento urbanístico é que, de um lado, é bom, sob o ponto de vista da segurança, que o plano urbanístico seja veiculado pela indicação legislativa; por outro lado, é extremamente necessário que ele seja dotado de flexibilidade".

E, é exatamente no cotejo desses dois valores, a necessária flexibilidade do plano e a necessária segurança dos administrados, dentro dessa contraposição, de um lado a indicar que melhor seria a matriz do decreto ou do ato executivo e, de outro lado, a indicar que a melhor matriz seria aquela editada pela casa legislativa, que se debate, desde então, o plano urbanístico e, de maneira geral, todo o direito do planejamento.

Esse esquema de dúvidas que, em 1933, já Rivero levantou, até hoje não foi, a rigor, solvido e é, exatamente, no embate dessas dúvidas, até hoje não pacificadas, que não faltaram autores que disseram, mesmo, que, na verdade, o plano em geral e o plano urbanístico em particular, tal como aconteceu na norma orçamentária, — nós todos sabemos disso, como durante longo tempo se discutiu se a lei orçamentária era realmente, sob o ponto de vista de técnica, uma lei ou se se tratava de um diploma que assentava diretrizes e comandos políticos — da mesma maneira, se colocou, em face do planejamento em geral e do planejamento urbanístico em particular, se haveria, tão apenas, no plano urbanístico um ato de índole política. Este ato de índole política significava uma manifestação de intenções, uma carta mediante a qual a Administração declararia quais eram os seus projetos e as suas pretensões, tendo em vista grandes comandos para a realização de um ótimo urbanístico.

Como ato meramente político, o plano urbanístico se encontraria despojado de sanções que validem o seu comando. Ele se revelia através de comandos secundários.

Também sabemos, hoje, que sequer essa objeção é respeitável, sobretudo, depois da obra notável de Bobbio — estou pensando, em particular, na Teoria da norma jurídica e, também, na Teoria do ordenamento jurídico —, quando afirmou que o caráter sancionatório do ordenamento jurídico é válido na sua globalidade e não em cada uma das normas que compõem esse ordenamento. É possível que o ordenamento apresente várias normas despidas de sanção mas, desde que ela seja, em suas grandes linhas, de índole, de peso sancionatório, teremos ali o específico do ordenamento jurídico, quando confrontado com vários ordenamentos onde, também, a sanção existe, mas é transcendente, não-imanente, como acontece no ordenamento jurídico.

Pois bem, levantou-se, portanto, dúvida, inclusive quanto ao caráter jurídico do planejamento. O planejamento seria, tão apenas, um ato político e não mais do que isso. Se esse tipo de preocupação, que está radicada no plano exclusivamente da técnica, tem contribuído, realmente, para lançar grandes dúvidas sobre a natureza jurídica do planejamento, por outro lado, um outro tipo de preocupação, e essa preocupação de índole ideológica, filosófica e política, tem feito com que o tema do planejamento se encontre, também, profundamente conturbado até os dias presentes.

Chamo atenção, agora, para um autor que estará aqui, encerrando este curso, o mais notável administrativista do continente, Agustín Gordillo. Em seu extraordinário livro, "Planificação, Participação e Liberdade no Processo de Transformações", livro que, como devem saber os senhores, custou-lhe caro, pois custou-lhe toda a carreira universitária, Gordillo coloca, com muita nitidez, algumas tônicas do que, ontem, Bruno Sérgio lembrava aqui, conquanto numa outra dimensão.

Bruno Sérgio ontem, afirmava que a atividade do planejamento, a rigor, se encontra marcada por uma índole concentracionária expressiva. E, ele tentava fixar esse fenômeno à luz, exatamente, do Estado Federativo, que era a proposta da palestra dele. Então, afirmava ele, numa estrutura federativa, sobretudo na estrutura federativa brasileira, a atividade de planejamento tende a concentrar-se na União Federal que, por isso mesmo, passa a ser um fator de reforço para o próprio desequilíbrio federativo. A pretexto de cumprir as finalidades da Federação, a atividade de planejamento contém, em si, exatamente, a semente da progressiva destruição da própria Federação, pelo menos, tal como concebida até os dias presentes.

Tomando esse mesmo tipo de preocupação, ou seja, a preocupação concentracionária, mas extrapolando-a para um outro nível, Agustín Gordillo, nesse livro notável, afirma que a atividade de planejamento é, sobretudo, uma arma extraordinária, autocrática na mão do Estado contra o indivíduo e, pouco importa, inclusive, qual seja o nível em que se produz essa atividade de planejamento, seja ele federal, municipal ou estadual, ele será sempre uma ordenação exógena, uma ordenação ditada por interesse precipuamente estatal, realizada, exatamente, para conformar um ótimo de aparente pacificação — e não de paz social — a fim de que, através da pacificação social se obtenha a reafirmação do caráter autocrático do Estado, em nossos dias e em nosso Continente.

A atividade de planejamento tem, exatamente, extraordinária índole naqueles países onde a autocracia é a regra e, pouco importa que seja a autocracia de direita ou de esquerda, porque, no final de contas, sabemos nós, nada é tão parecido a uma extrema esquerda, como uma extrema direita, e vice-versa.

Então, em razão disso, nesses Estados de regime exacerbado, a atividade de planejamento constitui um dos dados essenciais da própria atividade estatal. Às vezes, é mais importante planejar do que realizar, porque através do planejamento, o que eu consigo, exatamente, é congelar, manter estruturas e, sobretudo se eu dou ao plano o caráter de norma jurídica e, se o aperfeiçoar, sob o pretexto de que estou a aperfeiçoar este caráter da norma jurídica, com a agregação, aos comandos preceptivos do plano, de toda uma índole de preceitos sancionatórios, tenho mais uma arma extraordinária de sufocação da coletividade, em vista dos interesses pretensamente gerais, porque, como nós sabemos, ainda não chegou aqui no Continente, definitivamente, aquela distinção fundamental de Renato Alessi, entre interesse primário e interesse secundário do Estado. E, aqui, continua a ser o interesse do Estado o interesse primário; e o interesse da coletividade, que é o secundário.

Dáí lembrar muito bem Gordillo, que o planejamento tem sido, no nosso Continente, não apenas uma fórmula de ordenação social, mas, também, uma fórmula de reafirmação da autoridade e, por isso, é necessário criar quase que uma teoria do planejamento dedicada à nossa experiência e à nossa vivência. Enquanto conhecemos, na história do desenvolvimento da técnica e do direito do planejamento, sobretudo no seu nascimento, a idéia do plano diretivo, do plano determinante, devemos, mais e mais, caminhar para o planejamento participativo; deveremos tentar, exatamente, cuidar de que o planejamento em nosso Continente, ao menos enquanto não estejamos em outro nível e em outra estrutura de desenvolvimento psíquico-político, deverá esse planejamento ser, quase sempre, configurado e caracterizado como um documento de índole jurídica que requeira, necessariamente, a participação do indivíduo a quem se dirigem os seus comandos, e que tenha, basicamente, um caráter indutivo, e não, diretivo. Então, nessas grandes linhas se poderá, realmente, admitir que o planejamento será uma atividade estatal de grande valia e de grande interesse para a coletividade.

Vejam que estou, tão apenas aqui, até esse exato momento, tentando colocar quais são as dificuldades que o tema do planejamento, sob uma perspectiva ideológica, tem criado e gerado no curso do tempo.

Tentemos, entretanto, caminhar um pouco mais. Postas as dificuldades em realce, trazidas elas, portanto, à primeira linha verificaremos o que fazer, não obstante as dificuldades eis que, como jurista, não se pode alguém recusar à resposta que o direito propõe, tão apenas porque ela seja difícil.

Afirmo a início: há apenas uma baliza constitucional. Pois bem, essa baliza é o inciso IV do art. 43 da Constituição Federal. Dessa baliza vamos extrair, já e já, algumas formulações importantes para tentar surpreender qual é a natureza jurídica do plano.

Deixemos porém, entre parênteses, por curto espaço de tempo, esta baliza e caminhemos para a vivência objetiva do planejamento no Brasil.

Nas suas grandes linhas, a atividade de planejamento, no Brasil, se tem, marcadamente, derramado nos chamados planos nacionais de desenvolvimento, os PNDs, de que já temos três, editados desde o advento da revolução de 1964.

É singular como o planejamento surge, historicamente, no Brasil, nessa sua dimensão macroscópica. Ele surge, exatamente no momento em que o Estado quer se afirmar como um Moloch, presente em todas as nossas manifestações. É singular que, até então, o planejamento fosse olhado com desconfiança, como sendo uma arma que já trazia em si a característica de um estado de coisas marxistas, um sistema filosófico comunista. E, como, na verdade, em razão daquela afinidade necessária que há entre direita e esquerda, quando se afirma um regime autocrático de outra índole, se busca imediatamente, no arsenal jurídico que o direito comparado fornece, a idéia do planejamento.

E, vai-se buscar a idéia do planejamento na sua pior formulação. Vai-se buscar, exatamente, um planejamento que é abrangente, sufocantemente abrangente, de todas as manifestações da vida coletiva. Se o PND fosse para valer, realmente, a nossa vida seria um inferno maior do que é, porque ele tem uma pretensão, uma vocação, de comandar todos os fenômenos da vida social, de tal índole magnificada essa pretensão, que pouco haveria que fazer para Estados e Municípios, se tivessem sempre e sempre que pensar remissivamente aos planos nacionais de desenvolvimento.

Mas, não apenas aí se utilizou mal a experiência de planejamento. Fez-se mais. Sabemos nós que, nos três PNDs, há dois tipos de regra, que me parecem, absolutamente inacreditáveis, inaceitáveis na estrutura, no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro tipo de regras é aquele que afirma que o PND constitui tão apenas uma indicação de diretrizes e de prioridades. O que está pretendendo, o administrador público brasileiro, dizer, quando afirma que o PND é um simples elenco de diretrizes e prioridades? Na verdade, o que ele está pretendendo dizer é o seguinte: isto que aqui está, não me obriga de maneira alguma; se eu, amanhã, quiser mudar, se as prioridades forem outras, eu poderei readaptar as diretrizes e, portanto, os diplomas de concreção dessas diretrizes, e dessas prioridades, seguirão ao sabor dos ventos, das novas conveniências que a realidade estatal, em certo momento, indique como preferenciais ou indique, afinal de contas, os que devam ser trilhados.

E a segunda regra de ouro para os formuladores do PND e, não direi qual é o mineral com o qual eu a qualificaria, é aquela que afirma a possibilidade da sua modificabilidade intrínseca, através de atos do executivo, ou seja, através de decretos. Baixadas as grandes diretrizes e prioridades do PND, o resto é o campo do Decreto, é o campo da delegação, numa Constituição que veda delegações.

Vejam como, realmente, se apresenta inteiramente despidido de organicidade, à luz de um contraste, de um confronto constitucional, o PND, quando com seriedade se pretenda dar um trato científico ao do que aqui se cuida. A experiência brasileira, portanto, do planejamento, nas suas grandes linhas, é, basicamente, desastrosa e incide em todos aqueles defeitos que Rivero e Gordillo, e que tantos outros, têm indicado pelo tempo afora. Estamos, ainda uma vez, com 40 ou 50 anos de atraso a que fomos fatalmente conduzidos pelo nosso papel de colonizados e subdesenvolvidos, pela nossa fatalidade histórica de colonizados e subdesenvolvidos.

Tentemos pois, agora, por fim, extrair qual seria, numa perspectiva de estética jurídica, afinada com nosso diploma fundamental, nosso texto constitucional, qual seria a natureza jurídica desse plano urbanístico, qual seria o seu conteúdo e, afinal, quais seriam as consequências da sua existência.

O art. 43, IV, afirma que compete ao Congresso Nacional baixar planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Este artigo, estipulando competência para um dos Poderes

do Estado, de imediato, por força dos artigos 10 e 13 da própria Constituição, na medida em que ele se refere a um dos temas fundamentais da estrutura constitucional, ou seja, o relacionamento de Poderes, é de obrigatoria recepção para Estados e Municípios.

A primeira regra que se tira, portanto, é de que os planos são comandos que, necessariamente, precisam do agasalho legislativo, sem o que, não podem existir no mundo do direito.

No plano estadual e no plano municipal, o plano de qualquer ordem, portanto, também o urbanístico, há de ser, necessariamente, editado mediante lei e, lei em sentido estrito, lei produzida segundo um processo legislativo específico, realizado por uma Casa que pretensamente, quando não está de recesso, é composta por representantes da coletividade.

Nem poderia ser de outra forma: se, na verdade, o planejamento se dirige à ordenação da vida social, há de ser produzido, exatamente, por aqueles que são os partícipes desse drama da vida social e não por quaisquer outros que, sentados em gabinetes, produzam, na penumbra, aquilo que é um comando, com a pretensão de ser a norma última da sabedoria jurídica.

Então, primeira consequência que se tira do inciso IV do art. 43, é que, no Brasil, o plano urbanístico tem natureza normativo-legislativa. Não cabem, portanto, aqui, as extraordinárias contribuições, por exemplo, de Spantigatti e de Gonzalez Perez, porque são realizadas à luz do seu direito específico, à luz do direito positivo espanhol, do direito positivo italiano, do direito positivo francês, alemão, colombiano ou de quem quer que seja. Na verdade, no Brasil, por decorrência dessa matriz constitucional, o plano urbanístico, necessariamente, há que ser veiculado através de lei.

E, aí, surge a sua grande, a sua consequência luminosa, não apenas através do art. 43, inc. IV, mas em razão do art. 153 § 2º. Se, de acordo com o parágrafo 2º do art. 153, essa sim a regra fundamental de toda a nossa incipiente obra jurídica, ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei, e lei aí só pode ter aquele sentido de diploma produzido mediante processo legislativo específico, realizado por Casa com competência adstrita para tal, na qual exista representação da Coletividade, mesmo na ausência hipotética do inciso IV do art. 43 já se teria a formulação indiscutível de que, no direito brasileiro, o plano urbanístico, necessariamente, só terá validade se for editado através de lei. Fora daí, sim, será uma simples carta de intenções, mas que não obriga o administrado.

Pois bem, daí decorre, exatamente, a consequência fundamental, a consequência, digamos, áurea dessa natureza jurídica que, a essa altura, já se pode surpreender: o plano urbanístico é um comando normativo de índole legislativa. Essa é a sua natureza jurídica, essa é, realmente, a pedra-de-toque que serve para tipificar qual é a natureza dessa regra de conduta.

E a sua consequência fundamental é que ela cria um dever jurídico geral: o plano urbanístico obriga, cria direitos e obrigações. Direitos e obrigações que geram uma trama que se endereça a todos aqueles que são destinatários do preceito contido no plano urbanístico, ou seja, quando a Administração, através de um plano urbanístico, indica determinada finalidade, ela cria um direito público subjetivo à coletividade, de pedir e exigir aquela determinada finalidade que é colocada no texto planejatório fundamental.

O planejamento, porque se veicula através de lei, obriga, tal qual qualquer lei; obriga para criar limites à Administração que não poderá ir além daquilo que o plano contém; obriga para criar, também, faculdade para o administrado, no sentido de exigir a realização daquelas metas contidas no planejamento; obriga, também, no sentido de que, na medida em que criou a faculdade para o Estado, uma "facultas agendi", imediatamente legitimou o particular que se sinta atingido e prejudicado em razão dessa atividade não só de realização do que se continha no planejamento, mas da própria eleição, tal como formulada no planejamento, abre, de plano, para o administrado, a possibilidade de pedir reparações dentro da linha de uma pergunta, ontem muito adequadamente colocada, na seção de debates, em seguida à conferência do Prof. Bruno Sérgio.

Isso porque, superou-se, já de longa data, no Brasil, uma perplexidade que, por exemplo, o direito administrativo italiano conheceu, que o direito administrativo português conheceu, qual seja, de saber se a atividade lícita do Estado também gera a obrigação de indenizar quando acarreta prejuízo. Hoje em dia, sobretudo em razão do art. 107, pensando em termos de nossa Constituição atual uma regra que, na verdade, vem, pelo menos com muita nitidez desde a Constituição de 1946, mas que, com nitidez implícita já havia pelo menos desde 1891, na verdade, qualquer atividade estatal que provoque prejuízo e, pouco importa seja atividade lícita ou ilícita, obriga à reparação.

Então, a edição de plano, contida que é dentre as faculdades e possibilidades de atuação estatal, não obstante isso, não significa, pela sua simples licitude, que iniba o administrado, que se veja prejudicado com qualquer perspectiva ou prospectiva do plano, a pleitear reparação, da Administração Pública.

Ontem se trouxe um exemplo: um novo zoneamento no bojo de um plano urbanístico, criando restrições à utilização da propriedade, fazendo com que a propriedade não permita aquele mesmo nível de aproveitamento que conhecia antes da incidência daquela regra de planejamento urbanístico. Isso significa prejuízo. É um prejuízo que pode ser exigido? Sim, a coletividade pode exigir, de cada um de nós, um determinado prejuízo. Mas, por ser exigência da coletividade, é um prejuízo que deva ser suportado sem qualquer reparação? Não na nossa ordem constitucional, porque, em razão do princípio fundamental da igualdade na distribuição das cargas públicas, se, na verdade, no momento em que o plano consigna uma cominação que se dirige em desprivilégio a alguns, abre, para esses alguns, a faculdade de pleitear reparações, desde que específico e excepcional o prejuízo.

Claro está que estou a fazer esse tipo de análise, nesse exato momento, inteiramente despidido de informação ideológica, na medida em que é possível guardar alguma neutralidade em qualquer conceito cultural. Melhor seria que, sempre que houvesse um interesse coletivo, facilmente aferível, contivesse o nosso texto constitucional, inclusive, cláusulas que eximissem o Poder Público de reparar, total ou parcialmente, porque, no final das contas, essa reparação pelo Poder Público vai ser paga com o nosso bolso mesmo.

Então, bom seria, talvez, que o texto constitucional brasileiro contivesse uma saída dessa ordem. Entretanto, ele não a contém. E, às letras expressas, até, ele contém, bem ao contrário, defluentes, sobretudo, conforme acabei de referir há pouco, do préfalado art. 107 da Constituição Federal.

Oue conclusão se pode, à guisa de arremate, e, para manter-me estritamente adstrito ao tempo prometido, que conclusão se pode, portanto, tentar formular de tão ingente assunto e tarefa?

A primeira é de que esse planejamento é uma regra jurídica de índole normativa e de cunho legislativo. Essa absolutamente essencial. Não cedemos, ainda, inteiramente, a bandeira. Pode ser que a autocracia reganhe forças e acabe também por nos sufocar neste campo. Mas, tal como posto, na nossa grande construção jurídica brasileira, o plano urbanístico só é válido se veiculado através de lei em sentido estrito. E, essa é a sua natureza jurídica, ele é uma regra legal, entendida a palavra legal na sua concepção mais estrita.

E a segunda grande conclusão, defluente, necessariamente dessa primeira, é que, como regra legal ele cria realmente um dever jurídico geral.

A idéia de dever jurídico geral, tal como é consagrada em Kelsen, significa, na verdade, uma formulação bivalente porque atribuição de direito e faculdade: atribuição de faculdade a alguns, imposição de obrigações a outros. Essas faculdades e obrigações, na medida do possível revestidas de um mecanismo sancionatório. Ainda que não haja sanção expressa, haverá, sempre, a sanção implícita que decorre, exatamente, da natureza legislativa do plano. Se ele tem natureza legislativa, este comando é exigível juridicamente e, se ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa ou a fazer, senão em virtude de lei, essa regra se aperfeiçoa com o parágrafo 4º do mesmo art. 153.

Se o plano me cria uma faculdade, a infringência, não-atendimento, a não-observância dessa faculdade me habilita a pleitear dos Tribunais a reparação que significará, exatamente, a realização do Estado ou a meta visada no planejamento urbanístico. Daí poder eu ir aos Tribunais, de acordo com o § 4º do art. 153, ou para pedir reparação, ou para impugnar a validade de um plano na medida em que, eventualmente, ele discrepe das balizas materiais, ou porque a Administração está a comportar-se em diversidade, relativamente àquilo a que se obrigou porque ela se obrigou, no plano.

Essa índole, essa natureza jurídica, portanto, de regra legal, lança luminosa perspectiva para toda a temática do plano urbanístico e, somente entendida dentro desse contex-

to, é que poderá caminhar para a elaboração científica de um direito do planejamento e, também, para uma elaboração programático-científica de planos urbanísticos com seriedade em nosso país.

O drama fundamental de Rivero, ou seja, a contraposição, flexibilidade, dinamização, necessidade de atuar da Administração de um lado e, fixidez, porque segurança, da norma legal que há de circular; do outro, há que ser, sempre, respondida de acordo com as conjunturas e as circunstâncias que cada Estado acuse. Não há regra apriorística que sirva para uma universalidade, neste caso concreto. Para nós, o mais importante, ainda, é o valor da certeza; é melhor que tenhamos a certeza do amparo e do agasalho de que o plano seja editado mediante regra legal, e que tenha a relativa imutabilidade do comando legal em sentido estrito, do que colocar mais essa perigosa arma na mão do administrador porque, de armas perigosas e mal usadas estamos cansados, na história e, particularmente, na história recente, de 64 para cá.

RECONVENÇÃO E REVELIA

ADERBAL TORRES DE AMORIM
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

1. INTRODUÇÃO

Ainda não tratada com o relevo que se lhe deveria dispensar no estudo da lei instrumentária, a reconvenção apresenta aspectos da maior controvérsia a ensejar o mais acurado e sólido perscrutar.

Tema dos mais tormentosos, do qual se tem afastado a maioria dos estudiosos, envolve o *"fogo de encontro"* (denominação a que alude AFFONSO FRAGA in Instituições do Processo Civil no Brasil, t. II, pág. 277) várias e infundáveis discussões da maior relevância.

Pela meridiana definição da palavra segundo a qual reconvenção *"exprime em direito uma acção recíproca e contrária proposta pelo réu contra o autor"* (FRAGA, ob. e pág. cit.), verifica-se o caráter de verdadeiro contra-ataque a revestir o instituto em apreço. É, verdadeiramente, o contragolpe pelo qual o réu, acossado pelo ataque do demandante, contra este propõe outra demanda que se haverá (ou se não haverá) de ferir no mesmo processo inaugurado pela ação dita principal.

2. ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

2.1. Reconvenção como processo autônomo

Já aqui se apresenta a primeira perplexidade no estudo de tão vasto quanto turbulento tema. No magistério de J. J. CALMON DE PASSOS, *"esse contra-ataque é a reconvenção, que é mais que simples defesa, representando ação do réu contra o autor, deduzível no mesmo processo e objeto do mesmo procedimento"* (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 404) — grifou-se. No dizer desse eminente professor, pois, a reconvenção dá-se no mesmo processo.

Dúvidas não poderiam, aparentemente, ocorrer já que a petição reconvenicional nem sequer é autuada em apartado. Só se poderia concluir, também por isso (mas não só por isso), serem ação e reconvenção lides de um mesmo processo.

Entretanto, afirma o indelével PONTES DE MIRANDA: *"a reconvenção é ação que se quer propor com o mesmo procedimento, mas é outro processo, não só outra ação."* — grifou-se (Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., t. IV, pág. 246). Fica, entretanto, incontornável angústia intelectual em virtude de outra (e nova) interpretação daquele autor: *"não se diga que a relação jurídica processual na ação e a relação jurídica processual na reconvenção sejam a mesma, erro em que alguns incidem: o que é o*

mesmo é o processo" (ob. cit. pág. 247) — grifou-se. Afinal, admite o notável processualista pátrio reconvenção e ação como conteúdos de um mesmo processo ou, ao contrário, cada ação, embora com o mesmo procedimento, figura em processos diferentes?

A questão, ao contrário do que poderia parecer, não é destituída de interesse. Enquanto para o primeiro entendimento o julgamento da reconvenção antes da ação primitiva geraria interponibilidade de agravo de instrumento (posição de CALMON DE PASSOS), o entendimento de PONTES DE MIRANDA primeiramente referido geraria possibilidade de apelação. Parece, contudo, que se imporia a apelação como caminho recursal mais adequado (ou único adequado) já que o indeferimento da inicial de reconvenção desaguará, incontornavelmente, no disposto no art. 267, inc. I, do CPC. Se se está em caso de indeferimento de inicial, se está em julgamento que não fere o mérito da pretensão; e se se julga sem ferir o mérito mas indeferindo, mesmo assim, a postulação vestibular, o processo se extingue; e se o processo se extingue dessa forma — e até mesmo de outra forma qualquer — não se vislumbra outro remédio; tem-se mesmo de recorrer à apelação.

2.2. Dependência da ação primitiva

Uma segunda perplexidade: a principalidade. "*Principal*", adjetivo que se junta à ação proposta pelo autor reconvinco, não importa em a noção de "*principalidade*" que exsurge, por exemplo, da dependência das medidas cautelares em relação à ação que lhes segue ou de que são incidente (v.g. arts. 796 e 800 do CPC) ou, com ainda mais estreito liame, do recurso adesivo em relação ao dito principal (art. 500 do CPC). Ao contrário desses, a reconvenção não depende da ação dita principal e isso se infere da regra expressa no art. 317 da lei instrumentária. A única "*dependência*" a se vislumbrar é a que aponta para o completamento da relação processual principal sem o qual de todo afastada possibilidade de reconvir. Sem que se estabeleça a angularidade processual através da citação válida (ou mesmo inválida, cf. PONTES DE MIRANDA, ob. cit., pág. 228) na ação dita principal, não poderia o réu reconvir. O que pode ocorrer é que o reconvinte deixe unicamente de responder à demanda para a qual fora citado; mas isso não tornaria dispensável a citação inicial para que se pudesse estabelecer a ação reconvenicional. Dito de outra forma: para que haja reconvenção, indispensável a citação inicial do reconvinte ainda que este não responda à ação para a qual foi citado. Ocorreria, in casu, revelia quanto à "*principal*" mas a reconvenção seguiria seu curso normal.

Da mesma forma, o próprio PONTES DE MIRANDA admite reconvenção sem contestação à ação primitiva até mesmo em ações de procedimento especial como a consignatória (Comentários, t. XIII, pág. 37).

2.3. Momento de propositura

Também quanto ao momento de propositura da reconvenção variam de forma notável as diversas legislações pertinentes ao ponto. Na lei nº 17.454, de setembro de 1967 (Código Processual Civil y Comercial de la Nación) o legislador argentino entendeu de editar regra estritíssima ao prescrever: "*en el mismo escrito de contestación deberá el*

demandante deducir reconvenção, en la forma prescripta para la demanda, si creyere com derecho a proponerla. No haciéndolo entonces, no podrá deducirla después, salvo su derecho para hacer valer su pretensión en otro juicio" (art. 357).

Quase de forma diametralmente oposta posicionou-se o legislador alemão ao admitir que "*até o encerramento da audiência em que se profere a sentença, o autor, mediante ampliação do pedido e o réu, mediante reconvenção, podem requerer que se declare por decisão judicial uma relação jurídica controvertida no curso do processo, de cuja existência ou inexistência dependa, no todo ou em parte, o julgamento da lide*" (Zivilprozessordnung com as alterações até a Vereinfachungsnovelle de 3 de dezembro de 1976, § 256, 2ª alínea — JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, A Conexão de Causas como Pressuposto da Reconvenção, Rumo Gráfica Editora Ltda., pág. 182). Certo que a "*ampliação do pedido*" em questão corresponde à nossa declaratória incidental.

Do simples confronto entre essas duas legislações, sem embargo do conteúdo de outras tantas, verifica-se que o tema enfrentado com critérios absolutamente diferentes uns dos outros. O momento em que se há de propor a reconvenção é tema que se presta à maior discricção do legislador. Para o processo austríaco, por exemplo, a oportunidade vai até "*enquanto não encerrado o debate oral da primeira instância*" (§ 233, alínea 2 do Zivilprozessordnung de 1º de agosto de 1895).

Considerando que a lei processual brasileira fixa o momento oportuno ao exercício do ius reconveniendi (art. 297), haver-se-á de afastar a possibilidade de reconvir a qualquer momento, tanto no "*curso*" da ação no grau ordinário quanto no grau recursal. O Código adotou posição mais coerente com a sistemática teleológica do processo, fundada também no princípio da economia processual, restringindo a admissibilidade da reconvenção no prazo da resposta à ação primitiva.

O tema é de tal interesse que analisado pelo grande PONTES DE MIRANDA levou o magnífico jurista a posição inconciliável ao afirmar, quando do exame da reconvenção reconventionis, que "*o Código de 1973 não fez ligada à contestação a reconvenção, nem sequer a outro momento*" (ob. cit., pág. 236) — grifou-se; e discrepar desse mesmo entendimento sustentando que "*a reconvenção corre igual passo com a ação... Por isso tem de ser apresentada com a contestação...*" (ob. cit., pág. 242) — grifou-se.

E o lapso do grande mestre veio a se corroborar quando aduz que "*o Código de 1973 não fixou o tempo para reconvir*" (ob. cit., pág. 236). Em verdade o Código, como dito, fixou momento único adequado para a propositura da reconvenção até mesmo pela posição taxinômica em que se a colocou na lei processual: a da resposta do réu.

2.4. Reconvenção a reconvenção

Discute-se da possibilidade de até mesmo reconvir-se a reconvenção, hipótese que, se por um lado tornaria teoricamente infundável o número de possibilidades de se reconvir, por outro atenderia de sobejo ao princípio do contraditório já que o autor reconvin-

do não teria sabido, ao propor a ação dita principal, que o réu reconvinte iria contra-atacar. Se soubesse, quem sabe deduziria pretensão de maior amplitude que por si só ilidiria a reconvenção. É o que se encontra em inúmeros estudos do processo de que é excelente exemplo o de CALMON DE PASSOS (Comentários ao CPC, 2ª ed., vol. III, pág. 419).

Há respeitável opinião segundo a qual reconvenção de reconvenção é de todo vedado já que *"o emprego, no art. 316, da palavra contestar e não responder tem o claro objetivo de excluir a possibilidade de reconvir o reconvindo. De outro modo não se explicaria a traição à terminologia adotada"* (ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, A Ação Declaratória Incidental, 1ª ed., pág. 173). Lamentamos discordar também desse mestre: o emprego da palavra contestar é mero cochilo do legislador e tanto isso é verdade que, além de contestar, stricto sensu, ao reconvindo abrir-se-ia a possibilidade de excepcionar (ao menos com respeito à hipótese de impedimento previsto no inc. V do art. 135/CPC). Nesse caso, trazido a lume pelo próprio FABRÍCIO (ob. cit., pág. 172), tem-se como indiscutível a possibilidade do autor reconvindo ressaltar possível interesse do julgador a seu desfavor no que pertine com o julgamento da causa ferida na contra-ação. Mutatis mutandis é o mesmo exemplo focado pelo eminente processualista gaúcho para a ação declaratória incidental proposta pelo réu (*"o juiz, desinteressado na relação condicionada pode ser de algum modo 'interessado' na relação condicionante"* — ob. cit., pág. 72).

Na *"resposta"*, pois, do reconvindo, poderia este excepcionar quanto à suspeição do art. 135, V, muito embora vedada estivesse qualquer das demais exceções. É tautológico, por suposto, que se encontraria vedada arguição de exceção de incompetência já que (a) a relativa se prorroga (art. 109); (b) a absoluta não se excepciona (ou se a declara de ofício ou se a alega *"em qualquer tempo e grau de jurisdição"* — art. 113).

Esse cochilo de que se ora fala é o mesmo verificado, v. g., no art. 3º do Código em que a mesma palavra (contestar) está tomada por *"responder"*. De efeito, a ninguém assaltarão dúvidas de que, além de para contestar, também haver-se-ão por necessários interesse e legitimidade para reconvir, ou para excepcionar-se, ou até para excepcionar-se e reconvir. Em uma palavra: o interesse e a legitimidade, na linguagem do próprio Código, são necessários para não só se propor ação como também para **respondê-la** (não só contestá-la).

Inobstante tudo isso, porém, ver-se-á que no caso do art. 317 a palavra *"contestá-la"* está em lugar de *"manifestar-se"* como consequência de intimação.

2.5. A conexão com a ação primitiva

Além da intimação do art. 316, que se examinará como tema central do estudo, também a exigência de que a ação reconvenção seja conexa com a ação principal ou com os fundamentos da defesa (art. 315) leva o aplicador da lei instrumentária a sérios embaraços. E a tal ponto que BARBOSA MOREIRA, em vigorosa tese de concurso de cátedra (*"A conexão de Causas..."* pág. 16B), após alentado estudo, conclui que *"o concei-*

to de conexão entre causas, como pressuposto da admissibilidade da reconvenção, é mais amplo do que o conceito subministrado pelo art. 103, não reclamando a identidade de qualquer dos elementos de individualização das ações" — grifou-se.

Quer dizer que no entendimento do sempre autorizado mestre carioca a definição do que seja conexão, insculpida no próprio Código, não se há de adotar em seus estreitos limites quando aplicada a palavra em outro dispositivo do mesmo Código! É no que resulta quererem-se definir conceitos no ventre das leis codificadas, matéria que, pela própria natureza, coloca-se mais adequadamente em outra sede: a doutrina.

É de se lamentar que o eminente professor não tenha ainda permitido a edição, a nível comercial, da notável monografia.

2.6. Reconvenção como faculdade

Aspecto de índole ainda preambular diz com a controvérsia pertinente, a nível doutrinário, de ser a **reconvenção faculdade ou ônus**. Na legislação pátria a reconvenção se apresenta evidentemente como faculdade do reconvinte (réu da ação primitiva). Contudo, nem sempre o tema tem sido tratado dessa forma. Nos Estados Unidos, por exemplo, o réu, não postulando seu direito de forma reconvenção (em contra-ataque, pois, à demanda contra si ajuizada), não mais poderá fazê-lo em outra ação (Federal Rules of Civil Procedure — R. 13, a). Com isso, já se alegou, estaria contornado o problema de competência. Jamais poderia o réu propor ação em outro juízo, ainda competente para ela. Teria, sim, pena de não mais ver seu direito apreciado pelo Poder Judiciário, de intentar a ação reconvenção.

Regra de todo semelhante, e que visou por sem dúvida obviar o problema, foi a editada pelo legislador filipino:

"Se o réu, durante a primeira demanda, quiser demandar o autor, não o poderá demandar em outro juízo, senão diante daquele mesmo juiz perante o qual é demandado".

E ainda acrescia justificativa teleológica à regra: *"porque não é justo, que o autor, pendendo a primeira demanda, haja de ser molestado por o réu em outro juízo"*. (Ordenação do Livro III, Título XXXIII, parágrafo 2º).

3. O TEMA CENTRAL: REVELIA NA RECONVENÇÃO

No tema proposto fere-se o problema que se coloca ao intérprete ao saber se, no art. 317 do CPC, a palavra *"intimado"* deve ser tomada no sentido que lhe dá a definição do art. 234 ou se o legislador processual teve em mente adotá-la com o sentido de citação. Na primeira hipótese seria absolutamente incorreto falar-se em revelia, como incorreto de forma absoluta seria o emprego da palavra contestação (*"contestá-la"*) no mesmo artigo; na segunda hipótese a atitude silente do autor reconvindo resultaria, de forma incontornável, em se lhe aplicarem os efeitos da contumácia, dentro de certas condições, entretanto.

Os processualistas que tocam o tema em questão perfilam a tese de que a palavra "intimado" em verdade quer dizer "citado" e, assim, os efeitos do silêncio do reconvinco não poderão fugir dos mesmos aplicados à revelia. Nesse passo diz-se, claramente, que "a intimação, aí, funciona como citação e produz os mesmos efeitos desta (art. 219 do CPC)" não deixando azo a qualquer dúvida (SERGIO SAHIONE FADEL, Código de Processo Civil Comentado, t. II, pág. 170). Esse processualista não o disse mas é certo que, em seu entender, se não houver resposta ("contestá-la" na expressão codificada), não só os efeitos da citação se farão valer como ainda, e por princípio de coerência, também as consequências da revelia haverá de suportar o reconvinco.

Argumento de ordem dialética mas que chega a resultado idêntico é o adotado por CALMON DE PASSOS (ob. cit., pág. 433) inobstante esse autor ter posição doutrinária oposta à dispensabilidade da ciência pessoal ao autor reconvinco de que contra este corre outra ação. Em verdade, afirma que "se impunha a ciência pessoal do autor" (ob. e loc. cit.).

Porque o Código inexige intimação pessoal do autor reconvinco (art. 316), este, no dizer de PONTES DE MIRANDA, "fica em situação de desigualdade em relação ao réu, pois não lhe dão o mesmo tempo para informar o advogado, ou saber, sequer, que o seu advogado foi 'intimado'. O Reg. 737, art. 103, dispensara a citação; mas existiam, então, réplica e tréplica". (Comentários ao CPC, 2ª ed., t. IV, pág. 244). Mesmo assim conformou-se o imortal mestre com a posição adotada pelo Código justificando-a por já se encontrar formada, antes da propositura da reconvenção, outra relação jurídica processual.

A justificação, data vênua, é insuficiente; a aceitação do dispositivo é acomodatória. Não se pode admitir que se atribuam efeitos de revelia a quem processualmente desconhece nova ação. Não basta mera intimação do advogado do autor reconvinco a se lhe noticiar nova relação processual. Verdadeiramente inaceitável a posição segundo a qual, ao empregar a palavra intimação em lugar de citação, "o Código, com isso, exceção ou o seu próprio sistema chamando intimação o que, ainda com forma diferente, citação é". (ob. cit., pág. 244).

Com a maior vênua, o Código não exceção, mesmo aí, seu próprio sistema. Em verdade, a palavra mal empregada no texto do art. 316 é contestação ("contestá-la") e não intimação ("intimado"). O que se sustenta é que a "contestação" noticiada pelo artigo em verdade é mera manifestação da parte resultante de "intimação" stricto sensu, apenas com seu prazo dilargado para a quinzena ao invés do comum do quinquídio ou do decêndio. Nada mais que isso. E o único efeito a ser carreado para o reconvinco em virtude de seu silêncio é o de preclusão e não o de revelia.

É no próprio sistema do Código que se busca agasalho para a tese aqui adotada. Se na extinção do processo sem julgamento do mérito ao juiz, antes de decretá-la, se lhe impõe intimação pessoal de qualquer das partes (I) para que supra a falta (em última análise falta de seu advogado) que deixou o feito parado durante mais de um ano; se a mesma providência deve ser ordenada quando o autor abandonar a causa por mais de trinta dias

(não tomando providências ou não praticando atos que a ele caibam), então é descabido vislumbrar como se haverá de aplicar, em ato de muito maior relevância processual, efeitos de revelia ao silêncio do autor reconvinco. Não se concebe que, para efeito de menor transcendência e de mais fraca ressonância na sorte da demanda, se exija intimação pessoal de qualquer das partes (art. 267, inc. II), ou do autor (art. 267, inc. III), enquanto que, para se aplicarem efeitos da revelia (em que o próprio Código é tão cioso), baste a intimação do advogado.

Nem se diga ser de maior relevância a extinção do processo (em que se exige, para decretá-la, a intimação pessoal da parte) do que a aplicação ao reconvinco dos efeitos da revelia. Dali não resulta coisa julgada material, tanto que ao autor defesa não é propositura de nova ação (art. 268 — caput); daqui o resultado da contumácia, se era fundamental para a procedência da reconvenção a produção de provas, será a extinção do processo com julgamento do mérito favoravelmente ao réu reconvinco (e com irreparável injustiça para o reconvinco) emergindo, pois, a coisa julgada material.

Sustentar-se, pois, que a "intimação" do artigo 316 do Código está empregada em lugar de "citação" e que produz, assim, os mesmos efeitos desta, é equívoco do qual não se compadece nem a própria sistemática do Código. Justo não seria que, para gerar coisa julgada formal, se exigisse intimação pessoal do autor, enquanto que, para emergir coisa julgada material, bastasse a intimação do advogado da parte. Seria contradição inaceitável afrontante dos mais comezinhos princípios do justo. Se a lei codificada tem por escopo a aplicação da justiça, não se pode supor que vá agasalhar regra de tão deletérios efeitos.

Mais ainda: e se o advogado não tiver poderes para receber citação inicial? Se haverá de argumentar que, no caso vertente, é a lei que outorga esses poderes ao patrocinador do autor reconvinco como ocorre, v.g., na oposição (art. 57). O argumento é escasso de robustez. Não seria de admitir pudesse o legislador fazer com que a parte outorgasse ao causídico poderes maiores do que os concedidos no instrumento procuratório. Deu-se conta do problema JACY DE ASSIS ao afirmar que "na verdade, e como está assente na doutrina, trata-se de citação, e não de intimação, permitida na pessoa dos procuradores, a despeito da regra do art. 38, e do perigo que nela se insere" — (Comentários ao Código de Processo Civil, t. II, pág. 246) — grifou-se. Deu-se conta, se disse, mas igualmente houve passividade no que concerne ao suposto sentido da palavra empregada no texto do artigo.

Diz mais ainda aquele autor: "o artigo não fala em resposta, e nem podia fazê-lo; limitando o comparecimento para a contestação, não exclui a arguição de incompetência absoluta do juiz, nem de exceções, mas exclui outra reconvenção". Equívoca-se: (a) se está a sustentar que o texto do artigo não poderia falar em resposta, então teria de inadmitir a possibilidade de arguição de exceções (de incompetência relativa, de impedimento ou de suspeição) para só admitir contestação stricto sensu; (b) se afirma que o instituto "não exclui a arguição... nem de exceções...", ignora que a única exceção argüível na reconvenção, não extensível à ação primitiva, é a de suspeição vasada no art. 135, inc. V, do Código vigente.

Também CLITO FORNACIARI JÚNIOR apercebeu-se dos sérios inconvenientes de se tomar a palavra intimação por citação. Ensina aquele eminente estudioso do processo que *"como ela (a intimação) é feita ao advogado, pode ocorrer de o réu encontrar-se em outra comarca ou até no estrangeiro; no entanto, ainda assim, é correta a intimação, preenchendo os requisitos legais. Todavia, o advogado poderá, para elaborar defesa, necessitar de elementos, informações, etc., que só a própria parte possa fornecer; então, ser-lhe-ia embaraçoso redigir uma defesa bem fundada, pois impossível ou bastante difícil o contato com a parte no prazo estabelecido"* (Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro, pág. 172) — grifou-se.

Em consequência, também para ele ocorre verdadeira citação inobstante suceder que seja na pessoa do advogado do reconvinco. Com oportunidade lembra que poderá ocorrer do reconvinco estar em uma das situações que impedem a citação (arts. 217 e 218 do CPC) quando da propositura da ação reconvenicional. É outro sério inconveniente de se cometer ao advogado o verdadeiro e exclusivo ônus de contestar, pena de revelia!

ALEXANDRE DE PAULA sustenta que *"o não oferecimento de contestação à reconvenção, pelo reconvinco, produz os mesmos efeitos que o não oferecimento de contestação pelo réu (art. 319)"*, (in Código de Processo Civil anotado, vol. II, pág. 145).

Há quem sustente iguais reflexos ao silêncio do reconvinco apenas ressalvando que os efeitos da revelia não poderão ser aplicados ao reconvinco quando, intimado na pessoa de seu advogado, este for dativo (JACY DE ASSIS, Comentários ao Código de Processo Civil, v. II, t. II, pág. 246).

Pergunta-se: nessa linha de raciocínio adotada por tão notáveis processualistas como se haverá de contornar o mandamento legal contido no art. 285, segunda parte, pelo qual, do mandado de citação deverá constar a advertência de que, não sendo contestada a ação, os fatos nesta alegados serão tidos como verdadeiros? Nem se diga que esta exigência, no caso da *"citação"* do autor reconvinco, é dispensada. Das duas, uma: ou a intimação do art. 316 vale como citação e, nesse caso, se deverá adequar aos ditames postos para esse ato processual, pena de nulidade (art. 247), ou verdadeiramente a palavra *"intimado"*, insculpida no artigo, não possui outro significado do que aquele que emerge do sentido estrito do termo. Aberraria dos princípios do processo dizer-se que para um determinado *"tipo"* de citação ter-se-ia de atender à regra do art. 285, segunda parte, enquanto que, para outro, o desatendimento dessa formalidade afastaria a incidência da nulidade cominada no art. 247.

Despiciendo alinhar julgados da torrencial e pacífica jurisprudência que repetidamente declara nulidade de citações para as quais não se fez constar do respectivo mandado a indigitada advertência. A doutrina igualmente não palmilha por caminho diferente desconhecendo-se mesmo qualquer posição dissonante. Ora, se tanto na citação pessoal (art. 255, inc. II), quanto na realizada mediante edital (art. 232, inc. V), quanto ainda na

que outra prevista para o réu comerciante ou industrial (art. 223, § 1º) o Código impõe a advertência, não se lobra razão suficiente para que se forre dita citação do art. 316, quando ausente a ressalva em questão, aos efeitos da nulidade.

Daí a afirmação de CALMON DE PASSOS para o qual *"o art. 247 diz que as citações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais. Uma das prescrições é esta (a advertência do art. 285). Sua falta importa nulidade... A nulidade derivará do prejuízo presumido em favor do revel, quando do instrumento de comunicação da citação (mandado, cópia da inicial, edital) não constou a consequência fixada na lei para a contumácia do réu"* (Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, pág. 230). Grifou-se. E comentando o mesmo dispositivo mestre PONTES DE MIRANDA aduz: *"se o juiz tem como revel quem não o foi e profere sentença, o réu pode recorrer, alegando nulidade e até propor ação rescisória (art. 485, V) se não obteve a decretação da nulidade. As citações são nulas quando feitas sem observância das regras legais (art. 247)"*. (Comentários ao Código de Processo Civil, t. IV, pág. 42) — grifou-se. Destarte, seria mesmo negar vigência à lei federal vislumbrar possibilidade de se dispensar dita advertência, prevista para o documento citatório no caso da *"intimação"* com alegado efeito de *"citação"*. Tal vislumbre resultaria em imediato prequestionamento dando azo a recurso extraordinário a congestionar desnecessariamente a máquina jurisdicional do Estado.

É verdade que a inovação do novo Código está colocada *"em sentido radicalmente contrário ao da tradição de nosso direito"*, como se vê no acórdão inserto na apelação cível 10.882 do Tribunal de Alçada deste Estado em que se anulou o feito, a partir da citação inclusive, para que se expedisse novo mandado *"com as cautelas legais"* (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, O Novo CPC nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, I/286). Mas o que tem sido defendido com indelével autoridade de mestre do processo nada tem a ver com a dispensa da advertência mas, sim, com a aplicação dos efeitos da revelia em certos casos (GALENO LACERDA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, t. I, pág. 329). Af, nesses casos, o que se reconhece não é a validade de mandado citatório sem a advertência do art. 285 mas, muito diferentemente, a não aplicação ao revel regularmente citado daqueles indigitados efeitos. Ora, se nos exemplos do Processo Cautelar trazidos por mestre GALENO não se aplicam ao revel as consequências da confissão ficta, ainda que a advertência se insira no mandado, como se há de sustentar aplicação desses efeitos ao reconvinco, *"citado"* na pessoa de seu advogado, estando ausente do respectivo instrumento da alegada citação a advertência em causa? Ademais, no processo de conhecimento em geral, e com mais forte razão ainda, igualmente não se aplicam em inúmeras ocasiões ao revel, citado com a advertência inobstante, os efeitos de seu silêncio seja porque o juiz aprecia com liberdade a prova carreada aos autos, seja porque também leva ele em conta fatos e circunstâncias *"ainda que não alegados pelas partes"* (art. 131). Ora, fatos não alegados pelas partes podem brotar do silêncio da omissão parcial como também do silêncio da omissão total, da revelia.

Seja como for, a matéria envolve dupla análise a fim de que se verifiquem os efeitos do silêncio do reconvinco.

Visto que o pressuposto de ordem substancial da reconvenção é que seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, duas hipóteses, com visível diferenciação ôntica, se abrem ao pesquisador na indagação da possibilidade de ser decretada a revelia no caso de não ser respondida a reconvenção. Aqui, precisamente, o ponto nodal do estudo: se está a sustentar que difeririam os efeitos do silêncio do reconvinco na demanda reconvenicional conforme esta fosse proposta em conexão com a ação principal ou em conexão à resposta a esta (difeririam se se aceitasse a tese de que o autor reconvinco é efetivamente citado na pessoa de seu advogado e não tão-somente intimado).

Muito embora BARBOSA MOREIRA também profile posição segundo a qual “essa intimação (a do autor reconvinco), ainda que formalmente difira, tem a natureza e os efeitos de uma citação inicial” (O Novo Processo Civil Brasileiro, 2ª ed., t. I, pág. 7B), há que se fazer necessária distinção. Por certo que não seria a mesma coisa o autor reconvinco silenciado quanto à reconvenção proposta com fundamento na defesa e, de outra banda, fazê-lo quando a ação reconvenicional fosse intentada em conexidade com a ação primitiva.

Variariam as conseqüências de se propor reconvenção conexa com os fundamentos da defesa em relação àquela em conexão com a própria ação primitiva. Deu-se conta do problema ADROALDO FABRICIO ao ensinar que, na reconvenção proposta em ação consignatória, “a única restrição possível é indireta: sendo a conexidade com os fundamentos da defesa, em alternativa com a conexão à própria ação principal, requisito da reconvenção, o limite que o Código impõe à matéria da contestação pode afetar, por via reflexa, também a admissibilidade da reconvenção” (Comentários ao Código de Processo Civil, v. VIII, t. III, pág. 139).

Também para se aplicarem os efeitos da revelia à contumácia do autor reconvinco, face a ação reconvenicional (se admitida a “citação” do art. 316 como tal), a matéria envolvente da reconvenção haveria de igualmente afetar a admissibilidade desses efeitos.

Não seria crível que, esgotada (quando esgotada) a matéria na petição inicial da ação primitiva, viesse o demandante a ser alvejado com efeitos da contumácia porque o réu, além da contestação, intentou também ação reconvenicional com o nexo causal fundado na ação e não na defesa. Ora, se na inicial já se esgotou o pensamento e já se esgotaram as razões do demandante, seria verdadeira iniquidade que da ação proposta (e no mesmo processo, segundo alguns) lhe nascessem os efeitos de revel!

Imagine-se que A proponha ação de separação judicial (e o exemplo é de CALMON DE PASSOS) contra B fundando a pretensão em abandono do lar. Suponha-se que B, em reconvenção, pretenda o mesmo resultado (a separação, *rectius*, o mesmo objeto) arrimando-se em sevícias que lhe provoca o autor. Divergem reconvinco e reconvinco quanto à causa de pedir (abandono de lar e sevícias) mas visam, no dizer dos doutos, o mesmo bem da vida. Como se haverá, nesse caso, de se aplicar efeitos de revelia a B sem que se lhe oportunize defesa através citação válida *stricto sensu*? Aqui a conexão figura como pedra de toque entre reconvenção e ação materializada na coincidência de objetos (art. 103 — ações conexas por comum o objeto).

Imagine-se, de outra parte, que A proponha contra B ação declaratória de falsidade documental para que se declare não ser ele, autor, pai de B. Suponha-se que B, em reconvenção, proponha que não só se declare a autenticidade do documento mas, ainda mais, que se condene o autor reconvinco a prestar alimentos ao réu reconvinco. Aqui, a conexão entre as ações consubstancia-se em lhes ser comum a causa de pedir fundada precisamente no mesmo direito, inobstante a variedade de pedidos. Como se haverá de impor a A, que originalmente queria declaração de inexistência de relação jurídica (art. 4º, inc. I, segunda parte), sentença não só declaratória da existência dessa mesma relação como ainda e sobretudo condenação a prestação de alimentos os quais, sequer, entravam nas cogitações do primitivo demandante? Como se haverá de condenar (o que condena constitui, cria, faz surgir efeitos “*ex nunc*”) alguém que demandou em juízo postulação declaratória sem que a ele se oportunize a mais ampla defesa prevista, mais que tudo, no direito das gentes onde se abebera o próprio direito constitucional? Como condenar alguém a dar, ou a fazer, ou a dar e fazer se a busca do socorro jurisdicional foi adotada para que meramente se declarasse ausência dessa ou daquela relação jurídica? Como se haverá de sustentar que sentença daí emergente possa transitar em julgado se a postulação que a antecedeu jamais chegou ao conhecimento do autor reconvinco?

Por tudo isso é que se repete: sempre que a reconvenção for proposta em conexão com a própria demanda primitiva, de nenhum modo se poderá alivitrar aplicação ao autor reconvinco dos efeitos da revelia e, nesse caso, ainda quando regularmente citado! Aqui, como alhures, cabe o exemplo que a todos ensina GALENO estribado no *fumus bonni juris* ocorrente na ação cautelar. Nesta, a simples “fumaça de bom direito” por si só já afasta os efeitos da contumácia. No exemplo da declaratória seria o *periculum in mora* que afastaria a aplicação desses mesmos efeitos: seria, dest’arte, procedimento assaz temerário querer-se impor condenação como “*plus*” da declaração de existência de relação jurídica que enfrenta pretensão original simplesmente declaratória da inexistência dessa mesma relação.

Se se pensar que a pretensão à declaração da existência da relação jurídica cumulada com a condenação a prestar alimentos poderia ser articulada em ação autônoma, chegar-se-á à conclusão de que, efetivamente, é iníquo pretender, no exemplo dado, se possa julgar procedente a pretensão reconvenicional calcada no silêncio do autor reconvinco como resultante do desconhecimento da reconvenção. Para a ação autônoma indispensável seria a citação válida sem a qual não se angularizaria a relação processual iniciada por seu autor (aquele que seria réu reconvinco se a iniciativa processual fosse do interessado na declaração de falsidade). Por que razão não se haveria de exigir semelhante tratamento a esse mesmo réu (quando autor reconvinco) na ação reconvenicional?

Para resumir diga-se que a posição sustentada (a) repele o entendimento segundo o qual a palavra “*intimado*”, encontrada no art. 316 do CPC, está tomada em lugar de “*citado*”; como também (b) adota a tese de que a palavra “*contestá-la*”, inserta no mesmo artigo, está tomada em lugar de “*manifestar-se*” ou outra semelhante. De efeito, a intima-

ção do autor reconvinde na pessoa de seu advogado só pode ter como consequência o dever deste se manifestar como, por exemplo, nos casos dos arts. 326, 327 e 298 da lei-instrumentária.

No primeiro caso, ainda que se concedesse como de boa exegese o entendimento segundo o qual o autor reconvinde é citado na pessoa de seu procurador, ainda aí não se poderia impor a seu silêncio os efeitos da contumácia, indiscriminadamente. É que jamais esses efeitos seriam aplicados ao reconvinde quando a reconvenção fosse proposta conexamente com a ação dita principal.

De lege ferenda mais apropriado seria que o artigo versado tivesse redação mais comprometida com a terminologia técnico-jurídica que se faz imperativo categórico à exata exegese do dispositivo legal pertinente, pena de se provocar, com as vacilações interpretativas do presente, aquilo que os juristas peninsulares denominam "*dano enorme*".

Bastaria, para tanto, que ou (a) o artigo determinasse "*intimação*" para que o autor reconvinde simplesmente se manifestasse sobre a pretensão reconvençional, ou que (b) a palavra "*intimado*" fosse substituída por "*citado*", suprimidas as palavras "*na pessoa de seu procurador*", e finalmente substituída a palavra "*contestá-la*" por "*responder*".

A redação do artigo ficaria, pois, da seguinte forma:

a) "*Art. 316. Oferecida a reconvenção, o autor reconvinde será intimado para manifestar-se no prazo de quinze dias.*"

Ou

b) "*Art. 316. Oferecida a reconvenção, o autor reconvinde será citado para respondê-la (art. 285).*"

Com a proficiência e acuidade habituais, observou-nos o Professor FABRICIO que a sugestão em (a) simplesmente resolveria as contradições terminológicas atuais mas não resolveria o problema propriamente dito. De efeito, com inteira razão esse mestre já que no texto sugerido a própria característica de ação, que incontrovertidamente haverá de ser emprestada à reconvenção, fica prejudicada porque nele reconhecida não pode ser existência de angularização de nova relação processual, de nova lide. Ademais, sem qualquer utilidade ficaria o art. 318/CPC já que, tornada a reconvenção mero incidente da ação, destituída de qualquer função a regra de que o ato terminativo do feito (a sentença) julgaria ao mesmo tempo a ação e um de seus eventuais incidentes.

O texto não conteria defeito extrínseco mas desvirtuaria o instituto como ação.

Na sugestão (b), por sem dúvida despicando dizer-se que a resposta haveria de ser articulada "*no prazo de quinze dias*" já que, no Processo de Conhecimento, toda a ação haverá de ser respondida na quinquena (com as exceções previstas nos procedimentos especiais), sem se cogitar do procedimento sumaríssimo mercê da regra do art. 315, § 2º do CPC.

A remissão ao art. 285 por si só dispensaria afirmar que do mandado deveria conter a advertência de aplicação ao reconvinde dos efeitos da revelia, nos casos ali expressos.

Finalmente, parodiando BARBOSA MOREIRA, "*quisemos, em suma, traduzir em palavras claras e devidamente fundamentadas uma convicção que alhures, não ousando manifestar-se de maneira direta, ressumbra, tímida e inconfessada, em pequenas incongruências ou declarações de insatisfação que se detêm a meio caminho*". (ob. cit., pág. 137).

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA
Juiz de Direito da 2ª Vara de Família, de
Porto Alegre - RS

SUMÁRIO: 1. Conceito de ação. 2. Condições da ação. 3. Possibilidade jurídica: divergências conceituais. 4. Opinião do autor.

1. A ação é tema sempre suscitador de controvérsias doutrinárias as mais acirradas e variadas. Inúmeras teorias disputam a preferência dos estudiosos. O elevado significado de tais disceptações se revela pela elementar constatação de se tratar de um dos institutos básicos do processo. Interessar-me-á o assunto dentro da perspectiva do processo civil.

A divergência fundamental radicava no equívoco de se confundir a ação com o direito subjetivo material. Não se concedia autonomia ao direito de agir. Felizmente, viu-se superada esta concepção civilística, com o avanço da ciência processual civil. A ação passou a ser encarada como direito abstrato, um direito subjetivo público que visa a obtenção de prestação jurisdicional. O direito subjetivo de ação é de caráter processual. A ação é endereçada ao Estado, a quem se postula a tutela jurisdicional, ou seja, o sujeito passivo é diferente daquele que desempenha idêntica função na relação jurídica de direito material.

A ação é direito de cunho autônomo porque independente do direito substancial. É direito de característica abstrata porque a ele não importa o fato de ter ou não razão, o autor da ação.

Lapidar é o conceito de WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR (Curso de Direito Processual Civil, Editora RT, 1971, vol. I, pág. 69): "Ação é um direito público, subjetivo, processual, assegurado a todos os cidadãos pela ordem constitucional, de caráter autônomo e abstrato, embora instrumental, uma vez que conexo a uma pretensão concreta, cujo julgamento visa obter do órgão da jurisdição". A meu sentir, as notas primordiais do conceito residem na autonomia e abstração, dados expressivos ao desenvolvimento do presente estudo.

Todavia, justamente na maior ou menor extensão emprestada à abstração e à autonomia, se situa o fulcro de sérias controvérsias, que se vão refletir na definição das condições da ação, tornando esta questão bastante complexa, eivada de sutilezas e nuances. A tal ponto vão as dificuldades, que noções de uso diário e corriqueiro não logram uniformidade de definição, produzindo intermináveis debates, como é o caso da própria possibilidade jurídica do pedido.

Assim é que alguns concretizam por demais o direito de agir, vinculando-o à obtenção de sentença 'favorável'; é o pensamento de WACH, HELLWIG, GIERKE, SIMONCELLI. Outros, postos em orientação radicalmente adversa, levam a abstração e autonomia ao

máximo, não admitindo sequer se fale em carência de ação, em condições da ação, por serem elementos capazes de reviver a teoria civilista: CALMON DE PASSOS (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. III, pág. 266; note-se faz a ressalva de que sua visão da matéria não coincide com o regramento legal pátrio), SALVATORE SATTA (Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, 1971 — tradução da sétima edição italiana —, vol. I, pág. 128). Entre os extremos, uma gama de entendimentos se abre; SATTA (obr. e vol. cit., pág. 120) chega a asseverar que "es suprema la divergencia sobre la justificación de esa autonomía, y de ahí que bien puede decirse que existen tantas doctrinas de la acción como escritores se han ocupado de ella".

Importa é a conscientização da relatividade de todas as teorias, adotando-se o conselho de CALAMANDREI: ao indagar qual das teorias é preferível, responde (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, 1962 — tradução da 2ª ed. italiana —, vol. I, págs. 252 e 253):

"El problema no puede ser formulado en estos términos absolutos: el mismo solamente puede tener sentido siempre que se plantee históricamente respecto de un determinado ordenamiento positivo en una cierta fase de su desarrollo. No se trata, pues, de investigar la verdadera teoría, como si no hubiera más que una que pudiera considerarse absolutamente exacta frente a todas las otras que habrían de considerarse equivocadas; siendo así que, en realidad, toda teoría debe ser considerada en función de la relación entre el interés individual y el interés público que, bajo diversas formas, se presente en todos los campos de la ciencia jurídica y que puede aparecer, por consiguiente, más o menos exacta según que en la relación se acentúe por consideraciones políticas, el predominio de uno de los términos y se desplace, por consiguiente, en un sentido o en otro, el punto de equilibrio entre los dos".

Destarte, ao se analisar o sistema brasileiro, ter-se-á em conta, forçosamente, a teoria consagrada pelo legislador, posto submetida ao necessário crivo crítico. De qualquer forma, fora e além do plano legislativo, buscarei a concepção que me parece a mais consistente.

A teoria a que aderiu nosso código processual civil é a formulada por LIEBMAN, a qual mereceu o prestígio de ALFREDO BUZAID. O conceito enunciado de WALDEMAR MARIZ, se filia a esta corrente. Portanto, estou em que o legislador brasileiro foi feliz ao eleger a teoria mais próxima da realidade fática. Discordo em certos aspectos da hipótese em tela, consoante depois abordarei, mas em termos gerais, é a mais digna de acatamento, pelo menos ao conceituar a ação.

Realmente não há como pretender um isolamento completo da ação, obscurecendo-se sua instrumentalidade, sua conexão a uma situação jurídica concreta. Precisamente desta conexão se originam as condições da ação (JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de Direito Processual Civil, Forense, 4ª ed., 1971, vol. II, pág. 37). Disserta o mestre paulista (págs. 36 e 37):

"Alguns autores entendem que a simples referência adesiva a condição da ação constitui resquício da concepção privatística do processo". Mostra, porém, GALENO LACERDA, de modo convincente, o erro de tal entendimento, in verbis: "Desde que existe um direito público subjetivo de ação, dentro de uma concepção rigorosamente abstrata do resultado da sentença, embora esse direito se limite a reclamar prestação jurisdicional indeterminada do Estado, deve haver, por força da própria ordem jurídica, condições que legitimem seu exercício, mesmo no plano formal em que se configura". LIEBMAN, por seu turno, explica que, se a ação se refere a uma situação determinada e perfeitamente individualizada, deve o direito de agir estar condicionado a alguns requisitos que precisam ser examinados, caso por caso, como preliminares do julgamento da pretensão".

A propósito, é valiosa a argumentação de HÉLIO TORNAGHI, exposta em Comentários ao Cód. de Processo Civil, Editora RT, 1975, vol. II, págs. 325 a 329. O jurista traça as nítidas distinções entre os componentes da fundamental trilogia: processo, ação e mérito. Demonstra a indispensabilidade da visualização triádica e suas conseqüências no plano teórico-prático. Situa o problema das condições da ação no campo do cognominado direito judiciário material.

Não se cogita de regressão aos erros civilistas, mas somente de erigir uma teoria em consonância com o real desenvolvimento dos acontecimentos no mundo fático e no mundo jurídico. Impõem-se as distinções resultantes da observação científica apurada. Quantos debates não se verificam por facetas semânticas, por falta de definição escorreita dos vocábulos utilizados! É parte integrante da atividade científica em geral, e com importância ímpar no Direito, a função classificatória, de categorização, de tipologização. Intenta-se ordenar a realidade em esquemas que condensem dados comuns a uma seqüência de fenômenos. Ora, se a pesquisa permite diagnosticar perfeitamente fatores distinguíveis do plano dos pressupostos processuais e das questões de mérito, como evidencia TORNAGHI em seu estudo há pouco cit., não há motivo científico para tornar despidianda a diferenciação, quanto mais ao se perceber tem repercussões práticas efetivas e úteis. Estas repercussões afloram em uma melhor compreensão de determinados eventos que envolvem ação e processo, e se reflete na abrangência da coisa julgada material, e, enfim, em todas as conseqüências advindas das diversidades entre uma decisão de mérito e uma que não o é.

Portanto, divirjo de ilustres juristas, que não vêem sentido na distinção entre carência e improcedência: a) CELSO AGRÍCOLA BARBI, Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., 1975, vol. I, tomo I, págs. 45 a 47; b) LEO ROSENBERG, Tratado de Derecho Procesal Civil, Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, 1955 — tradução da 5ª ed. alemã, tomo II, págs. 56 a 67; c) CALMON DE PASSOS e SATTA, conforme antes aludido. No pertinente aos raciocínios de ROSENBERG, em grande parte radicam em que, segundo ele, existe a circunstância de não se compadecer, o direito alemão, com a idéia de pretensão de tutela jurídica, e, via de conseqüência, com os pressupostos daquela tutela. De resto, não vislumbra razão teórica ou pragmática para a concretização da cisão entre pressupostos processuais e pressupostos de pretensão à tutela jurídica.

2. As condições da ação, como é de conhecimento rudimentar, compreendem a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para a causa e o interesse de agir.

Cumpra atingir o mais acendrado conceito de condição da ação. Três opiniões disputam a primazia: a) CHIOVENDA, HUGO ALSINA, CALAMANDREI, GABRIEL REZENDE, falam nas condições como requisitos para sentença 'favorável'; b) ENRICO LIEBMAN, FREDERICO MARQUES, WALDEMAR MARIZ, ARRUDA ALVIM, MOACYR AMARAL SANTOS, TORNAGHI, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, BUZAID, encaram-nas como requisitos para uma manifestação de mérito por parte do juiz, favorável ou desfavorável ao autor; c) GALENO LACERDA enfoca as condições como requisitos que legitimam o exercício da ação processual, mas vê, entre as próprias condições, algumas que dizem respeito ao mérito (possibilidade jurídica e legitimidade 'ad causam').

ALSINA preleciona (Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Compañía Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda., 1941, Buenos Aires, tomo I, pág. 222):

" Por lo tanto, para que el actor triunfe en su demanda, se requieren las siguientes condiciones: 1ª) derecho, o sea una norma de la ley que garanta al actor el bien que pretende; 2ª) calidad, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona obligada con la del demandado; 3ª) interés, de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público".

GIUSEPPE CHIOVENDA (Instituições de Direito Processual Civil, Saraiva, 2ª ed., 1965 — trad. da 2ª ed. italiana, vol. I, pág. 66) aduz:

" . . . as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável".

Com toda a vênia, não se pode encaixar a favorabilidade da sentença como componente conceitual das condições da ação. É corolário natural da teoria da ação como direito abstrato e autônomo. Configura-se o direito a uma prestação jurisdicional de mérito mas não direito a uma prestação favorável. As condições da ação são "os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida do mérito de pretensão", como define FREDERICO MARQUES (obr. cit. vol. II, pág. 37). Este, aliás, se reporta à perplexidade de GALENO LACERDA (idem, pág. 39) no tocante a que GABRIEL DE REZENDE FILHO si-gua CHIOVENDA, se aceita a concepção abstrativa do direito de agir.

GALENO LACERDA também nega sejam as condições da ação requisitos para decisão favorável; entretanto, não as vê como totalmente estranhas ao mérito: Despacho Saneador, Sulina, 1953, págs. 82 a 93. Repele seja possível pronunciamento sobre a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade para a causa sem alcançar o mérito, sem que se

forme a coisa julgada material. Suas objeções são agudas e brilhantes, como, é cediço, sempre sucede às argumentações do insigne gaúcho. O centro da discussão se fixa no conceito de mérito. GALENO define mérito como "a propriedade de o pedido do autor conformar-se ou não com o direito e, em consequência, ser acolhido ou rejeitado" (obr. cit., pág. 83); acrescenta: "Assim, todo juízo de valor sobre o pedido será sentença de mérito". Em contrapartida, para FREDERICO MARQUES, mérito "é o fundo do litígio, ou seja, a pretensão que o autor deduz em juízo através do pedido. É a própria substância da situação litigiosa que se contém no processo de conhecimento" (Obr. cit., vol. III, pág. 232). É a idealização de TORNAGHI, quando, conforme destaquei, expõe o trinômio processo, ação e mérito; para ele, o mérito se relaciona com "o eventual direito desconhecido ou lesado cuja afirmação ou reparação se pede ao juiz"; interessam os requisitos "para que o pedido seja satisfeito (razões, no sentido de fundamento legal da pretensão)", ou seja, "a inexistência de razão, de fundamento jurídico, para o pedido, para a coisa pedida, tem como corolário a improcedência. Improcedente, portanto, é o pedido, jamais a ação". Penso é a noção de mérito, formulada por FREDERICO MARQUES e TORNAGHI, a mais consentânea com as verdades dos fenômenos da ação e do processo. É construção teórica urdida com sucedâneo em metodologia acrisoladamente científica, a partir da rigorosa observação dos fatos e atos que se desenrolam em torno dos dados que se apresentam ao processualista. O conceito de mérito, proposto por GALENO LACERDA, o foi por analogia com definição extraída da filosofia moral. De outra parte, sua asserção de que todo juízo de valor sobre o pedido constitui sentença de mérito, é conducente a que a decisão judicial deliberadora de ausência de interesse para agir também seja um juízo de mérito, visto que, em asseverando mero capricho na propositura da ação, não deixa o magistrado de manifestar uma opinião valorativa; todavia, não é esta a proclamação de GALENO, que não vê aí a proposição de mérito.

A precisão terminológica e científica exige a cisão entre condições de ação e mérito. A nítida separação destas categorias possibilita trato mais acertado da matéria. Nem é implexo notar como as chamadas "condições da ação" se ligam direta e imediatamente com a ação, com o direito público subjetivo de agir, postulando a atuação jurisdicional do Estado. É um campo de indagações alheio às perquirições probatórias.

A maior perplexidade de GALENO acontece pela constatação de não-ocorrência de coisa julgada material, se a sentença não for considerada como de mérito, nos casos de impossibilidade jurídica e legitimação para a causa. É problema grave, mas não insuperável. É dificuldade que não pode ter o dom de obnubilar a inegável diferenciação teórico-prática entre ação e mérito. É questão a ser equacionada e solucionada em outro plano, sem afastar a distinção quando há elementos a serem distinguidos. Nada impede, exemplificativamente, venha a lei a conferir força de coisa julgada material a sentenças sobre possibilidade jurídica e "legitimatío ad causam", independentemente da controvérsia sobre versarem ou não o mérito da causa. O notável catedrático rio-grandense não se conforma com o não-surgimento da coisa julgada material, apontando os casos clássicos de cobrança de dívida de jogo e pedido de divórcio (na época ainda não existente no sistema brasileiro). Ora, não será este fator que elidirá a derrota do autor, em quantas vezes insistir no ajuizamento de sua descabida pretensão. Outrossim, por que não é lícito ima-

ginar a não-concretização da coisa julgada material? E ainda, o que é mais importante: por que não emprestar o poder da coisa julgada material à eficácia da sentença que dá pela carência de ação por falta de uma das condições, ou mais de uma? Ou seja: por que aquele efeito unicamente proviria de sentenças de mérito? FREDERICO MARQUES, a propósito, explicita é a coisa julgada material qualidade dos efeitos de sentenças que se pronunciam sobre o mérito e sobre as condições da ação (obr. cit., 3ª ed., 1969, vol. IV, pág. 330) — sublinhei; esta colocação é suficiente para tornar prejudicada a objeção de GALENO.

Como assinala HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba, v. 13, págs. 34 e 35), ao adotar, o legislador brasileiro, o trinômio pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, foi muito feliz, pois é opção que corresponde a mais atualizada doutrina. Com efeito, esta escolha doutrinária aparece cristalina no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de nosso país.

Conveniente não deixar dúvidas, no atinente à posição de nosso Código de Processo Civil, quanto à inoccorrência de ligações entre as condições da ação e a coisa julgada material. A declaração de carência não produz tal efeito. A simples leitura do art. 26B expurga qualquer escrúpulo. Ademais, o art. 46B cinge a coisa julgada material às sentenças que julgarem a lide (total ou parcialmente), isto é, resolverem aspectos de mérito do pedido. MOACYR AMARAL SANTOS é categórico (Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., 1976, vol. VI, pág. 473):

"Produzem coisa julgada e, pois, têm autoridade de coisa julgada as sentenças de mérito, as sentenças definitivas. Por outras palavras, produzem coisa julgada as sentenças que decidem a lide (art. 46B). As demais decisões não produzem coisa julgada".

3. A possibilidade jurídica do pedido é a condição da ação que tem provocado as maiores celeumas na fixação de seu conceito. É meu objetivo, neste item, formular um panorama geral das diferentes definições doutrinárias. Desde logo resalto se está em terreno mais movediço, posto não nos deparamos, na situação brasileira, com tentativa legal de definição das condições da ação. É termo técnico, mas nem assim livre dos percalços semiológicos em nível semântico. É um conceito mais aberto e ambíguo do que muitos costumam antever. A pesquisa de sua significação vai exigir denodo hermenêutico.

HUGO ALSINA (obr. e tomo cit., pág. 222) emprega o vocábulo "derecho" e dele declara ser "una norma de la ley que garantiza al actor el bien que pretende".

CALAMANDREI (obr. e vol. cit., págs. 259 a 261) fala em "relación entre el hecho y la norma" e fornece interessantes informes, inclusive enfrentando a questão da ação declaratória negativa. É oportuno transcrever alguns trechos de sua exposição:

"... consiste — a relação referida — en una cierta situación objetiva de 'coincidencia (o excepcionalmente, de no coincidencia), que debe verificarse

"en la realidad entre los hechos concretamente ocurridos y los hechos considerados como posibles por una norma jurídica: en una cierta situación objetiva se concidencia, se podría también decir, entre el hecho, específico real y 'un hecho específico legal.

"Acaso es posible enunciar más simplemente este requisito diciendo 'que, así como, de ordinario, de la coincidencia entre el hecho específico real 'y el hecho específico legal nace un derecho subjetivo, el primer requisito de 'la acción es la preexistencia, en el campo substancial, de un derecho subjetivo a hacer valer en juicio . . . Pero, en realidad, esta fórmula no sería exhaustiva; porque hay casos en los que la acción surge a pesar de que no preexista a 'ella ningún derecho subjetivo substancial; como ocurre cuando, de la verificación en el campo substancial de un determinado hecho específico, surge 'inmediatamente la acción, como derecho a obtener del juez un cierto cambio jurídico que sólo el juez puede pronunciar (sentencias constitutivas necesarias) o como derecho a hacer declarar por el juez que no existe el derecho 'alegado por el adversario (sentencia de declaración negativa de mera certeza).

"... En ciertos casos (cuando la providencia solicitada se dirige simplemente a la declaración negativa de certeza de la inexistencia de una cierta relación jurídica) esta relación entre hecho y norma tiene carácter negativo: para 'negar el derecho de que se jacta, el adversario, es necesario demostrar que 'entre el hecho específico real y la norma invocada a su favor por el adversario, no hay coincidencia. . . Pero, en suma, en todos los casos, como base de 'toda acción, se encuentra esta relación entre el hecho y la norma, esta confrontación entre un determinado hecho específico y un hecho específico supuesto por la ley, en que necesariamente se reafirma el carácter subsidiario 'de la función jurisdiccional en el sistema de la legalidad".

SATTA (obr. e vol. cit. págs. 128 e 129) utiliza a expressão "la existencia de la norma que garantiza el derecho".

CHIOVENDA (obr. e vol. cit. pág. 66 e 67) situa a possibilidade jurídica como "a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigado o réu a uma prestação".

ENRICO TULLIO LIEBMAN (Corso di Diritto Processuale Civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952, pág. 51), estudando a "possibilità giuridica", assim se pronuncia:

"è dato dall' ammissibilità in astratto del provvedimento domandato, cioè oè dal fatto che esso rientri tra quelli che l'autorità giudiziaria può pronunciare e non sia espressamente vietato. È chiaro che ogni esame del merito è 'inutile se l'attore propone una domanda per un provvedimento che il giudice 'non può pronunciare, quelli che siano i fatti del caso concreto. Per es, il giu-

"dice non può pronunciare il divorzio tra cittadini italiani, nè può ordinare l'arresto del debitore, nè annullare un atto amministrativo anche illegittimo e lesivo di un diritto del cittadino (art. 4 della legge 20 marzo 1865, all. E)".

ARRUDA ALVIM (Curso de Direito Processual Civil, Editora RT Ltda., 1971, vol. I, pág. 386) explica com clareza e precisão:

"Possibilidade jurídica do pedido não é direito existente, somente perquirível quando da prolação da sentença final". Se assim fosse, a ação se confundiria com o direito subjetivo material; a possibilidade jurídica é direito possível. Significa o exame que deve ser feito pelo juiz, da ação posta em juízo, no sentido de examinar se há ou não viabilidade jurídica do mesmo, em função do ordenamento jurídico positivo. Isto é, se o pedido é, abstrata e idealmente, contemplado pelo ordenamento".

ARRUDA ALVIM mostra que a impossibilidade jurídica, no CPC de 1939, aparecia no art. 160, quando este se referia à petição manifestamente inepta. Resume aduzindo que, pela condição em tela, não é facultado ao autor objetivar uma providência jurisdicional para a qual não existe previsão legal no ordenamento jurídico.

MOACYR AMARAL SANTOS (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Max Limonad, 3ª ed., vol. 1º, pág. 206): "o pedido deverá consistir numa pretensão que, em abstrato seja tutelada pelo direito objetivo, isto é, admitida a providência jurisdicional solicitada pelo autor". Aponta os tradicionais exemplos do divórcio e da dívida de jogo.

GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO (Curso de Direito Processual Civil, Saraiva, 1968, vol. I, pág. 156) reporta-se a LIEBMAN e afirma precisa o pedido ser 'razoável' e caber numa das categorias legais.

FREDERICO MARQUES (obr. cit., 4ª ed., vol. II, págs. 39/40) ensina que a pretensão do autor deve se referir a providência admissível pelo direito objetivo. Alude ao conceito de GALENO LACERDA, e, recordando MANDRIOLI, esclarece é a possibilidade jurídica examinada em abstrato.

WALDEMAR MARIZ (obr. e vol. cit., págs. 73/74) define a possibilidade jurídica considerando deve a providência jurisdicional invocada ter amparo ou ser admissível em face do direito objetivo. Aos exemplos de divórcio e dívida de jogo, acrescenta o de ação que visasse investigar maternidade para atribuir prole ilegítima à mulher casada.

TORNAGHI (obr. cit., vol. I, pág. 7B) mostra como a possibilidade jurídica é contemplada no art. 2º do Cód. de Processo Civil brasileiro, aonde este menciona "casos e forma legais". A prestação jurisdicional somente pode ser obtida nos casos previstos em lei, e pela maneira por ela regulada.

CALMON DE PASSOS (obr. e vol. cit., págs. 203 e 204) distingue entre impossibilidade absoluta e relativa. A absoluta é a que constitui condição da ação, sendo o pedido

daquilo que não é deferido, em abstrato, pelo ordenamento jurídico. Na relativa, a impossibilidade se constata no tocante ao caso concreto; é situação subsumida no art. 295, parágrafo único, item II, do CPC. A impossibilidade absoluta é prevista no mesmo artigo e parágrafo, mas no inciso III.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Revista cit., págs. 36 a 39) entende fundamental a cisão entre as noções de pedido imediato (dirigido contra o Estado e que se refere à tutela jurisdicional) e mediato (endereço contra o réu e respeitante à providência de direito material que quer o autor seja aplicada). A possibilidade jurídica é conceito atinente ao pedido imediato, isto é, "na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor". Discorda das teorias que sustentam consiste a possibilidade jurídica na adequação do pedido ao direito material. Tem como demonstração de suas asserções a diferenciação estabelecida pelo art. 295, parágrafo único, do CPC, em seus incisos II e III. O item II alude à impossibilidade de direito material, e, o III a de direito instrumental, que é a verdadeira condição da ação (evidente que no sentido positivo, de possibilidade). No caso do inciso II, a manifestação judicial será de mérito.

EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO (Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., vol. II, págs. 433 a 437) coloca uma conceituação divergente da predominante na doutrina. E o faz com sólidos argumentos:

"De modo geral, a doutrina considera a possibilidade jurídica como a admissibilidade em abstrato do pronunciamento pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional" (LIEBMAN).

"Essa não parece, contudo, a melhor solução.

"... O problema entronca, em parte, na disputa sobre a plenitude do ordenamento jurídico, ou a existência de lacunas na lei. Se se entender sob esse ângulo, desloca-se para o campo da Filosofia do Direito. Mas é necessário tê-lo em conta sob outro ângulo, muito bem focalizado por CHIOVEN-DA, que fazia distinção entre o ordenamento jurídico italiano e o suíço, afirmando que, em face do primeiro, "se, em verdade, ocorresse um fato novo, a que fosse impossível encontrar no sistema das normas uma disposição aplicável, significaria que nesse caso falta uma vontade de lei que garanta o bem reclamado pelo autor e se formará uma vontade negativa de lei", no que difere do segundo "que, em conjuntura semelhante, autorizaria o juiz a aplicar as regras que editaria como legislador (art. 1º)".

"Evidentemente, em regime no qual se tenha legislado nos moldes do Direito suíço, o conceito de possibilidade jurídica ultrapassa os limites traçados por CHIOVENDA.

"É isso o que, parcialmente, ocorre no Brasil.

"Sem ter adotado norma idêntica à que se insere na lei suíça, o Direito brasileiro há longo tempo conhece preceitos que autorizam o juiz a decidir

"as causas que lhe sejam submetidas, ainda mesmo que falte uma previsão legislativa a seu respeito, sem que se possa, portanto, negar sumariamente a pretensão, por se reputar formada, em caso tal, a vontade negativa da lei, a que alude CHIOVENDA.

"... Apesar das intermináveis disputas doutrinárias em torno do assunto, o certo é que o juiz fez papel de legislador toda vez em que depara com ausência de norma legislada. Por maior que seja o empenho dos defensores da corrente oposta, o envio do juiz aos costumes, à analogia e aos princípios gerais de direito, nada mais é do que a recomendação de que proceda como, em idêntica situação, faria o próprio legislador, que se vale das mesmíssimas fontes, pois as leis não são obra de invenção. ...

"Em face dessas considerações, parece que o verdadeiro conceito da possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente.

"Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. ...

Em seguida, MONIZ DE ARAGÃO cita os dois clássicos exemplos de divórcio e da dívida de jogo, mostrando como, em relação a ambos, existe explícito veto legal. Enuncia a matéria pouco meditada e que mais amplos são os casos de impossibilidade. Assim, "uma ação pode ser rejeitada porque o autor não praticara ato prévio, sem o qual lhe era vetado o seu exercício". Resume seu ponto de vista pela seguinte forma:

"A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se a lei tiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltará uma das condições da ação".

Em síntese, três concorrentes porfiam por apresentar o que concebem como conceito mais autorizado de possibilidade jurídica do pedido: a) é a possibilidade, em abstrato, conforme o ordenamento jurídico positivo, de direito material, da providência pleiteada pelo autor; b) a possibilidade diz com o pedido imediato, ou seja, é permissão, pelo direito positivo, a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor; c) é inexistência de previsão, no ordenamento jurídico, que torne inviável o pedido do autor.

Conveniente é destacar que uma característica não pode deixar de estar presente em qualquer dos três conceitos: a abstração em cujo nível se pesquisa sobre a possibilidade jurídica. Esta abstração, aliás, é ínsita às três condições da ação. Significa se raciocina condicionalmente, em forma hipotética. Supõem-se estejam provados os fatos alegados pelo autor, investigando-se, então, se, caso assim fosse, o pedido seria juridicamente possível (conf. GALENO LACERDA, obr. cit., pág. 78). É aspecto merecedor de suma atenção, pois impede equívocos graves no assunto, fixando com maior exatidão os limites desta condição da ação.

4. Estou em que o conceito de MONIZ DE ARAGÃO é o mais acertado. A possibilidade jurídica radica na existência de norma, no direito positivo, que faça inviável a pretensão deduzida pelo autor. É insuficiente construir a definição a partir da permissividade do ordenamento. As lacunas do sistema normativo são irretorquíveis. Não basta, portanto, a inocorrência da previsão do que é almejado pelo autor da ação; tal ausência não impede, a criação judicial, a integração pelo Judiciário, viabilizando o que parecia inviável. Apenas a vedação, explícita ou implícita, obstaculiza o pedido.

KARL LARENZ, em sua Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, trad. da 2ª ed. alemã, 1978, págs. 463 a 467, elucida como são inegáveis as lacunas no direito positivo, a serem preenchidas pelo caráter criador do processo de conhecimento através do qual se obtém a regra integradora da lacuna. Proposição jurídica por todos ignorada é inexistente como norma orientadora da vida social; sua gênese dever-se-á à atuação judicante, ainda que, mediatamente, esteja embasada na ordem jurídica. A proposição integradora é resultante de processo cognitivo criador. Chega a sustentar a configuração de lacunas impreenchíveis.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO (Introdução à Ciência do Direito, Forense, 2ª ed., 1960, págs. 142 a 144) igualmente é incisivo ao defender a lacunosidade do ordenamento jurídico positivo. Sua lição é sábia: argumenta com o caráter cultural da ciência jurídica, a qual, por sua própria culturalidade, jamais é obra perfeita e acabada. Por maior a elasticidade das normas, há um ponto de saturação, a partir do qual o juiz cria o direito. O intérprete valer-se-á da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito somente se a lacuna for meramente formal; se material, criará o direito. É radical: "Tudo mais é falso, ficção, processos de engano, destinados a disfarçar, sob o manto da legalidade, a livre interpretação do direito".

A exposição acima comprova a insustentabilidade do conceito de possibilidade jurídica com base na ocorrência de previsão permissiva no regramento jurídico. Nem subsiste a idéia de que continua aproveitável o conceito debilitado desde que se tenha presente o axioma da licitude do não-proibido. Com efeito, muitas pautas normativas podem não estar coibidas, mas simplesmente serem tidas, erroneamente, como indeduzíveis do ordenamento jurídico. Importa é a não-proibição da providência pretendida pelo autor. Esta vedação ou é expressa, ou advém, pelos métodos exegéticos, de algumas ou da totalidade das normas do direito positivo.

Útil assinalar a veracidade do ensinamento de CALMON DE PASSOS, já enunciado, quando identifica a impossibilidade jurídica que nos interessa com a dita impossibilidade absoluta. Assim é porque a possibilidade é cogitada abstratamente (conforme antes deixei bem salientado).

Outro ponto a dissecar é a tese de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, relativa a que a possibilidade é tema conexo ao pedido imediato. Tenho a ousadia de discrepar do preclaro jurista mineiro. A possibilidade jurídica não pode ser conceituada em função do pedido imediato. HUMBERTO THEODORO define o pedido imediato com aquele que se refere à tutela jurisdicional. É também o denominado objeto imediato da ação; como ensina FREDERICO MARQUES (Inst. cit., 3ª ed., vol. II, pág. 168), o objeto imediato "diz respeito à prestação jurisdicional pedida". Sobre a noção de 'tutela jurisdicional' ou 'prestação jurisdicional', é esclarecedor o seguinte escólio de CELSO A. BARBI (obr. e vol. cit., tomo I, pág. 271): "A doutrina moderna distingue o objeto imediato e o mediato. Aquele é o tipo de providência, de ato, que se pede ao juiz. No caso das ações de conhecimento, será sempre uma sentença, que pode ser condenatória, declaratória ou constitutiva". Portanto, o chamado objeto imediato ou pedido imediato se relaciona com a espécie de tutela jurisdicional invocada, ou seja, vai originar a conhecida classificação das ações em de conhecimento, executivas e cautelares (para alguns mais as mandamentais), sendo as primeiras subdivididas em ações declaratórias, condenatórias e constitutivas. Ora, com fundamento em tais princípios não é possível delimitar a possibilidade jurídica, como muito bem assinala MONIZ DE ARAGÃO (obr. e vol. cit., págs. 436 e 437): "Quando se fala na previsão em abstrato do pronunciamento pretendido ou no veto que lhe seja apostado, não é considerado o tipo processual de sentença a que o autor visa, mas a solução por ele pleiteada para a composição da lide. Se se tratasse apenas de pretender uma sentença de condenação, que o ordenamento jurídico evidentemente contém, nunca haveria impossibilidade jurídica para a cobrança de dívida de jogo, tutelada mediante sentença condenatória, prevista no Direito brasileiro".

O equívoco do eminente jurista, a meu pensar, foi o de, partindo de uma definição exata de pedido imediato, ter emprestado a este um caráter apartado da referida definição bastando observar os exemplos que formulou. Quando se rejeita ação colimando investigação de paternidade adulterina, na constância do casamento do genitor adúltero, se o faz não em decorrência de ponderações atinentes a ser pedido de tutela declaratória, condenatória, etc., mas sim porque, e precisamente porque, o direito positivo material contém previsão que a torna inviável. Não há como fugir ao envolvimento com o pedido imediato, com a providência de direito material. Neste plano é que se estudará a possibilidade jurídica e não no plano do pedido imediato, que se vincula exclusivamente a regras processuais puras. Nem poderia uma condição da ação estar de tal forma dependente de elementos processuais, quando é cediça a separação entre a ação e o processo.

O conspícuo colega mineiro equaciona a interpretação do art. 295, parág. único, incs. II e III, do CPC, valendo-se da discriminação entre a impossibilidade material e instrumental. Fora desta dicotomia, não veria sentido nas duas disposições, pois a contida no

inc. II se confundiria com a constante do III. Diversamente, a fronteira entre os dois dispositivos, penso, radica no binômio impossibilidade jurídica relativa e absoluta, apontado por CALMON DE PASSOS e já referido no presente trabalho.

Em síntese conceitual, apesar do proclamado perigo das tentativas de definição, arriscaria situar a possibilidade jurídica do pedido como a condição da ação consoante a qual o pedido mediato, considerado abstratamente, não resulta inviável, por explícita ou implicitamente vedado, pelas regras de direito material da ordem jurídica positiva.

Ao lidador do Direito convém enfrentar intemorato este requisito do direito de agir, penetrando em seus meandros. Não evitá-lo, amedrontado pelas implexidades. A impossibilidade jurídica goza de escasso prestígio, optando-se, geralmente, por mesclá-la ao mérito e relegar seu exame para sentença posterior à instrução. A disposição predominante é de não se aventurar a um julgamento antecipado da lide como alicerce nesta condição da ação. Quantas vezes este comportando conduz à uma inútil colheita de provas. É preciso conferir maior amplitude — ou, melhor dito, a correta amplitude — à possibilidade jurídica, não hesitando em identificá-la e extrair as consequências devidas. Ouçá este receio provenha da irrisoriedade de atenção concedida ao assunto e da repetitividade dos exemplos, capaz de produzir nos menos doutos a impressão de que só se caracteriza ela em mínimas hipóteses, além da dívida de jogo e do surrado caso de divórcio, sendo que, para piorar o quadro, o direito brasileiro acabou por acatar esta modalidade de dissolução da sociedade conjugal. O problema é meditar com agudeza o conceito de impossibilidade jurídica, vivenciando-o e assimilando plenamente suas notas definitórias.

Vimos outros exemplos no transcorrer desta linhas: pretender investigação de paternidade, durante a constância do casamento, no tocante ao cônjuge adúltero; querer investigar maternidade para atribuir prole ilegítima à mulher casada. Sigamos adiante, porém. Atualmente proliferam ações com escopo de obtenção de reequadramento funcional, com correspondente aumento de vencimentos, por parte de funcionários públicos em desvio de função; ora, é situação de impossibilidade jurídica (quem segue orientação divergente dirá é possível o pedido, mas não deixará de poder discutir a matéria abstratamente, no campo da condição da ação versada), por contrariar princípios constitucionais e legais de independência de poderes, visto teríamos o Judiciário a prover cargos públicos e aumentar vencimentos, tudo com base na isonomia, além do que o desvio não é tolerado pela legislação. Se o magistrado tem opinião formada sobre o tema, entendendo impossível juridicamente a pretensão, que sentido haverá em oportunizar todo um labor instrutório, para, depois, em sentença, terminar por consagrar aquela impossibilidade?

Outros exemplos de impossibilidade jurídica: ajuizamento de mandado de segurança com evidente desrespeito aos incisos do art. 5º da Lei 1.533/51; promover ação de busca e apreensão, em caso de alienação fiduciária, sem lograr a prova inicial da mora ou inadimplemento; intentar ação de execução para cobrança de duplicata ou triplicata não aceita, sem o documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; encaminhar ação de despejo, em se tratando de imóvel residencial urbano, com fundamento em

necessidade de ocupação por parente colateral; pretender reintegração ou manutenção de posse sem prévia rescisão do contrato que originou a posse por parte do réu; exigir adjudicação compulsória sem que o contrato de promessa de compra e venda esteja registrado no Registro de Imóveis; participante de concorrência pública busca, através de ação, obrigar o poder público a concluir o contrato definitivo, com base no fato de ter sido vencedor na mesma; tentar o funcionário público fazer valer em juízo alegado direito subjetivo à promoção, com supedâneo na simples existência de claro na carreira administrativa; enfim, são incontáveis os exemplos.

Uma dilucidação talvez pareça singela, inobstante não a nível de despicienda. Quando faço menção a regras de direito material, obviamente surgem também no direito processual civil (assim como penal). O tempo é empregado em contraposição às normas de direito formal. A violação de regras de puro e estrito direito formal gerará ausência de pressupostos processuais, ou seja, é matéria estranha ao campo das condições da ação.

O INCRA E O IMPOSTO TERRITORIAL RURAL

A. CARLOS FONSECA
Professor no Curso de Mestrado U.N.B.

SUMÁRIO: Não pode o INCRA, a título de ressarcimento de despesas, reduzir o produto da arrecadação do ITR atribuído aos Municípios pelo art. 24, § 1º, da Constituição Federal.

O imposto sobre a propriedade territorial rural, desde a Emenda Constitucional nº 10/64 (art. 1º), passou a ser de competência da União. A princípio, a competência era estadual até que, com a Emenda nº 5/61 à Carta de 1946, transferiu-se essa competência para os Municípios.

Ao passar para a competência da União, o Congresso Nacional teve a preocupação de não maltratar as finanças dos Municípios, dispondo que:

"O produto da arrecadação do imposto territorial rural será entregue, na forma da lei, pela União aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incida a tributação" (EC nº 10/64, art. 15, § 9º).

A transferência da competência para a União se justificou à medida em que veio atender à política de reforma agrária do Governo Federal, estabelecendo uma tributação da terra de molde a corrigir anomalias no seu domínio, obedecendo a critérios de progressividade e regressividade, tendo-se em conta o valor da terra nua; a área do imóvel rural; o grau de utilidade da terra na exploração agrícola, pecuária e florestal; o grau de eficiência obtido nas diferentes explorações; e a área total, no País, do conjunto de imóveis rurais de um mesmo proprietário. (Lei nº 4.504/64, art. 49, alterado pela Lei nº 6.746/79).

A partir daí o imposto adquiriu manifesta característica de extrafiscalidade.

O ITR é lançado e cobrado pelo INCRA, sucedâneo do IBRA:

O Decreto nº 56.792-65, que regulamentou a Lei nº 4.504/64, dispôs, com excesso, que 80% (oitenta por cento) do produto da arrecadação seria entregue aos Municípios, restando o IBRA a parcela de 20% a título de despesas administrativas com o recolhimento.

Na Carta de 1946, o Estado-membro do produto da arrecadação entregava 20% à União e 40% aos Municípios (arts. 19, I, e 21).

Desde as Constituições de 1891 e 1934 que a União sempre se beneficiava com 20% do produto da arrecadação do ITR. Talvez esses precedentes tenham justificado a redação do art. 85, § 3º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), que dispôs:

"A Lei poderá dispor que uma parcela não superior a 20% (vinte por cento) do imposto de que trata o inciso I seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação."

E dentro dessa faculdade, o DL 57, de 18 de novembro de 1966, autorizou o IBRA a reter a parcela de 20% do produto da arrecadação e seus "acrescidos".

Em que a mensagem nº 33/64 (item 20), que encaminhou o anteprojeto da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), sugeria um benefício aos municípios de somente 80% do ITR. Acontece, porém, que o legislador não acolheu tal sugestão, dispondo:

"Art. 48. Observar-se-ão, quanto ao Imposto Territorial Rural, os seguintes princípios:

II — a União também poderá atribuir, por convênio, aos Municípios, a arrecadação, ficando a eles garantida a utilização da importância arrecadada;

V — o imposto arrecadado será contabilizado diariamente como depósito à ordem, exclusivamente, do Município, a que pertencer e a ele entregue diretamente pelas repartições arrecadoras, no último dia útil de cada mês."

Mesmo que se quisesse entender que a expressão "na forma da lei" da Emenda Constitucional nº 10/64 (art. 15, § 9º) sugeria permissibilidade de retenção, a título de ressarcimento de despesas de administração tributária, tal argumento, no sistema atual, seria inócuo, porquanto a Carta de 1967 extirpou a sobredita expressão.

Pela redação da Constituição de 1967 (art. 24, § 1º, da Carta vigente), pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, incidente sobre os imóveis situados em seu território.

Quer dizer, a totalidade da arrecadação do ITR é destinada aos Municípios. A redação do art. 24, § 1º, da CF, não autoriza o entendimento de que não especificando o legislador constitucional se bruto ou líquido o produto da arrecadação, não macularia a sobredita regra a dedução de parcela destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação. Seria extrapolar do campo da razoabilidade da exegese da norma constitucional em apreço.

É de ver, pois, que ao autorizar retenção do ITR, no sistema primitivo, o legislador fê-lo expressamente.

Como dá conta JOÃO BARRETO (em "Leituras de Administração Financeira" — IBAM, Rio, 1971), a confusa e contraditória destinação do ITR já ensejou acirradas críticas.

Ao apresentar anteprojeto, visando a alteração do sistema tributário primitivo, declarou a Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, no seu relatório:

"Este foi, como era de esperar-se, o terreno em que a crítica se mostrou mais acirrada. Mas (...) a maioria dos críticos reclamou maiores participações (...) restaurou-se a devolução integral do produto do imposto territorial rural aos Municípios, como hoje dispõe a Emenda Constitucional nº 10, e de que o texto original reservara 20% à União; o cálculo das participações sobre o produto líquido dos impostos prejudica o automatismo das redistribuições; a fixação à forfait do custo de arrecadação, como fizera o texto original, poderia revelar-se excessiva em alguns casos e insuficientes em outros (ob. cit., pág. 154 — o grifo é do original).

A par das sugestões recebidas, o Congresso procedeu à reforma tributária nacional resultando na redação do correspondente art. 24, § 1º, da Carta vigente.

A questão vertente guarda identidade com a destinação da parcela de 20% do ICM, entregue aos Municípios pelos Estados (CF, art. 23, § 8º), cuja orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, consubstanciada na Súmula 57B, é no sentido de que:

"Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir parcelas de 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação do ICM atribuído aos Municípios pelo art. 23, § 8º da Constituição Federal."

A invocação analógica é de todo pertinente, pois *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. (Cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito — CARLOS MAXIMILIANO, Forense — 9ª Edição, pág. 245).

Buscando os precedentes da Súmula 578, acima enunciada, é de ver que no AI 55.989-SP, entendeu a Eg. 1ª Turma do Colendo STF que nenhuma lei, federal ou estadual, autoriza imposição de taxa para custeio de lançamento e arrecadação do ICM (RTJ 64/639).

Merece sobrelevar que as contribuições parafiscais e taxas de cadastro cobradas pelo INCRA já remuneram-no pelos serviços de lançamento e arrecadação (Decretos-leis nºs 58/66 e 789/69).

Portanto, não pode o INCRA, a título de ressarcimento de despesas, reduzir o produto da arrecadação do ITR atribuído aos Municípios pelo art. 24, § 1º, da Constituição Federal. Esta não autoriza nenhuma retenção, devendo as repartições arrecadoras fazerem a entrega da totalidade da arrecadação.

Não se pode defender que à União é permitido, *sponte sua*, fazer retenção de qualquer parcela, sem legítima autorização.

O art. 85, § 3º, do CTN, está inserido no Título VI, que diz respeito a DISTRIBUIÇÕES DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS.

A matéria está a merecer relevo, quando se fala no crescente empobrecimento dos Municípios, cuja participação no bolo tributário, segundo o Instituto de Pesquisas Econômica e Social, é da ordem de 2%, qual não é o sufoco financeiro (Pronunciamento do Min. EWALD S. PINHEIRO, do TCU — in RTCU nº 21, pág. 41).

Embora já existente no sistema tributário primitivo, a Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, inovou a sistemática de distribuição da receita federal aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ao estabelecer o novo sistema, o legislador constitucional permitiu aos Estados e Municípios celebrarem convênios com a União, a fim de assegurar ampla e eficiente ordenação dos respectivos programas de investimentos e serviços públicos, especialmente no campo da política tributária, caso em que poderiam **participar de até 10% (dez por cento) da arrecadação** efetuada, nos respectivos territórios, provenientes do **imposto de renda** incidente sobre os rendimentos das pessoas físicas e do IPI, excluído o incidente sobre o fumo e bebidas alcoólicas (EC nº 18/65, art. 22).

Aí, o legislador estabeleceu especificamente permissibilidade de retenção de parcela não superior a dez por cento para custeio de serviços de arrecadação. Fê-lo **expressamente**, como se vê. E não é só. Tal permissibilidade seria decorrente de convênio — o que demonstra o caráter facultativo de os Estados e Municípios aceitarem ou não os encargos de lançamento e arrecadação. No caso do ITR, os serviços de lançamento e arrecadação de competência da União, através do IBRA (atual INCRA), eram, como são, obrigatórios. Isto faz a União a par do seu alto interesse extrafiscal.

O art. 84 do CTN prevê o cometimento aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios do encargo de arrecadar os impostos de competência da União, cujo produto lhes seja distribuído no todo ou em parte. No regime constitucional vigente, tal prática é perfeitamente possível (EC nº 1/69, art. 13, § 3º), sem, contudo, ensejar qualquer participação, a título de ressarcimento de despesas com custeio dos respectivos serviços de lançamento e arrecadação.

Do exposto, conclui-se que a regra inscrita no § 3º, do art. 85 da Lei nº 5.172, de 23 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) e do art. 4º do Decreto-lei nº 57/66, é incompatível com a Constituição Federal (art. 24, § 1º). Como bem assinalou ALIOMAR BALEEIRO, "se o legislador federal pode deduzir discricionariamente 1/5 da arrecadação, **sem cláusula constitucional permissiva**, poderá também deduzir 1/4, 1/3, 1/2 e 2/3, anulando o que estabelece o art. 24, § 1º, da CF de 1967" (in "Direito Tributário Brasileiro" — Forense, 9ª Edição, pág. 347 — o grifo é nosso).

PARECERES

VANTAGEM PROMETIDA PELO ESTADO

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

PARECER Nº 4.705

PLANO. VANTAGEM PROMETIDA PELO ESTADO.
Não-cumprimento. Dever de indenizar.
Sujeição do Estado ao princípio da boa-fé, cabendo-
lhe ressarcir os danos decorrentes da confiança.

O Governo do Estado elaborou e pôs em execução o chamado PROJETO COLÔNIA NOVA ESPERANÇA, destinado ao assentamento de agricultores oriundos da Reserva Indígena de Nonoai em terras situadas no Município de Bagé, Distrito de Hulha Negra.

2. Todo o projeto estava baseado num dado econômico: a subsistência e o progresso das famílias que ocupariam os lotes componentes da Colônia Nova Esperança dependiam, predominantemente, da produção de leite. Dando passo indispensável à execução do plano, o Senhor Governador do Estado encaminhou à consideração da Assembléia Legislativa projeto de lei, o qual posteriormente se converteu na Lei nº 7.291, de 29 de dezembro de 1978. Pelo art. 1º dessa lei ficava o Poder Executivo autorizado a abrir na Unidade Orçamentária 1501 — Gabinete do Secretário e Órgãos Centrais da Secretaria da Agricultura — um crédito especial, até o limite de Cr\$ 15.000.000,00, destinado à aquisição de gado leiteiro a ser doado às famílias de agricultores assentados no Distrito de Hulha Negra, bem como para a execução do serviço de premunicação. No art. 2º daquela mesma lei declara-se:

“É o Poder Executivo autorizado a doar às 125 famílias de agricultores assentados no Distrito de Hulha Negra, Município de Bagé, através de instrumentos hábeis, o gado leiteiro a ser adquirido, cabendo a cada família um plantel de dez (10) cabeças.”

Sucedeu, porém, que, em face do acelerado processo de desvalorização da moeda e da natural demora na fase de elaboração legislativa, quando se cuidou de efetivar a doação verificou-se que o valor do crédito, cuja abertura fora legalmente autorizada, cobria apenas metade do número de cabeças de gado necessárias para o exato atendimento do projeto. Diante disso, o Senhor Governador do Estado determinou, a 11 de dezembro de 1979, a imediata entrega de 5 vacas a cada uma das famílias de colonos. A ordem foi cumprida. Naquele mesmo despacho o Chefe do Executivo pedia ao Secretário da Agricultura que este propusesse as medidas de ordem jurídica necessárias à completa execução do projeto com as atualizações e revisões que se evidenciassem necessárias.

Em abril de 1980 o Diretor da Produção Animal da Secretaria da Agricultura informava que o preço de uma novilha de raça holandesa, pura por cruzamento, com registro e atestado de prenhez e dotada das mesmas qualidades zootécnicas dos exemplares adquiridos anteriormente para doação aos colonos da Nova Esperança tinha, naquela data, o preço unitário de Cr\$ 35.000,00. Corrigindo-se esse valor, à taxa de inflação de 60%, então vigente, e prevendo-se o tempo necessário à realização das providências prévias indispensáveis, estimaram os técnicos da Secretaria da Agricultura que a aquisição de 625 animais implicaria o dispêndio de Cr\$ 31.718.750,00. Na Casa Civil, o Assessor Legislativo, Procurador do Estado ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER, suscitou a questão de saber se os atos praticados pelo Estado teriam, ou não, criado direito subjetivo em favor dos colonos. Disse ele:

"O caso não se me afigura singelo, pelos fatos atrás relacionados. Não me parece que se possa, com razoável segurança, afirmar que o Estado não contraiu, no caso, obrigação jurídica legal, a ser honrada sob pena de negar um direito já subjetivado em favor dos colonos. Isso considerado e por ser de conveniência que, no caso, a orientação proceda do órgão consultivo constitucional, sugiro seja submetido o expediente para exame e parecer à Procuradoria-Geral do Estado."

E, como sugerido, o expediente foi encaminhado a este Órgão.

3. A questão levantada neste processo toca num dos temas mais atuais e fascinantes do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em especial: o dos efeitos jurídicos resultantes do planejamento econômico ou social.

Nessa área, a par talvez das indagações pertinentes à natureza jurídica do plano, da legitimidade, em face do cânone da isonomia, de certas ações do Estado em caráter forçosamente discriminatório em razão dos próprios fins visados (o que ocorre, especialmente, nas subvenções), nenhum outro problema jurídico terá tanto interesse quanto o que se relaciona com a existência, ou não, de obrigação de o Estado cumprir o plano ou de responder pelos prejuízos decorrentes de seu cancelamento ou alteração.

Na perspectiva tradicional do Direito Privado, as obrigações ou derivam de negócio jurídico ou de ato ilícito. Desde que IHERING (*Iheringsjahrbücher*, 4, 1) lançou, porém, os fundamentos da chamada responsabilidade pré-contratual, com a teoria da *culpa in contrahendo*, reconhece-se a existência de uma espécie de obrigação que se situaria, a rigor, a meio caminho entre a decorrente do contrato e a de índole extracontratual. O comportamento de uma das partes, na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra de que tal ou qual procedimento seria adotado, ou omitindo informações de importância capital para que a outra parte pudesse decidir com relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato, são algumas das situações em que se identifica a existência do dever de indenizar. No caso do contrato nulo fica evidente que a obrigação não

deflui do negócio jurídico, pois, curialmente, o que é nulo não produz efeitos. A obrigação tem aí sua raiz na quebra da confiança, na violação do princípio da boa-fé, na falta de lealdade, no descumprimento do que se prometeu de forma clara e concreta. É por isso que os prejuízos assim causados denominam os autores alemães de *"danos decorrentes da confiança"*, *Vertrauensschadens* (ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, 1975, vol. II, p. 95 e seguintes). É em toda a parte pode-se hoje afirmar que, com maior ou menor intensidade, a infringência ao princípio da boa-fé é uma causa geral do dever de indenizar.

4. É irrecusável a sujeição do Estado ao princípio da boa-fé. Mas é indubitoso, também, que a supremacia do interesse público sobre os interesses individuais torna admissível que, via de regra, o Estado modifique os rumos da sua política e que possa, igualmente, alterar seus planos. A frustração de expectativas é, pois, algo ineliminável na atividade estatal. Há planos, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessa de vantagens, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa-fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança. Por certo isso não acontece nos planos puramente informativos, em que o Poder Público simplesmente coleta dados ou faz prognósticos e projeções, cabendo ao particular assumir os riscos pela adoção de algum dos caminhos antevistos pelo plano, mas sim naqueles em que, na verdade, o Estado se compromete firmemente a propiciar benefícios, de natureza fiscal (por exemplo: isenções ou restituição de impostos) ou não.

Essa obrigação assume singular realce nos casos de *"administração concertada"* ou seja, quando entre o particular e o poder público há a assunção de compromissos recíprocos, depois quebrados pelo Estado. A este propósito, nota FORSTHOFF, agudamente, que a responsabilidade do Estado não deriva puramente do plano, mas sim das promessas e acordos que, dentro de suas linhas, são feitos pelas autoridades administrativas. Escreve ele:

"Esta proteção da confiança e somente ela fundamenta um direito à garantia do plano ou, dito de outro modo, um direito à indenização, no caso de uma modificação que resulte prejudicial. Por conseguinte, o plano, como tal, não origina semelhante proteção da confiança. Esta proteção há de vir justificada por circunstâncias especiais, que normalmente são promessas e acordos." (Sobre Medios Y Metodos de la Planificación Moderna, in JOSEPH H. KAISER, *Planificación*, vol. I, Madrid, 1974, p. 101-102).

Decisivo, portanto, para concluir-se se o plano gerou mera expectativa ou se deu causa a direito subjetivo é saber se as promessas foram realmente firmes, precisas e concretas. É este, também, o critério aceito no direito francês, como acentua LAUBADÈRE, embora frisando o caráter casuístico e extremamente empírico das soluções dadas:

"Mais ou doit constater que cette attribution d'effets juridiques aux mesures d'incitation est assez strictement limitée par l'exigence jurisprudentielle d'un caractère ferme des promesses ou engagements susceptibles de donner lieu à responsabilité au cas où l'administration ne les respecte pas."

E, em outro tópico:

"Le cas des renseignements erronés ou des promesses et mesures d'incitation fallacieuses et non suivies d'effet illustre abondamment cette jurisprudence; le juge y tient compte soigneusement des circonstances, notamment du caractère plus ou moins ferme des promesses et engagements pris par l'administration et aussi des imprudences éventuellement commises par la victime. Le Conseil d'Etat a pu ainsi reconnaître la responsabilité de l'administration (entière ou atténuée); pour avoir fourni des renseignements inexacts sur la liberté d'un marché (1^{er} juin 1949, Mialet, p. 257), pour avoir incité une entreprise à développer considérablement ses usines de laiterie tout en négligeant totalement de prévoir un plan général d'implantation (4 févr. 1955, Ets Signelle), pour avoir promis des contingents d'importation que ne furent pas délivrés par la suite (11 mai 1956, Sté Lesieur, p. 194), ou des garanties contre les répercussions des baisses qu'elle n'avait pas la possibilité juridique de tenir par la suite (24 avr. 1964, Sté des huileries de Chauny, p. 245, concl. Braibant); — mais non: pour n'avoir pas révélé certains prix après avoir incité l'intéressé à se livrer à certaines opérations (23 mars 1956, Sté Léon Claeys, S. 1956.293, concl. Lasry), pour avoir incité une société à se livrer à certaines fabrications et délivré ensuite systématiquement des licences à tous les producteurs de la Corse (16 nov. 1960, Sté des chantiers d'Ajaccio, Dr. soc., 1961, p. 205, concl. Henry, note Teitgen). (Droit Public de l'Economie, p. 458/459).

5. No caso o Estado do Rio Grande do Sul prometeu aos interessados, em caráter inequivocamente firme, a entrega de dez vacas. Cumpriu a promessa apenas por metade. É evidente que essa vantagem, acenada pelo Estado, foi fator importante na decisão dos colonos em se transferirem para Hulha Negra. A quebra do compromisso assumido pelo Estado daria ensejo, a meu juízo, ao dever de indenizar na linha das considerações acima deduzidas. Não vejo, assim, qualquer razão de ordem jurídica (e ainda muito menos de ordem moral) para o Estado deixar de cumprir o que prometeu.

PORTO ALEGRE, 15 de junho de 1981.

APOSENTADORIA COM BASE NA LEI DA ANISTIA

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Internacional Privado na
Faculdade de Direito da U.F.R.G.S. e de Teoria Geral do Direito na UNISINOS.

PARECER Nº 4.690

ANISTIA. APOSENTADORIA DE MAGISTRADO. VENCIMENTOS INTEGRAIS. LEI PRAIEIRA. REGISTRO SOB RESERVA.

- A aposentadoria com base na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei da Anistia), substitui integralmente, inclusive quanto à titulação legal, os atos de inativação compulsória de natureza punitiva editados com base nos Atos Institucionais, para todos os efeitos de direito, e nomeadamente para esse do registro junto ao Tribunal de Contas do Estado, não podendo ser confundida com mera revisão de proventos por acréscimo de tempo de serviço.
- Aos magistrados, mesmo aposentados com base nos Atos Institucionais, são devidos vencimentos integrais na aposentadoria, bem como todos os outros direitos e vantagens decorrentes, ou do texto constitucional, ou da legislação ordinária, os quais não se vinculem às garantias constitucionais excepcionalmente suspensas.
- Interpretação conforme à Constituição atualmente vigente, em período de normalidade político-jurídica, de normas excepcionais, editadas sob circunstâncias superadas, mormente quando punitivas ou restritivas de direitos.

1. Por requerimento dirigido ao Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, em data de 19 de outubro de 1964 (Processo sob nº 3019/60-STJ) o doutor H.A.U., magistrado aposentado, solicitou que fossem consideradas as seguintes vantagens, decorrentes das Leis Federais nº 288, de 08 de junho de 1948 (artigos 1º e 5º), e nº 1.156, de 12 de julho de 1950, e da Lei Estadual nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954 (artigo 1º, § 1º), quando da fixação de seus proventos de aposentadoria:

te, da Constituição estadual de 1947, exercendo o Governador do Estado o poder que lhe decorre da disposição constitucional citada, procedendo-se, assim, o registro sob reserva dos atos em referência, pelo Tribunal de Contas." (108-109).

7. Ainda que houvesse sido o Parecer em questão de imediato aprovado pelo Senhor Governador do Estado, não foi levado a efeito o registro sob reserva, e nem mesmo se encaminhou o expediente à Assembléia Legislativa do Estado, para os efeitos recursais *ex officio* referidos no artigo 125, § 3º, *in fine*, da Constituição Estadual de 1947. Em face disso, interveio de novo o interessado nos autos, em 22 de julho de 1968, pedindo as providências necessárias à execução da decisão do Egrégio Tribunal de Contas, a folhas 85, favorável às suas pretensões de início expostas; para tanto, com base na superveniência da Constituição Estadual de 14 de maio de 1967, alegou que o seu artigo 43, § 5º, seguindo o modelo federal, conferira aos Tribunais de Contas expressa função jurisdicional ao lhes reconhecer o poder de julgar, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões. Valeu-se ainda o requerente de substancial trabalho sobre a competência dos Tribunais de Contas Estaduais, bem como sobre a eficácia vinculativa, para a administração, de suas decisões, trabalho esse que vem a ser o Parecer nº 6.484, de 05 de novembro de 1965, do Egrégio Conselho do Serviço Público, tendo como relator o douto Procurador Jurídico ALMIRO DO COUTO E SILVA (folhas 130-132).

8. Em decorrência dessa intervenção voltou o expediente à apreciação da Consultoria-Geral do Estado, onde foi prolatado o Parecer nº 22, de 20 de setembro de 1968, pelo próprio Consultor-Geral do Estado, doutor DANTE GABRIEL GUIMARAENS, entendendo que "*determinado o registro sob reserva, e, pendente, ainda, o recurso ex officio estabelecido pelas Constituições Federal de 1946 e Estadual de 1947, cumpre-se o ato impugnado*" (folhas 136), e sugerindo a remessa do processo à Egrégia Presidência do Tribunal de Contas do Estado, para os devidos fins. Entrementes o expediente tramitou pelos serviços administrativos do Egrégio Tribunal de Justiça, até que, retornando por fim ao Tribunal de Contas, lá foi enviado à sua Auditoria, a qual, entendendo ter assim havido solicitação de revisão da negativa de registro de folhas 101, por parte do Senhor Governador do Estado, simplesmente manifestou-se pela manutenção daquela decisão denegatória (folhas 150-152 e 155-157).

9. Desde então, meados de 1971, o expediente ficou sem qualquer decisão, tramitando entre o Tribunal de Contas, o Tribunal de Justiça e até mesmo esta Casa, até que, em 11 de janeiro de 1979, requereu o interessado a sua reversão ao cargo em que foi aposentado, visto haver a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, revogado os Atos Institucionais e Complementares (artigo 3º), bem como simultaneamente a sua aposentadoria por tempo de serviço (folhas 172-177). O Colendo Conselho Superior de Magistratura, em 13 de março de 1979, opinou desfavoravelmente ao requerido, levando o interessado a solicitar a sustação de andamento e o arquivamento do expediente, o que lhe foi deferido (folhas 189-191).

10. Com a edição da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concede anistia e dá outras providências, voltou o interessado a peticionar, em 03 de setembro de 1979, com base no artigo 2º, item III, desse diploma legal, requerendo ao Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça que deferisse "*a manutenção do Requerente na condição jurídica de JUIZ DE DIREITO APOSENTADO, a direito, a partir da data da referida lei, ao recebimento de proventos integrais*", atualizando-se o que viria irregularmente percebendo e tomando-se como ponto de partida para a revisão de cálculo os vencimentos de desembargador à época de sua aposentadoria (folhas 195). Após tramitação, em 18 de setembro de 1979, o Senhor Governador do Estado baixou ato alterando, "*a partir de 22 de agosto de 1979, nos termos da Lei nº 6.683, da mesma data, os proventos de inatividade do Juiz de Direito de 4ª entrância, bacharel H.A.U., aposentado com proventos proporcionais com base no Ato Institucional de 09 de abril de 1964, para declarar que os mesmos são integrais, do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado*" (folhas 219).

11. Levado de novo ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado, lá se pronunciou a sua Auditoria no sentido de que ainda deveriam ser objeto de consideração e solução os motivos determinantes da negativa de registro, ocorrida em 1966, relativamente ao ato de folhas 78, nos seguintes termos:

"10. Não há que se ignorar que o ato de fls. 212 corporifica, desde a sua edição, os mesmos efeitos que, no entendimento deste Tribunal, deveria produzir a apostila original de fixação de proventos, desde o momento da aposentação, sob diversa fundamentação. Esse motivo, entretanto, não se presta para permitir a sua apreciação, divorciada dos precedentes processuais.

11. E esses precedentes, além do mais, informam da existência, por todo o tempo, de um ato administrativo que não se legitimou, o qual, por isso, não poderia subsistir. Entretanto, da inexecução do mesmo resultaria a injustiça da não percepção, pelo magistrado, ao menos, de parcela do todo que o Tribunal Pleno entendeu que lhe caberia na conformidade da lei." (folhas 229).

Concluíra dessarte a mesma Auditoria que seriam cabíveis ao Egrégio Tribunal de Contas as alternativas de, ou manter a decisão de negativa de registro do ato original de fixação de proventos e insistir na sua adequação às normas e princípios legais que entendeu aplicáveis, negando registro ao ato ora editado, esse de folhas 219, ou reformar aquela decisão de 1966, a folhas 85, e apreciar o novo ato de aposentadoria, para fins de registro, com as cautelas necessárias quanto à duvidosa aplicabilidade, na espécie, da Lei nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954.

12. Em face dessas considerações, resolveu o Egrégio Tribunal de Contas do Estado, em sessão de 11 de junho de 1980, encaminhar o processo em diligência à Secretaria da Justiça, onde, após manifestação pela manutenção do ato de folhas 219, sem qualquer alteração, foi solicitada a audiência desta Procuradoria-Geral do Estado. Os autos vieram, distribuí-

dos ao Conselho Superior desta Casa. Em apenso encontra-se expediente administrativo (processo nº 14.938/64-TC), no qual era interessado o Procurador do Estado FLORIANO MAYA D'AVILA, e onde se debateu matéria análoga à presente, no que se refere à fixação de proventos de aposentadoria.

É o relatório.

13. O Ato Institucional de 09 de abril de 1964, em seu artigo 7º, § 1º, mercê de sua reconhecida excepcionalidade, desnaturou em punitiva a natureza própria de tradicionais figuras do direito estatutário, motivando a que alhures se escrevesse:

"Não há dúvidas quanto a serem de natureza punitiva as figuras postas no dispositivo acima referido, vale dizer, a demissão, a dispensa, e, com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço, a disponibilidade, a aposentadoria, a transferência para a reserva e a reforma. Tanto já foi reconhecido mais vezes nesta Casa, através dos Pareceres nº 3, de 10 de maio de 1965, e nº 18, de 12 de dezembro de 1966, ambos da brilhantíssima lavra do então Consultor-Geral do Estado, Doutor JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, e até mesmo através de parecer do Consultor Jurídico signatário, sob nº 271/GAJ, de 15 de junho de 1967. O caráter punitivo dessas figuras, além do desconhecimento das garantias da vitaliciedade e da estabilidade por suspensas, se exaure, no entanto, no afastamento, relativamente aos atingidos, do serviço público ativo, seja pela perda do cargo, função ou emprego, através da demissão ou dispensa, seja pela inativação, com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço, através da colocação em disponibilidade, da aposentadoria, da transferência para a reserva e da reforma. A grandeza das sanções impostas foi medida pela outra finalidade colimada pelo artigo 7º e seus parágrafos do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, essa de livrar os aparelhos administrativos federal, estadual e municipal, dos servidores considerados prejudiciais à segurança do país, ao regime democrático e à probidade da administração pública (Parecer nº 3.605, de 22 de junho de 1977. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, 10 (26): 137-150, 1980).

14. Dessarte havendo sido considerada punição a aposentadoria, certamente pode ela ser alcançada pela anistia, enquanto oblição, na medida em que a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal, com sinais contrários. *"Quem faz a lei é que anistia. A simetria é forçada"* (PONTES DE MIRANDA, F.C. Comentários à Constituição de 1946, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1960, v. I, pág. 427). Por isso mesmo, além da típica anistia concedida a quantos cometerem crimes políticos ou conexos com estes, e ainda crimes eleitorais, a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, determinou a reanquirição dos direitos políticos suspensos e também, no que mais aqui interessa, determinada reparação *"aos servidores da Administração Direta e Indireta, ou Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares"* (artigo 1º).

15. Essa reparação, a teor da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, caracterizou-se primeiramente pelo retorno ou reversão ao serviço ativo dos servidores civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, o que bem robor a tese, acima exposta, de que o caráter punitivo dessas figuras estatutárias exatamente se limitou ao afastamento, relativamente aos servidores atingidos, da atividade funcional no serviço público. Em segundo lugar, como alternativa, na hipótese em que o servidor beneficiado não queira o retorno ou reversão à atividade, e nesse sentido se manifestar, expressamente ou, de modo tácito, por omissão quanto a requerimento no prazo legal (artigos 2º e 4º), a reparação estará em ser considerado aposentado, transferido para a reserva ou reformado, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão. Essa mesma solução será aplicada também, não mais como alternativa, mas do modo compulsório, aos que tiverem os seus requerimentos de retorno ou reversão indeferidos.

16. Assim sendo, os atos de demissão ou dispensa, e de colocação em disponibilidade, aposentadoria, transferência para a reserva ou reforma, editados com base nos Atos Institucionais e Complementares, in casu especialmente no artigo 7º, § 1º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, são desconstituídos, tornados insubsistentes pela substituição de seu fundamento jurídico, de natureza punitiva, por esse decorrente da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, ao conceder anistia. Tanto significa que, especificamente quanto às aposentadorias, colocações em disponibilidade, transferências para a reserva ou reformas, calçadas nos Atos Institucionais e Complementares, com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço até então havido, não se trata apenas de quantitativamente acrescentar-lhes o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos de inatividade ou da pensão. Sem mais do que isso, carece de ser alterado qualitativamente o título jurídico de emissão desses atos de inativação sempre em referência, para que os mesmos sejam tão-só colocados sob a égide da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, sem qualquer outra remissão às leis de exceção pretéritas, inclusive já revogadas pelo artigo 3º da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. Quer me parecer que a lição do mestre PONTES DE MIRANDA, comentando o artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente a Constituição de 1946, encontra aqui cabal aplicação:

"Nos casos do artigo 28, todas as consequências dos crimes ou faltas e das penas estão apagadas, definitiva e totalmente, desde o momento em que o crime ou a falta, por definição da anistia, deixaram de ser, ex tunc, crime e falta. Não importa distinguirem-se das consequências relativas à liberdade física as consequências relativas a cargos e proventos materiais" (Id., op. cit. vol. VII, p. 56).

17. A consequência imediata, *permissa venia* da manifestação contraditória oriunda da douta Auditoria do Egrégio Tribunal de Contas do Estado, é a de que está absolutamente prejudicada a questão atinente a negativa de registro do ato de aposentação de folhas 78, integralmente substituído, para todos os efeitos de direito, por esse novo ato de folhas 219. O ato de inativação de 1964, cujo registro se negou, foi agora desconstituído e tor-

nado insubsistente, por haver perdido a sua fundamentação legal de natureza punitiva, e no seu lugar nasceu novo ato de aposentadoria, esse de folhas 219, com diversa titulação jurídica, decorrente tão-só da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Assim sendo, não cabe mais perquirir, mesmo como precedente processual, da concessão ou negação de registro ao ato de folhas 78, cuja base legal ficou expressamente revogada pelo artigo 3º da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, e cujos efeitos, embora então ressalvados no mesmo dispositivo, na presente espécie foram igualmente desconstituídos, com a edição da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Resta ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado, portanto, somente a tarefa de apreciar, para fins de registro, a legalidade do ato de aposentadoria do aqui requerente e interessado, com base no artigo 72, § 7º, da Constituição Emendada de 1969, tal como conformado no ato de folhas 219 deste expediente administrativo. Nesse mesmo sentido de novo PONTES DE MIRANDA, quando escreve que a anistia "*volve a um ponto, — não percorre a partir dele, um caminho que poderia ter sido percorrido e não o foi*" (Id. op. cit. v. I, p. 432).

Como decorrência disso, deverá o ato de folhas 219 ser previamente alterado, antes do seu envio à Egrégia Corte de Contas, no sentido de ser redigido como ato de concessão de aposentadoria ex novo (e não como ato de revisão de aposentadoria já anteriormente concedida), e dessa vez com base tão só na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, expungidas absolutamente de seu teor quaisquer referências ao Ato Institucional de 09 de abril de 1964.

18. Restaria como questão irresoluta, segundo a Auditoria do Egrégio Tribunal de Contas, a alegada "*injustiça da não percepção, pelo magistrado, ao menos, de parcela do todo que o Tribunal Pleno entendeu que lhe caberia na conformidade da lei*" (folhas 229). Essa parcela seria representada exatamente pelas vantagens, decorrentes das Leis Federais nº 288, de 8 de junho de 1948, e nº 1.156, de 12 de junho de 1950, e da Lei Estadual nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954, que o interessado, em 1964, requereu fossem consideradas quando da fixação de seus proventos de aposentadoria. Vale dizer, pleiteou o requerente, no que obteve sempre o pleno assentimento da Egrégia Corte de Contas, o direito ao pagamento, na inativação, de vencimentos integrais correspondentes ao posto imediato da carreira, esse de Desembargador, computados em dobro o tempo de serviço prestado em Zona de Guerra e o de serviço militar obrigatório.

Contra essa pretensão sua se manifestaram os Senhores Secretários do Interior e Justiça, que intervieram no processo, e inclusive esta Casa, através dos Pareceres nº 18, de 12 de dezembro de 1966, e nº 22, de 20 de setembro de 1968, da lavra dos Consultores-Gerais do Estado então titulares da função. Embora o peso desses respeitáveis entendimentos, ainda assim quer parecer que a orientação preconizada então pelo Egrégio Tribunal de Contas, em 1966, apoiado nos pareceres de sua Auditoria e do Procurador do Estado junto a mesma Corte, ao conceder ao magistrado em causa as vantagens solicitadas, guarda a mais absoluta correção jurídica.

19. Ocorre que "*toda época de recente codificação é idolatra da lei*" (MACHADO NETO, A. L. O Problema da Ciência do Direito. Salvador, Livraria Progresso Editora, 1958,

p. 37), quando "*a ciência do Direito fica, então, reduzida a mera tarefa de glosadores e exegetas*" (Ibid.). Os eminentes juristas que se manifestaram então contra as pretensões do requerente, ademais da situação política de turbulência, estavam confrontados com a solução de continuidade havida na ordem jurídica, e com a correspondente irrupção constituinte representada pelos Atos Institucionais, em decorrência do fato de haver movimento militar vitorioso, "*que edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória*" (Ato Institucional de 09 de abril de 1964, Preâmbulo). Ora, tal conjunto de fatores limitou o seu esforço interpretativo da normação excepcional, então ex novo emergente do exercício constituinte, a uma típica postura metodológica de exegetismo, de caráter substancialmente empírico-positivista. Vale dizer, privilegiou-se a mera exegese dos textos legais, com vistas à descoberta da intenção do legislador, sem atentar para a natureza excepcionalíssima daquela legislação, e muito menos para considerações, ou de ordem teleológica, ou de ordem sistemática, ao nível de compatibilização com a Constituição Federal, então expressamente mantida (Ato Institucional de 09 de abril de 1964, artigo 1º), e com a demais legislação ordinária vigente. É bem ilustrativo, a esse respeito, o que escrevem os mestres argentinos AFTALION, OLAVO e VILANOVA, ao fazerem o exame crítico da Escola de Exegese, tal como se desenvolveu na França, a partir e mesmo motivada pela edição do Código de Napoleão, em 1804, verbis:

"Pese a todas las críticas y a su formal derrota en el terreno científico, la postura exegetica renace con una vitalidad notable toda vez que los juristas se encuentran en una situación semejante a la que constituyó el punto de partida de la escuela: una ley recientemente promulgada por el Estado. Es que, como ocurrió a la escuela de la exégesis, el dogma positivista, en su más estrecha fórmula de estatismo y legalismo, es todavía un supuesto mental corriente entre los hombres de derecho. La escuela de la exégesis tiene aún hoy una influencia muy grande, mucho mayor de lo explícitamente confesado, especialmente en el campo del derecho civil." (AFTALION, Enrique R.; OLAVO, Fernando García; VILANOVA, José. Introducción al Derecho, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 878).

20. Assim sendo, é natural que a interpretação limitativa e assistemática, por exegetista, de normas por sua vez excepcionais, levasse à potencialização de suas disposições restritivas de direito ou de características penalizadoras. No entanto, conforme já se escreveu antes, no Parecer nº 3.605, de 22 de junho de 1977, inclusive acima transcrito, no item 13 deste trabalho, poderá não mais haver dúvida quanto à natureza punitiva da aposentadoria prevista no artigo 7º, § 1º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964. Mas o caráter punitivo dessa nova espécie de inativação compulsória, para funcionários públicos em geral e também magistrados, que se veio conumerar a essas por invalidez comprovada e por limite etário (Constituição Federal de 1946, artigos 95, § 1º, e 191; Constituição Emendada de 1969, artigos 101, incisos I e II, e 112, § 2º), residia exatamente na sua compulsoriedade, e por isso se exauria no afastamento do serviço público ativo de quantos fossem atingidos por essa sanção.

21. Portanto, ocorreria exacerbação da punição pela contida negar-se ao servidor dessarte compulsoriamente aposentado vantagens previstas na legislação constitucional ou ordi-

nária, vigente à época de sua aposentadoria, as quais já houvessem sido de qualquer modo adquiridas. Esse o sentido da Súmula nº 353 da Jurisprudência Predominante no Supremo Tribunal, como cristalização máxima de construção jurisprudencial mansa e pacífica nos pretórios nacionais, a qual também aqui encontra cabal aplicação. Afinal, ao tempo em que o aqui interessado foi afastado do serviço público ativo, por via de inativação forçada de natureza punitiva, estava em vigor a Lei Estadual nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954, a qual tanto concedia, na aposentadoria, a promoção ao posto imediato da carreira, quanto o direito a vencimentos e vantagens integrais, verbis:

"Art. 1º — Os oficiais e praças da Brigada Militar que serviram na zona de guerra, definida e delimitada pelo art. 1º do Decreto Federal nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942, terão direito, para fins de reforma ou transferência para a reserva, à contagem em dobro desse tempo de serviço, e serão, à data em que se inativarem, promovidos ao posto ou graduação imediatos, com direito a vencimentos e vantagens integrais.

§ 1º — O disposto neste artigo se aplica a todos os servidores públicos civis, inclusive policiais, ferroviários e autárquicos, que participaram de serviço ou operações de guerra."

22. Não eram diferentes as disposições da Lei nº 288, de 03 de junho de 1948, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 616, de 02 de fevereiro de 1949, garantindo ao oficial das Forças Armadas, e por extensão expressa aos funcionários públicos civis federais, estaduais, municipais, de entidades autárquicas ou de sociedades de economia mista, os quais tenham participado nas operações de guerra e de observações ali mencionadas, na hipótese de inativação, as vantagens da prévia promoção "ao posto imediato, com os respectivos vencimentos integrais" (artigos 1º e 5º). A Lei nº 1.156, de 12 de julho de 1950, apenas veio reforçar e dilatar a concessão dessa vantagem a militares e civis. Inequivocadamente incidiam todos esses diplomas, e mais a Lei Estadual nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954, acima transcrita em parte, sobre a situação funcional do aqui interessado, consoante prova mediante certidões pertinentes trazidas aos autos (folhas 36 e 37), quando de sua aposentadoria compulsória, forte no artigo 7º, § 1º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964. E nada autoriza dizer, nesse último texto legal, que a latitude da punição então aplicada abrangesse também a perda de direitos e vantagens decorrentes, ou do texto constitucional, ou da legislação ordinária. O teor e o sentido da disposição em referência é inequívoco, não sendo admissível a interpretação extensiva *ratione legis*, mormente quando se considera o caráter punitivo e excepcional da aposentação dessarte instituída. A esse respeito leia-se ENGISCH:

"Partindo-se da idéia de que uma interpretação que procura discutir o sentido literal claro e unívoco não pode propriamente chamar-se já interpretação, considera-se justamente esse sentido literal como aquele que é decisivo em primeira linha. Só quando o sentido literal seja ambíguo, subsidiariamente, portanto, podem ser chamados a intervir os outros métodos interpretativos. A chamada teoria da alusão (Andeutungstheorie) reduz, na verdade, a

importância do sentido literal, mas exige que este seja pelo menos respeitado como limite de interpretação: o sentido a obter através desta deve por qualquer forma ser ainda compatível com o teor literal da lei, ter por qualquer modo expressão na lei". (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p. 119).

Acresça-se a isso que o Ato Institucional de 09 de abril de 1964, enquanto institucionalização constituinte, representava também autolimitação de movimento revolucionário vitorioso: "A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe" (Ato Institucional de 09 de abril de 1964, Preâmbulo). Os lindes foram exatamente postos pela manutenção da Constituição Federal de 1946, com as modificações constantes do diploma normativo que então se editava (artigo 1º), em especial, no que aqui tange, pelo reconhecimento da garantia constitucional dos direitos adquiridos, a teor do artigo 141, § 3º, da Carta Magna à época vigente. O que permite repisar o que já antes se escreveu:

"16. Assim sendo, ao ficar estabelecido, no caput do artigo 7º, do Ato Institucional sempre em referência, que estavam suspensas, por seis meses, as garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade e estabilidade, foi correspectivamente reafirmada a vigência plena das demais garantias jurídicas, inclusive daquela posta no § 3º, do artigo 141, da Carta Magna de então: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em termos mais específicos, significa isso que o aplicador das punições, postas no § 1º do mesmo artigo 7º antes citado, continuava preso ao respeito aos direitos adquiridos e às situações jurídicas já constituídas, desde que não estivessem esses vinculados à vitaliciedade ou à estabilidade em cargo, emprego ou função, públicos e privados." (Parecer nº 3.605, de 22 de junho de 1977, Rev. PGE, nº 26, loc. cit.).

23. Parece assim indubitoso, seja pela compreensão hermenêutica, seja pela garantia constitucional aos direitos adquiridos, que o requerente faz jus ao que então solicitou em 1964, com base em prova documental suficiente. Mas sempre poderia ser levantado que o Ato Institucional de 09 de abril de 1964, em seu artigo 7º, § 1º, ao explicitamente se referir a "vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço", estaria excepcionando a garantia da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, inclusive na aposentadoria, por isso em qualquer hipótese decretada como vencimentos integrais (Constituição Federal de 1946, artigo 95, inciso III, e § 2º). Vale dizer, a inativação compulsória e dessarte punitiva, ali instituída, seria sempre com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço, mesmo que de juiz se tratasse.

Certo é, no entanto, que o artigo 7º, caput, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, de modo expreso somente suspendeu, por 6 (seis) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. Mantida a Constituição Federal de 1946 foi principalmente mantida, no que aqui tange, a irredutibilidade dos vencimentos dos juízes, inclusive na aposentadoria, que por essa razão se faz sempre com vencimentos integrais. O

que significa dizer que a aplicação aos magistrados de aposentadoria punitiva, prevista no artigo 7º, § 1º, sempre em referência deveria observar o disposto no artigo 95, § 2º, da Constituição Federal de 1946; aos demais servidores públicos, de outra parte, seriam calculados os vencimentos e vantagens com base na proporcionalidade ao tempo de serviço.

24. Não se desconhece por certo que a doutrina constitucionalista mais antiga vinculava a garantia de irredutibilidade de vencimentos dos magistrados a essas da vitaliciedade ou da inamovibilidade (cf. GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*, Rio, Forense, 1958, pág. 144). Nesse sentido é bem exemplificativo o Ministro PEDRO LESSA, quando afirma que *"nenhuma eficácia teria a vitaliciedade, se os vencimentos dos juízes pudessem de qualquer modo ser diminuídos"* (LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio, Livraria Francisco Alves, 1915, p. 30). Hoje, entretanto, depois do amadurecimento doutrinário, e principalmente jurisprudencial, quanto ao sentido desses conceitos constitucionais, esses se distinguiram como direitos constitucionais autônomos, que se bastem em si, mesmo quanto tornados isoladamente, mercê do seu elevadíssimo escopo protetivo da independência dos juízes. Sem embargo, no entanto, de que a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados permanecesse sendo vista como estreitamente relacionada com a sua vitaliciedade. Por isso PONTES DE MIRANDA, depois de afirmar que *"a vitaliciedade sem irredutibilidade de vencimentos seria garantia falha"* (Id. op. cit. V. III, p. 176), pois que *"aqui se tiraria parte do que ali se assegurou: a independência econômica, elemento de relevo, que muitos reputam o maior, da independência funcional"* (Ibid), conclui enfaticamente, comentando o artigo 95 da Constituição Federal de 1946, *verbis*:

"A independência do juiz constitui o conteúdo do artigo 95. As garantias do artigo 95 são direitos constitucionais, regras diretas e imediatas, e não simples garantias institucionais. O Poder Legislativo e os outros poderes não têm faculdade de interpretar e conceituar vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. São conceitos da Constituição". (Ibid, p. 179-180).

25. Admita-se, no entanto, que a disposição constante do artigo 7º, § 1º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, embora tolhida pelo direito constitucional da irredutibilidade dos vencimentos da magistratura, houvesse tão-só de ser compatibilizada com a regra do artigo 95, § 3º, da Constituição Federal de 1946, num típico concurso de diferentes preceitos legais, a serem objeto de integração razoável. Estar-se-ia dessarte confrontado com duas leituras dos textos legais, uma que privilegia o mandamento constitucional da aposentadoria com vencimentos integrais, e outra que permite, na hipótese dessa singular inativação compulsória, o cálculo de vencimentos e vantagens com proporcionalidade ao tempo de serviço.

26. Ora, em que pese o caráter excepcional do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, quer parecer que a interpretação proporcional será aquela que, na compatibilização entre o texto constitucional mantido e as disposições supervenientes, mais se amolde aos conteúdos da Carta Magna. Ou seja, procede-se a denominada *interpretação conforme à Constituição*, a qual hoje se faz cada vez mais, *"nos casos, mas só nos casos, em que o teor ver-*

bal não é unívoco, e, portanto, especialmente naqueles em que de antemão se consente uma interpretação mais restritiva e uma interpretação mais extensiva, procura decidir-se a favor daquele sentido da letra que conduza à compatibilidade da disposição legal interpretando com a Constituição e os seus princípios" (ENGISCH, Karl. op. cit., p. 120).

27. Sempre se poderia ainda argumentar, no entanto, que os dispositivos constantes dos Atos Institucionais também seria de hierarquia constitucional. A questão então se poria como a de uma aparente contradição entre preceitos legais dotados de igual vigor, ao nível do máximo escalão normativo: a garantia constitucional aos magistrados de vencimentos integrais na aposentadoria, em qualquer caso, e a inativação punitiva com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço. Estar-se-ia confrontado com um conflito entre cartas *"regras da Constituição, que são emanção de idéias fundamentais"* (Ibid. p. 266), no caso a garantia de independência funcional do juiz, com reflexo na aposentação com vencimentos integrais, e outras regras constitucionais escritas, como essa do artigo 7º, § 1º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964. Essa classe de conflitos constitui o que a moderna teoria jurídica denomina de problema das *normas da Constituição institucionais*, exatamente quando ocorre uma aparente contradição entre preceitos de máxima hierarquia normativa. Embora a complexidade das situações que assim se criam, e o aprofundamento da questão hermenêutica nesses casos, a solução é singelamente obtida pela aplicação, na maioria das vezes, das máximas da *lex superior* e da *lex specialis*, *"na medida em que se julgue poder distinguir, dentro do complexo global das regras constitucionais, normas de diferente força, fazendo-se então aplicação das regras da superioridade e da especialidade"* (Ibid, pág. 257).

28. Nesse caso, no entanto, a aparente contradição normativa melhor poderá ser resolvida pela consideração do caráter excepcionalíssimo dos Atos Institucionais, que não mais podem ser interpretados de acordo com a psicologia do legislador revolucionário dos idos de 1964, mas em conformidade com as valorações hoje dominantes, mormente quando já sobrevieram a expressa revogação dos Atos Institucionais e Complementares, no que contrariarem a Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, artigo 3º), e a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, concedendo anistia e dando outras providências. Atente-se, aliás, para a disposição do artigo 113, § 2º, da Constituição Emendada de 1969, a qual restabeleceu para os magistrados, em todos os casos, os vencimentos integrais na aposentadoria.

29. Ninguém porá em dúvida que os atos institucionais trazem consigo a tônica da excepcionalidade. O eminentíssimo mestre italiano EMILIO BETTI afirma que *"le norme eccezionali sono caratterizzate da una collisione con principi fondamentali dell'ordine giuridico di cui si tratta"* (BETTI, Emilio. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*. Milano, Dott. A. Giuppri Editore, 1971, § 24, p. 185), precisando em outro ponto que *"la qualifica di 'eccezionale' (anche ammessa l'estensione) è data alla legge che ha base (ratio iuris) in una situazione anormale di emergenza (cap. VI), sempre che tale situazione viva e persista"* (Ibid., § 8º, p. 121). Como princípios fundamentais que inspirariam a normalidade da ordem jurídica italiana, e que são também daqueles que presidem o nosso ordenamento, são referidos, entre outros, o da irretroatividade das leis, certamente afron-

tado pelas disposições punitivas dos Atos Institucionais, e esse da igualdade de todos os cidadãos diante da lei, no que concerne ao último princípio mencionado, BETTI assim se pronuncia:

"Un altro principio fondamentale del moderno stato di diritto è quello dell'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge. Hanno quindi carattere eccezionale le leggi statuenti una condizione d'inferiorità di particolari categorie di cittadini, anche quando comminano sanzioni giuridiche non penali. Tali le leggi di persecuzione emanate per ragioni razziali contro cittadini non ariani. Tali parimenti le leggi partigiane costituenti un epifenomeno della disfatta e una sopravvivenza della guerra civile, emanate contro i seguaci del partito soccombente o i funzionari del governo di fatto avversario poi rovesciato." (Ibid., p. 187).

30. Confrontados agora com a questão da interpretação que melhor compatibilize o artigo 95, § 3º, da Constituição Federal de 1946 (hoje o artigo 113, § 2º, da Constituição Emendada de 1969), com o disposto no artigo 7º, § 2º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, em aparente contradição com características até mesmo de inconstitucionalidade, como se apontou (item 27), parece até que as seguintes lições do Professor EMILIO BETTI foram escritas como resposta ao que aqui se interroga:

"Ora, per valutare tanto l'incompatibilità quanto l'incongruenza fra legge anteriore e legge posteriore, l'interprete deve mettersi non già dal punto di vista psicologico "storico" di un fittizio "legislatore" di allora (e così domandarsi come esse avrebbe risolto l'incompatibilità o l'incongruenza, se l'avesse prevista), ma dal punto di vista sistematico (e normativo) dell'ordine giuridico oggi in vigore, e quindi anche dal punto di vista della società contemporanea, nella quale le legge posteriore e la legge anteriore (in quanto compatibile con essa) sono destinate a svolgere insieme la loro funzione normativa." (Ibid., p. 120).

"La risposta a codesto interrogativo andava naturalmente esaminata, non rifacendosi alla psicologia del legislatore "eccezionale" di allora (che portava a marchiare di una "macula indelebilis" i sostenitori del caduto regime, e così a stabilire, in deroga al principio dell'eguaglianza, una categoria di cittadini distinta da tutti gli altri per la sua condizione d'inferiorità giuridica), bensì facendo capo alla valutazione dominante nella società di oggi, contemporanea all'interprete. Nel che consiste il procedimento ermeneutico designato da Leibniz come "legem probare": rationem legis veram reddere, non tantum scilicet cum sit lata, sed etiam cur sit tuenda ("Categ.", 27 seg., nt. 168"). (Ibid., p. 122).

Não é diversa a orientação preconizada por KARL LARENZ:

"Em confronto com outros critérios, tem em geral procedência o fim da lei reconhecidamente prosseguido pelo legislador. O juiz está vinculado, em

princípio, pelas valorações reconhecidamente feitas pelo legislador; não lhe é permitido propor-se um fim, que considera desejável, em lugar do fim querido ou preferido pelo legislador. É outro o caso, quando hoje o fim do legislador histórico, em consequência duma alteração das circunstâncias se tornou sem objeto, ou quando a sua observância contraria os valores fundamentais reconhecidos na ordem jurídica. Então a proposição jurídica em causa, na medida em que pode subsistir, deve ser interpretada em conformidade com os fundamentais valores e princípios da ordem jurídica atual, o que quer dizer, conforme critérios teleológicos objetivos" (LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 391-392).

31. Assim sendo, a conclusão é no sentido de que, na aparente contradição entre a garantia constitucional aos magistrados de vencimentos integrais na aposentadoria, em qualquer caso, e a inativação punitiva com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço, forte no Ato Institucional de 09 de abril de 1964, deve ser preferida a leitura conjunta desses textos legais que for mais adequada à atual situação de normalidade político-jurídica. Destarte será considerada mais razoável aquela interpretação, ou mesmo integração, que na compatibilização entre o texto constitucional então mantido e as disposições institucionais supervenientes, privilegie os mandamentos da Constituição, e restrinja a abrangência significativa da norma excepcional. Vale dizer, na presente espécie tanto se refletiria ao direito do requerente de receber as diferenças entre o que lhe foi efetivamente pago, e os vencimentos integrais correspondentes ao posto imediato da carreira, esse de Desembargador, desde a data de sua inativação, em 1964. O reconhecimento desse direito decorreria tão só da pretérita incidência do artigo 95, § 2º, da Constituição Federal de 1946, vigente à época de sua aposentadoria, em disposição hoje repetida pelo artigo 113, § 2º, da Carta Magna de 1969; nada teria a ver, portanto, com direitos "outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos", cuja geração como decorrência da anistia foi expressamente vedada pelo artigo 11 da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Quanto à prescrição das pretensões do interessado, trata-se de questão já enfrentada em anterior manifestação desta Casa, referida no item 13 acima, e ali resolvida no sentido de que "prescrição pressupõe jurisdição: os prazos prescricionais, relativos a direitos individuais vinculados a atos praticados com base nos Atos Institucionais e Complementares, somente terão curso quando for restabelecido, de modo pleno, o princípio constitucional básico da inafastabilidade do controle judicial, nos termos do § 4º, do artigo 153 da Constituição Emendada de 1969" (Parecer nº 3.605, de 22 de junho de 1977, loc. cit.).

32. Por fim, se ficou pendente o recurso ex-officio estabelecido pelas Constituições Federal de 1946 e Estadual de 1947, tanto se deveu exclusivamente ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado, a quem cabia essa iniciativa de modo tempestivo. É o que se depreende, se não da legislação estadual, omissa a respeito, ao menos da Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, a qual reorganiza o Tribunal de Contas da União, e da praxe aqui seguida de se observar supletivamente a legislação federal. Efetivamente, a referida Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, no seu artigo 56, § 2º, dispunha que

"no caso do registro sob-reserva, o Tribunal recorrerá ex-officio para o Congresso Nacional, mediante comunicação minuciosa à Câmara dos Deputados, dentro de dez dias úteis, se estiver funcionando o Congresso, ou se em férias o Parlamento, nos primeiros quinze dias úteis da sessão legislativa". De outra parte, o mesmo diploma legal, no artigo 42, inciso II, estabeleceu a competência do Tribunal de Contas, quanto à despesa, para "julgar da legalidade das concessões e do direito dos proventos das aposentadorias, reformas e pensões, dando-lhes registro nos casos de regularidade".

A disposição, aliás, não era nova, e já podia ser encontrada no Decreto-Lei nº 426, de 12 de maio de 1938, nos artigos 29 e 41, marcado o prazo de quinze dias para a comunicação do registro sob reserva à Câmara dos Deputados (cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. op. cit. vol. III, p. 62). Correta, por tudo isso, a manifestação desta Casa, através de seu Consultor Geral de então, doutor DANTE GABRIEL GUIMARAENS, no Parecer nº 22, de 20 de setembro de 1968, ao sugerir a remessa do presente expediente à Egrégia Presidência do Tribunal de Contas do Estado, para os devidos fins (folhas 139). E, ademais, então bem de acordo com orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a privativa competência recursal que a Constituição Federal de 1946, no seu artigo 77, inciso III, e §§ 1º (e, por extensão, também o § 3º), havia reservado ao Congresso Nacional, com exclusão de conhecimento pelo próprio Poder Judiciário (Revista Trimestral de Jurisprudência do S. T. F., 3/489). Omissas, atualmente, quanto a essa matéria, as legislações federal e estadual, a não ser quanto ao prazo para que o Congresso Nacional se pronuncie sobre impugnações de qualquer despesa, por ilegalidade (Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, artigo 37, § 1º; Lei Estadual nº 6.850, de 20 de dezembro de 1974).

33. De todo o exposto, concluo que:

a) A aposentadoria com base na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei da Anistia), substitui integralmente, inclusive quanto à titulação legal, os atos de inativação compulsória de natureza punitiva editados com base nos Atos Institucionais, para todos os efeitos de direito, e nomeadamente para esse do registro junto ao Tribunal de Contas do Estado, não podendo ser confundida com mera revisão de proventos por acréscimo de tempo de serviço;

b) Aos magistrados, mesmo aposentados com base nos Atos Institucionais, são devidos vencimentos integrais na aposentadoria, bem como todos os outros direitos e vantagens decorrentes, ou do texto constitucional, ou da legislação ordinária, os quais não se vinculem às garantias constitucionais excepcionalmente suspensas, no caso os benefícios instituídos pela Lei Estadual nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954 (Lei Praieira).

PORTO ALEGRE, 29 de maio de 1981.

DECLARAÇÃO DE VOTO

ALMIRO OO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Divergi quanto à fundamentação do erudito Parecer do Procurador do Estado, MA-NOEL ANDRÉ DA ROCHA, muito embora os efeitos práticos da solução nele alvitada sejam idênticos aos que derivam das premissas estabelecidas na linha de raciocínio que proponho.

2. O Egrégio Tribunal de Contas do Estado, em 1966, negou registro ao ato de aposentadoria do Dr. H.A.U. sob o fundamento de que não se reconhecia ao interessado o direito a perceber proventos integrais e o de acrescer a estes os benefícios da chamada "Lei Praieira". Ao tempo em que o Tribunal de Contas examinou o ato de aposentadoria vigorava a Constituição Estadual de 1947 que, no seu artigo 125, II, outorgava à Corte de Contas competência para "julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas, pensões e transferências para a reserva". Essa disposição tinha símile no artigo 77, III, da Constituição da República.

3. Qual o significado da competência dos Tribunais de Contas para julgar os atos de aposentadoria? Entendi, no Parecer nº 6.484, do Conselho do Serviço Público (D.O.E. de 22 de novembro de 1965) que os pronunciamentos do Tribunal de Contas tinham força vinculativa para a Administração, quando o Chefe do Executivo não ordenasse a despesa, dando então ensejo ao registro sob reserva e recurso "ex officio" para a Assembléia Legislativa, ou quando a Assembléia desse provimento ao recurso, tornando insubsistente o registro. Tal posição nada tinha de original. Harmonizava-se com os pronunciamentos doutrinários mais autorizados, que reconheciam eficácia administrativa às decisões do Tribunal de Contas (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1946", t. 3, p. 54) e com a orientação recomendada pela Consultoria-Geral da República, notadamente no Parecer nº 4.321, de 1966, em cuja ementa lê-se:

"Recusa de registro de aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União. Não tendo a Administração recorrido no prazo legal, só lhe resta dar cumprimento à decisão da Egrégia Corte de Contas."

4. A solução jurídica afinal aqui proposta liga-se, por um lado, com os princípios gerais já indicados, referentes à força vinculativa que têm para a Administração Pública as decisões do Tribunal de Contas e, por outro, à inércia dos órgãos públicos em tomar providências que lhes cabiam, a fim de que houvesse pronunciamento da Assembléia Legislativa do Estado, a respeito, ao ato de aposentadoria cujo registro foi negado pelo Tribunal de Contas. Parece-me, assim, indispensável, antes de mais nada, reconstituir a sinuosa tramitação burocrática do expediente, pelo menos nos seus pontos essenciais.

30 de maio de 1966 — O Tribunal de Contas do Estado comunica à Secretaria do Interior e Justiça ter negado registro ao ato de aposentadoria (fls. 85).

12 de dezembro de 1966 — O Senhor Consultor-Geral do Estado, Dr. JOSÉ NÉRI DA SILVA-VEIRA, exara o Parecer nº 18, cujas conclusões divergem frontalmente das consignadas

na decisão do Tribunal de Contas. Pelo Parecer nº 18, o Dr. H.A.U. não teria direito nem a proventos integrais nem os benefícios da Lei Praieira. No final daquele Parecer fazia-se a recomendação de que se aplicasse o disposto no artigo 125, § 3º, 2ª Parte, da Constituição do Estado, *"exercendo o Governador o poder que lhe decorre da disposição constitucional citada, procedendo-se, assim, o registro sob reserva dos atos em referência pelo Tribunal de Contas"* (fls. 109).

13 de dezembro de 1966 — O Senhor Governador do Estado apõe este despacho no Parecer nº 18 do Senhor Consultor-Geral: *"Aprovo o presente Parecer, procedendo-se nos termos da sugestão constante na parte final do parecer"* (fls. 96).

Dezembro de 1966 (sem data) — O Senhor Diretor-Geral da Secretaria do Interior e Justiça, em lugar de encaminhar o expediente ao Tribunal de Contas, o envia ao Senhor Diretor-Geral do Tribunal de Justiça.

14 de dezembro de 1966 — É lavrada, no Tribunal de Justiça, a Apostila nº 182/66, pela qual eram elevados os proventos de aposentadoria do Dr. H.A.U.

25 de abril de 1967 — O Senhor Diretor-Geral do Tribunal de Justiça encaminha o expediente ao Tribunal de Contas.

10 de agosto de 1967 — O expediente é devolvido, a pedido, ao Senhor Diretor-Geral do Tribunal de Justiça pelo Diretor da Diretoria dos Serviços Administrativos do Tribunal de Contas. São feitos novos cálculos.

4 de setembro de 1967 — O Diário Oficial do Estado publica a Apostila nº 156/67, alterando os proventos do Dr. H.A.U. (fls. 126).

27 de setembro de 1967 — O expediente é encaminhado ao Tribunal de Contas, *"para os devidos fins"*.

11 de junho de 1968 — O expediente é devolvido ao Senhor Diretor-Geral do Tribunal de Justiça, *"em atendimento ao contido no Of. nº 425/68 DG"*, pelo Diretor-Geral do Tribunal de Contas.

17 de junho de 1968 — Pela Apostila nº 93/68, do Tribunal de Justiça são elevados os proventos do Dr. H.A.U. . . (fls. 126).

22 de julho de 1968 — O Sr. H.A.U., lembrando que não foram realizados os atos subseqüentes ao despacho do Senhor Governador do Estado, de 13 de dezembro de 1966, de modo a que se efetivasse o registro sob reserva e se desse ensejo ao recurso *"ex officio"* para a Assembléia Legislativa do Estado, requer o cumprimento imediato da decisão do Tribunal de Contas.

18 de agosto de 1968 — O Expediente é remetido à Consultoria-Geral do Estado, para examinar o requerido pelo Dr. H.A.U.

20 de setembro de 1968 — Parecer nº 22 do Senhor Consultor-Geral do Estado, que assim concluía: *"Não se tendo esgotada a instância de fiscalização, não tem sentido afirmar a obrigação que tem o Poder Executivo de cumprir o ordenado pelo Tribunal de Contas"* (fls. 166). A decisão deste, *sub censura que se acha, é, ainda, inexecutável. Sou, por isso, pela remessa do Processo à Presidência do Egrégio Tribunal de Contas, para os devidos fins"* (fls. 139).

23 de setembro de 1968 — No ofício de encaminhamento do Parecer nº 22/68, o Senhor Consultor-Geral do Estado afirmava: *"entendi caber à Chefia do Poder Executivo insistir no cumprimento da decisão, para que o feito administrativo seja submetido à ordem de tramitação que lhe foi imprimida"* (fls. 141).

21 de outubro de 1970 — O Senhor Diretor-Geral do Tribunal de Contas envia o expediente ao Plenário daquele órgão.

27 de outubro de 1970 — O plenário resolveu encaminhar o processo à Auditoria, para exame, e, após, à Procuradoria (fls. 149).

23 de agosto de 1971 — Parecer da Auditoria do Tribunal de Contas no qual se afirma, entre outras coisas, que os preceitos constitucionais então vigentes não mais se referiam ao registro sob reserva. Tanto a Constituição Federal (artigo 72, § 7º) quanto a Estadual (artigo 53, § 3º), dispunham que o Chefe do Poder Executivo poderia determinar a execução do ato, *"ad referendum"* do Poder Legislativo. Assim, a solicitação feita pelos órgãos do Executivo poderia ser interpretada:

(a) como pedido de revisão da decisão anterior do Tribunal de Contas, que julgara ilegal a aposentadoria e, por isso, negara registro ao ato:

(b) como determinação de execução do ato, *"ad referendum"* da Assembléia Legislativa. Caberia, ainda, de acordo com o Parecer da Auditoria, uma terceira hipótese, qual seja a de o Tribunal de Contas fixar prazo ao Executivo para o exato cumprimento da Lei. Este parecer, contudo, não chegou a ser examinado pelo plenário.

14 de dezembro de 1971 — Ofício da Direção do Tribunal de Justiça solicitando a devolução do expediente.

8 de janeiro de 1973 — Ofício do Diretor-Geral do Tribunal de Contas encaminhando o expediente ao Tribunal de Justiça.

7 de junho de 1974 — Ofício do Consultor-Geral do Estado solicitando entrega, em carga do expediente.

2 de dezembro de 1975 — O Dr. H.A.U. requer vista do processo.

10 de janeiro de 1979 — O Dr. H.A.U. requer reversão.

13 de março de 1979 — O Conselho Superior da Magistratura opina desfavoravelmente ao pedido de reversão.

3 de setembro de 1979 — O Dr. H.A.U. pede lhe seja aplicada a Lei da Anistia, para efeito de revisão de seus proventos.

18 de setembro de 1979 — Ato do Senhor Governador do Estado alterando os proventos do Dr. H.A.U., para considerá-los íntegrais, nos termos das Leis nºs 6.683/79, 2.558 e 7.257/79 (fls. 212).

28 de dezembro de 1979 — Informação do Revisor de Controle Externo do Tribunal de Contas.

9 de maio de 1980 — Parecer da Auditoria do Tribunal de Contas, no qual se conclui que resta àquele Tribunal:

(a) manter a decisão negativa de registro do ato original de fixação de proventos e insistir na sua adequação às normas e princípios legais que, na mesma, entendeu aplicáveis, negando registro ao ato ora editado; ou

(b) reformar aquela decisão e apreciar o ato de fls. 212. Advertia, ainda, de que caso viesse a ser preferida a segunda alternativa, haveria sérias dúvidas quanto à aplicabilidade da Lei nº 2.558/54 (fls. 229).

10 de junho de 1980 — O Senhor Procurador Substituto, junto ao Tribunal de Contas opina no sentido que o expediente retorne à Secretaria da Justiça, para reexaminar a matéria, em face do alegado no Parecer da Auditoria do Tribunal de Contas.

10 de julho de 1980 — O Tribunal de Contas, em sessão plenária, deliberou encaminhar o processo em diligência à origem.

23 de julho de 1980 — É solicitado pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado.

5. Tira-se desses dados que, negado registro ao ato de aposentadoria, não se efetivou o registro sob reserva nem o recurso "ex officio" à Assembléia Legislativa do Estado, o que, a rigor, incumbiria ao próprio Tribunal de Contas, em face do despacho de 13 de dezembro do Senhor Governador do Estado.

Ocorre, porém, que, modificadas em 1967 as normas constitucionais pertinentes ao Tribunal de Contas, nenhuma providência tomou o Executivo no sentido de que o ato fosse apreciado pelo Poder Legislativo, como determinava o artigo 53, § 3º, da Constituição do Estado.

Na verdade, havendo o Tribunal de Contas negado registro ao ato de aposentadoria, cabia ao Executivo ou, desde logo, acatar a decisão do Tribunal de Contas (C.E., artigo 53, letra a) ou ordenar a execução do ato, "ad referendum" da Assembléia, já que a sustação da medida pelo Tribunal de Contas seria, no caso, ilógica e incoerente, uma vez que implicaria agravamento do sacrifício do servidor, que o próprio Tribunal de Contas cuidará de evitar, ao julgar ilegal a aposentadoria.

Aliás, neste particular, a Emenda nº 7, de 1977, ao alterar a redação do § 8º do artigo 72 da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Estados, a teor do disposto no artigo 13, item IV, daquela mesma Constituição, tornou mais explícito o procedimento a ser adotado pelo Chefe do Executivo, nas hipóteses de negativa de registrar atos de aposentadoria, ao declarar:

"O Presidente da República poderá ordenar a execução ou o registro dos atos a que se referem o parágrafo anterior e a alínea "b" do § 5º, "ad referendum" do Congresso Nacional."

É indubitoso, portanto, que ao Chefe do Executivo é que caberia suscitar o pronunciamento da Assembléia Legislativa, senão desde a data da vigência da Constituição de 1967, pelo menos desde a Emenda nº 7, de 1977.

Nenhuma providência foi tomada nesse sentido. E, embora, não haja a Constituição fixado prazo para isso, parece-me que o transcurso de 14 anos ou de 4 anos, conforme se considere a data em que começou a vigor a Constituição de 1967 ou a Emenda nº 7 de 77, é lapso de tempo mais do que suficiente para inferir-se que o Chefe do Executivo estadual desinteressou-se em submeter à ordem de registro, exarada aos 13 de dezembro de 1966, ao referendo da Assembléia Legislativa estadual.

Sendo assim, creio não caber à Administração outra opção senão a de *cumprir* a decisão do Tribunal de Contas, de 30 de maio de 1966, alterando-se os proventos da aposentadoria em conformidade com a legislação posterior, especialmente em razão de incidência da Lei da Anistia, tudo em conformidade com a primeira alternativa, sugerida no Parecer da Auditoria do Tribunal de Contas (fls. 229).

Considero esta a forma mais simples de solucionar juridicamente o problema proposto, pondo termo, ao mesmo tempo, ao longo pesadelo burocrático a que foi submetido o interessado.

PORTO ALEGRE, 29 de maio de 1981.

CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE

NEY SÁ

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

PARECER Nº 4.712

PARLAMENTAR

CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE.

No período de transição, entre a extinção das antigas agremiações partidárias e a organização definitiva dos novos partidos, os suplentes devem ser convocados com observância da prevalência dos votos obtidos com base no bipartidarismo, imperante por ocasião do pleito eleitoral.

O SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES DE SÃO BORJA consulta sobre como devem proceder os Legislativos na substituição de seus membros, quando os titulares se licenciam e devam ser convocados suplentes. Segundo informa, não há uniformidade de opiniões a respeito e, por isso, postula uma manifestação desta Procuradoria-Geral a fim de que fique esclarecido se devem ser convocados os suplentes que pertençam ao Partido de origem do substituído ou se o suplente com maior número de votos, ainda que não pertencente ao mesmo bloco do licenciado.

De registrar, desde logo, que a matéria já tem sido objeto de consultas ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral que, entretanto, não as tem conhecido, por entender não se tratar de matéria de natureza eleitoral e, assim, fugir à sua competência (artigo 30, inciso VIII, do Código Eleitoral).

É o relatório.

A Lei nº 6.767, de 20 de dezembro de 1979, que alterou dispositivos da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971), determinou, no seu artigo 2º, a extinção dos partidos então existentes, levando o Tribunal Superior Eleitoral a cancelar os registros da Aliança Renovadora Nacional e do Movimento Democrático Brasileiro, de ofício, como determinado no parágrafo único desse mesmo dispositivo.

Como norma de direito transitório, essa mesma Lei nº 6.767 estabeleceu, no seu artigo 3º, que *"durante a presente legislatura e até o registro e funcionamento dos partidos, os parlamentares reunir-se-ão em blocos, sobre cuja organização e atividade disporão, através de ato próprio, as Mesas do Senado Federal, da Câmara de Deputados, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais"*.

Pelo parágrafo único desse mesmo artigo 3º, "os blocos de que trata esse artigo serão constituídos dos filiados a um mesmo partido em organização, vedado ao parlamentar transferir-se para outro bloco".

Diante disso, à primeira vista pode parecer que, se o bloco substituiu o partido na vida e na ação do parlamento, se deva concluir que a convocação de suplentes se fará pela ordem de votação dentro do bloco, isto é, dever-se-á chamar para exercer a substituição aquele que, considerados os votos recebidos no último pleito, é o mais votado dentre os que compõem o bloco, independentemente da sua anterior filiação a um dos extintos partidos.

Mais explicitamente, diante desse posicionamento, dever-se-ia entender que não poderia ser convocado para exercer o mandato em substituição ao parlamentar licenciado o suplente que não pertencesse ao mesmo bloco deste, ainda que a sua votação fosse superior à daquele que, pertencendo ao bloco em que se deu a vaga, é o mais votado.

Tal solução resguardaria, em verdade, a composição das Casas Legislativas, evitando que o licenciamento de um parlamentar viesse a dar causa ao chamamento de um suplente que, diante da pluralidade de partidos hoje existente, estivesse filiado a outro agrupamento político ou, mesmo, viesse a se definir por um outro bloco, neste período de transição.

Tal solução, todavia, parece não ser a melhor porquanto impediria a convocação de suplentes que ainda não tivessem se definido pela adoção de uma das agremiações partidárias em organização, além de desatender a hipótese de licenciamento de parlamentar filiado a um partido a que não tivesse se filiado nenhum dos suplentes existentes. Ficaria, igualmente, sem solução o caso de que o licenciado ainda não se tivesse definido por nenhum dos blocos constituídos no Parlamento, caso em que permaneceria indefinida a filiação do suplente a ser convocado.

Parece, por isto, que a melhor solução, capaz de resolver qualquer hipótese, é a de outra alternativa, isto é, promover-se a convocação de suplente tal como se faria se não tivesse havido a extinção dos antigos partidos políticos, observando-se a prevalência dos votos obtidos com base no bipartidarismo, existente por ocasião das últimas eleições.

Nesse sentido, de resto, tem sido a orientação do nosso Tribunal de Justiça, como decorre do acórdão proferido pela E. 3ª Câmara Cível na Apelação nº 36.369, em que foi Relator o ilustre Des. GERVÁSIO BARCELLOS, cuja ementa é a seguinte:

"Mandado de Segurança.

Substituição de Vereador.

Não tendo ainda se estruturado os diferentes partidos, consequência da adoção do pluripartidarismo, a convocação dos Suplentes de Vereadores deve

fundar-se na prevalência dos votos obtidos com base no bipartidarismo, imperante por ocasião da consulta popular, pelo que convocação de Suplente com base na opção partidária do Vereador, substituído constitui-se em violação a direito líquido e certo do candidato mais votado pelo sistema anterior.

Apelos desprovidos."

Do voto do Relator são estas palavras esclarecedoras que convém reproduzir:

"A titularidade partidária do Vereador, detentor da representação popular de que foi investido por eleições proporcionais no caso estava jungida ao sistema do bipartidarismo e não ao do pluripartidarismo imposto por lei nova, pelo que assunção por este ou aquele de uma nova facção partidária ainda em vias de formação, até porque nem formalizadas juridicamente, não poderia afetar o sistema da substituição dos membros da Câmara de Vereadores.

Aliás a própria Lei nº 6.767, em seu artigo 4º é expressa no sentido de que: "O suplente de senador, deputado federal, deputado estadual ou vereador, se convocado para assumir o mandato, exercê-lo-á sob a legenda do partido a que se filiou".

A possível alteração da composição partidária da Câmara por efeito dessa convocação é irrelevante, por isso que, como frisado, nem mesmo registrados ainda se acham os partidos em sua totalidade e nem em funcionamento regular, que possibilitasse uma fixidez da composição do legislativo municipal.

Se a consulta popular, expressa no prélio eleitoral não discriminará as agremiações partidárias, na base do pluripartidarismo, tendo-se os candidatos apresentado por distinção partidária fundada em bipartidarismo, este critério é que deverá prevalecer, pelo menos enquanto não regulada por lei a forma de substituição partidária nas Câmaras de Vereadores.

A delegação de poderes, atribuída pelo artigo 3º da Lei nº 6.767 aos órgãos legislativos para a organização e atividade dos blocos partidários aos novos moldes não poderá incluir providências que subtraíam aos representantes do povo eleitos de exercerem os mandatos na ordem de votação e da grei partidária pela qual foram originalmente eleitos."

No mesmo sentido, foi a orientação da E. 4ª Câmara Cível, também do nosso Tribunal de Justiça, ao se manifestar no Reexame Necessário nº 36.205, emanado de Rio Grande, e de que foi relator o ilustre Des. BONORINO BUTTELLI, com esta ementa:

"Suplente de vereador. Decretada a extinção dos partidos até então existentes, os detentores de mandatos com eles permaneceram, respeitando-se as legendas originárias, de vez que aquela extinção obedeceu ao disposto na lei orgânica vigente. Quando a lei refere a filiação não quer ir além da adesão ou manifestação pela formação de um partido e, assim, não altera a sua origem eleitoral. Direito líquido e certo à convocação de suplente da mesma legenda do partido extinto pelo qual foi eleito o vereador afastado do exercício do mandato."

Desse acórdão merecem destaque as palavras a seguir, colhidas no voto do Relator, que constituem excerto da sentença de primeira instância:

"(...) inexistindo personalidades jurídicas novas a que se pudessem filiar e visando exatamente a composição posterior, bem como a representação temporária e momentânea de ideais e posicionamentos políticos, restaram os parlamentares reunidos em blocos constituídos dos filiados a um mesmo partido em organização. Esta norma (artigo 3º e parágrafo único, da Lei nº 6.767), obviamente, não pode ferir o estatuído na legislação orgânica, a ponto de cassar o resultado obtido em eleição regular e, ainda mais, não pode reconhecer filiação a partido em organização, posto que inexistente. Entendo, s. m. j., que quando se refere a Lei à filiação, não quer ir além da adesão ou da manifestação de um parlamentar pela formação de um partido e, assim sendo, não altera a sua origem eleitoral. Conseqüentemente, a norma do artigo 4º, da referida Lei, significa que o suplente convocado exercerá o mandato sob a legenda a que aderiu ou em favor da qual se manifestou, em termos de bloco, mas mantendo o seu mandato em razão do partido que lhe proporcionou a eleição. Entender-se diferente seria atribuir ao Partido em formação força eleitoral, reconhecer-se personalidade jurídica a um ente inexistente e que não se sabe, até mesmo, se formará definitivamente com o registro. Seria, até mais, frustrar-se a eleição realizada com validade e o voto popular. Dever-se-ia saber, forçosamente, para dar à lei esta interpretação, a que partido em formação, ou a que bloco parlamentar, adeririam os eleitores, para que se pudesse manter o desejo expresso através da maioria de votos."

Esta orientação também foi adotada pela Câmara dos Deputados onde pelo Ato da Mesa nº 40, de 1980, artigo 7º, ficou estabelecido:

"Art. 7º — Ocorrendo vaga ou licença, será convocado o suplente da mesma legenda a que pertencia o titular."

Sem dúvida a matéria deveria ter sido objeto de texto de lei mais claro, o que evitaria as perplexidades a que faz referência a consulta. O silêncio do legislador, entretanto, pode ser suprido com a observância do posicionamento adotado pelo nosso Tribunal de Justiça, acolhido pela Câmara dos Deputados, como visto, e que parece melhor atender às várias hipóteses ocorrentes.

Este é o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 26 de junho de 1981.

REMUNERAÇÃO EM CASO DE ACUMULAÇÃO DE CARGO COM MANDATO ELETIVO

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

PARECER Nº 4.370

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL.

Desempenho de função eletiva.

Opção entre os vencimentos do cargo e os subsídios referentes à titularidade e ao desempenho do mandato eletivo.

Subsídio. Parte fixa e parte variável. Natureza jurídica.

Vem a exame desta Procuradoria-Geral do Estado, expediente oriundo da SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E LEGISLATIVOS DA CASA CIVIL DO GABINETE DO GOVERNADOR, que solicita análise específica sobre a extensão e o conteúdo jurídico da opção de vencimentos efetivada por funcionários públicos estaduais no desempenho de mandato eletivo estadual, uma vez que o Parecer nº 3.369/79, emitido por esta Procuradoria-Geral e mencionado na proposição da Casa Civil, se refere a situação de servidor público no desempenho de mandato eletivo municipal.

É o relatório.

Antes de abordar a questão jurídica expressa no expediente, cumpre ressaltar as regras que coordenam a espécie dentro do ordenamento jurídico constitucional presente na República e que se dirigem ao disciplinamento do mandato eletivo e ao exercício de funções e cargos públicos.

A Constituição Federal — com a nova redação dada ao seu artigo 104, através das Emendas nºs 6 e 10, respectivamente de 4 de junho de 1976 e 14 de novembro de 1977 — determina que o servidor público que mantém relação jurídica com a União, Estado ou Município, terá o exercício de seu mandato eletivo disciplinado pelas normas constantes desse artigo, pretendendo não só definir, com uniformidade para toda a Federação, regras de comportamento ético-funcional para os servidores públicos, mas também propiciar o exercício e o desempenho do mandato eletivo com independência e segurança.

Para maior clareza, se reproduz expressamente o referido dispositivo constitucional:

"Art. 104 — O servidor público federal, estadual ou municipal, da Administração Direta ou Indireta, exercerá o mandato eletivo obedecendo as disposições deste artigo."

§ 1º — Em se tratando de mandato eletivo federal ou estadual, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função.

§ 2º — Investido no mandato de Prefeito Municipal, será afastado de seu cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.

§ 3º — Investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo dos subsídios a que faz jus. Não havendo compatibilidade, aplicar-se-á a norma prevista no § 1º deste artigo.

§ 4º — Em qualquer caso que lhe seja exigido o afastamento para o exercício do mandato, o seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento.

§ 5º — É vedado ao Vereador, no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta Municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, salvo concurso público, emprego ou função."

Do transcrito se infere que a regra geral sobre o exercício de cargos e funções públicas ante o desempenho de mandato eletivo federal ou estadual, é o afastamento do servidor do exercício daqueles, quer sua relação com o poder público seja de natureza institucional ou contratual e qualquer acumulação somente se fará dentro dos limites expressos nesse dispositivo constitucional.

Disciplina, ainda, o citado regramento, como se verifica através da simples interpretação literal, que o tempo de serviço, na hipótese desse afastamento, será computado para todos os efeitos legais, com exceção apenas do direito de ter esse período contemplado para habilitar-se à promoção por merecimento, pela razão lógica e evidente de que os critérios atinentes a essa espécie administrativa devem ser atendidos através de condições pessoais do servidor e especiais demonstradas pelo efetivo exercício de seu cargo ou função pública.

As demais disposições constantes do mandamento constitucional transcrito e sob exame, por referirem proibições e permissibilidades dirigidas ao desempenho de mandato eletivo municipal e a outras funções específicas do município, não serão abordadas neste pronunciamento por não se inserirem na hipótese proposta pela Casa Civil e também por já terem sido exaustivamente examinadas no aludido Parecer 3.369/77, desta Procuradoria-Geral.

Do exposto se retira que o servidor público do Estado no desempenho de mandato eletivo estadual, deve ficar afastado do exercício de seu cargo ou função e assegurado-lhe será o direito a computar todo esse período para todos os efeitos legais e funcionais, à exclusão apenas da contagem desse tempo, para acesso na carreira através da promoção obtida pelo critério de merecimento.

Embora as normas constitucionais referentes ao disciplinamento do mandato eletivo sejam determinadas pela Constituição Federal, a relação jurídica mantida pelo servidor com o Estado é apoiada no regramento administrativo referente a esta pessoa jurídica de direito público e nada impede, pois, que as unidades federativas facultem, através de regras próprias, direitos e vantagens a seus servidores, nos quais se insere a opção entre o vencimento do cargo ou função titulada e os subsídios do mandato eletivo.

Nesse sentido a Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, ao regular os direitos, deveres e vantagens dos funcionários públicos civis do Estado, introduziu no artigo 192, mais especificamente no seu parágrafo único, disposição possibilitando ao funcionário público do Estado a opção entre os vencimentos do cargo de que é titular e os subsídios pertinentes a ocupação de função eletiva, federal, estadual ou municipal:

"Art. 192 — O funcionário que, por nomeação do Governador do Estado, exercer outras funções do Governo ou Administração, em qualquer parte do território estadual, poderá optar pelo vencimento do cargo de que for titular.

Parágrafo único — Poderá também optar pelo vencimento do cargo de que for titular o funcionário que exercer função eletiva, federal, estadual ou municipal."

Idêntica regra se inscreve na Lei 6.672, de 22 de abril de 1974, que instituiu o Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul, através de seu artigo 67, item IX e que assim favorece:

"Art. 67 — O membro do magistério não sofrerá desconto nos vencimentos quando:

.....
IX — optar, no exercício de mandato eletivo ou de Prefeito nomeado, pelo vencimento do cargo do magistério."

De conseguinte se infere que são destinatários das normas legais assinaladas, o funcionário público do Estado e ainda, o servidor público estável, assim considerado qualquer que seja a natureza de sua relação jurídica, se institucional ou contratual; o membro do magistério integrado ao Plano de Carreira instituído pela Lei nº 6.672/74 e os ocupantes efetivos e estáveis de cargos de professor egressos do Quadro Único do Magistério criado pela Lei nº 6.181, de 8 de janeiro de 1971 e que não realizaram a opção prevista no primeiro diploma legal.

A extensão do mesmo entendimento contido nos diplomas estatutários do funcionalismo civil e do magistério público do Estado, aos servidores estáveis, representa — sob a ótica de uma interpretação sistemática e coerente com orientação administrativa adotada por esta Procuradoria-Geral em outros pronunciamentos — o tratamento

jurídico mais equânime a ser dado a essa categoria funcional. Ademais, à vista de uma relação permanente do servidor com o poder público, à Administração foi-lhe atribuído uma série de direitos e vantagens antes só assegurados ao funcionalismo público estritamente considerado.

Esta compreensão é a expressa na Lei nº 5.769, de 23 de junho de 1969, que ao regular a situação de servidor público estadual eleito vereador, estendeu o direito à opção referida aos servidores efetivos e estáveis e aos contratados também estáveis.

Destacada a regra permissiva opcional de retribuição entre o vencimento ou remuneração do cargo ou função de que é titular o servidor e os subsídios de natureza constitucional pagos aos parlamentares, cumpre caracterizar como os diplomas básicos, do Estado e da União definem essa forma de retribuição pecuniária tipificada para o desempenho do mandato eletivo.

A nossa Lei Máxima Rio-grandense, em seu artigo 17, ao declarar que "os Deputados farão jus anualmente a subsídios e ajudas de custo, fixados nos termos da Constituição Federal", remete a matéria à Constituição da República, que no artigo 32, define o conteúdo e extensão dessas duas modalidades pecuniárias e que se destinam a retribuir, à primeira a titularidade e o exercício do mandato eletivo e, a segunda, a indenizar seu titular de despesas de transporte e outras necessárias ao deslocamento para o desempenho da função eletiva:

"Art. 33 — O subsídio, dividido em parte fixa e parte variável, e a ajuda de custo de deputados e senadores serão iguais e estabelecidos no fim de cada legislatura para a subsequente.

§ 1º — Por ajuda de custo entender-se-á a compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão extraordinária convocada na forma do § 1º do artigo 29.

§ 2º — O pagamento da ajuda de custo será feito em duas parcelas, somente podendo o congressista receber a segunda se houver comparecido a dois terços da sessão legislativa ordinária ou da sessão legislativa extraordinária.

§ 3º — O pagamento da parte variável do subsídio corresponderá ao comparecimento efetivo do congressista e à participação nas votações.

§ 4º — Serão remuneradas, até o máximo de oito por mês, as sessões extraordinárias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; pelo comparecimento a essas sessões e às do Congresso Nacional, será paga remuneração não excedente, por sessão, a um trinta avos da parte variável do subsídio mensal."

Verifica-se, pois, que o subsídio enunciado pelo legislador constituinte é a retribuição a que o membro do poder legislativo faz jus pelo desempenho de seu mandato, composto de uma parte fixa e outro variável, caracterizando-se essa última pelo efetivo exercício dessas funções, entendida como tal, o comparecimento às sessões, participação em comissões técnicas, votações, etc.

Sobre essa matéria, assim destaca o insigne PONTES DE MIRANDA, em seus "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969", Tomo III, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1970, São Paulo:

"O subsídio é dividido em duas partes, uma variável, e outra, invariável. Tem-se de calcular a parte variável, de modo que se pague pelo comparecimento pela participação nas votações."

Com o mesmo entendimento escreveu também MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO em seus "Comentários à Constituição Brasileira", vol. I, Saraiva S/A., 1977, São Paulo, a págs., 194 e 196:

"A Constituição vigente atribui aos deputados e senadores o direito a perceberem o subsídio e a ajuda de custo, como era do direito anterior. O subsídio é propriamente a remuneração a que o parlamentar faz jus pelo desempenho do mandato. Há de ser igual para os deputados e senadores e, como regra de moralidade, fixado no fim de uma legislatura em benefício de vindoura. Como já estabelecia a Constituição de 1946 (art. 47, § 1º) esse subsídio é dividido em duas partes, uma fixa e a outra variável.

Pagamento da parte variável do subsídio. Neste parágrafo, a Emenda nº 1 faz expresso o que, embora óbvio, era não raro esquecido. Isto é, que o pagamento da parte variável do subsídio só deve ser feita em função da assiduidade do parlamentar às sessões e às votações."

Do exposto se conclui que, delimitado expressamente pelo legislador da União o conceito e o conteúdo do subsídio, constituído de uma parcela fixa e de outra variável vi-

sando remunerar o desempenho do cargo eletivo embora de diversificada incidência, a opção pelos vencimentos do cargo de que é titular facultada ao servidor público estadual, sempre deverá ser relacionada com a parte fixa dos subsídios e que diz com a simples titularidade do mandato, e não com a atuação e o efetivo desempenho do mesmo a que corresponde diretamente a parte variável.

A parte variável do subsídio, dentro da interpretação recolhida do texto constitucional e de sua confrontação com a lei estatutária, representa pois para o servidor público exercente de mandato eletivo gratificação de exercício pelo desempenho efetivo da função eletiva a que se justapõe necessariamente o vencimento do cargo titulado e objeto da opção legal.

Assim uma vez utilizado pelo parlamentar estadual o direito de opção assegurada por sua condição de servidor público do Estado — servidor efetivo ou estável, estatutário ou contratado, membro do magistério, ocupante ou não de cargo de carreira, também estável — esta opção se efetivará apenas em relação a parte fixa do subsídio. Sobre os vencimentos e vantagens que a esse legalmente aderirem, será acrescida a parte variável do subsídio que visará retribuir o efetivo desempenho do mandato eletivo, assim como também lhe deve ser assegurada a percepção de ajuda de custo nas hipóteses consagradas pela nossa Lei Maior.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1980.

RECURSO HIERÁRQUICO EM CONCURSO PÚBLICO

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

PARECER Nº 4.788

CONCURSO PÚBLICO. RECURSO HIERÁRQUICO.
Sua admissibilidade. Razões jurídicas que a justificam.

Solicita o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado parecer desta Procuradoria-Geral sobre todos os aspectos jurídicos relativos aos recursos hierárquicos interpostos por NERO DA ROSA PACHECO, MARIA AUXILIADORA TRINDADE SANA e MARLI STOLZ das decisões administrativas exaradas no Concurso Público C-630, para provimento de cargos de Oficial Fazendário, da Secretaria da Fazenda. Trata-se de saber, em suma, da viabilidade legal da interposição de tais recursos.

2. Tratando dos concursos, escreve HELY LOPES MEIRELLES:

"Os concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda conveniência que sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas. Como atos administrativos, devem ser realizados pelo Executivo, através de bancas ou comissões examinadoras, regularmente constituídas com elementos capazes e idôneos, dos quadros do funcionalismo ou não, e com recursos para órgãos superiores, visto que o regime democrático é contrário a decisões únicas, soberanas e irrecorríveis." (Direito Administrativo Brasileiro. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 399. Grifei).

Referindo-se ao pedido de reconsideração, esclarece o mesmo autor que *"deferido ou indeferido, total ou parcialmente, não admite novo pedido, nem possibilita nova modificação pela autoridade que já reapreciou o ato"* (ob. cit., p. 630). É o que, aliás, dispõe o artigo 197, inciso III, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário Público Civil), ao prescrever que *"nenhum pedido de reconsideração poderá ser renovado"*. Esse também é o sentido do artigo 31 do regulamento editado com o Decreto nº 23.443, de 4 de novembro de 1974, com a redação dada pelo Decreto nº 24.651, de 17 de junho de 1976, quando declara que *"do despacho do Secretário de Estado da Administração que não conceder, parcial ou totalmente, a alteração de nota, grau ou pontos pleiteados na revisão de provas ou títulos, caberá um único recurso de reconsideração"* (grifei). É evidente que tal dispositivo não exclui nenhum outro recurso, mas simplesmente veda a admissibilidade de outro pedido de reconsideração, ou seja, de outro pedido de reexame do ato pela mesma autoridade que o praticou.

Assim, na Administração Estadual, novo pedido de reexame do ato só poderá ser formulado através de recurso hierárquico, dirigido à autoridade superior, isto é, ao Governador do Estado, sempre que se tratar de ato emanado de Secretário de Estado ou de outra autoridade que ocupe cargo equivalente.

3. Cumpre também notar que a Lei nº 1.751/52, no capítulo que trata do direito de petição, dispõe que *"caberá recurso quando houver pedido de reconsideração desatendido, ou não decidido no prazo legal"*, recurso esse que, segundo o prescrito no § 2º do artigo 199 da mesma Lei, pode ser interposto dentro do prazo de um (1) ano.

Tal Lei, conforme reza o seu artigo 1º, não regula somente *"os direitos e as vantagens, os deveres e as responsabilidades dos funcionários públicos civis do Estado"*; regula também *"o provimento e a vacância dos cargos públicos"*.

Ora, constituindo, em regra, o concurso requisito essencial para a primeira investidura em cargo público (Constituição Federal, artigo 97, § 1º), é indubitável que os candidatos, não-funcionários, inscritos em concursos públicos, podem invocar, em defesa de seus direitos, as disposições daquela Lei, constantes do capítulo relativo ao direito de petição, mesmo porque tal direito é garantido, sem quaisquer restrições, pela Constituição da República, que, em seu artigo 153, § 30, declara expressamente:

"É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abuso de autoridade." (Grifei).

4. Tem-se sustentado, por outro lado, que o recurso hierárquico só é cabível nos concursos internos, ou seja, nas provas de habilitação. É, porém, incontestável que o direito individual do funcionário inscrito em prova de habilitação não pode ser diverso do direito do particular inscrito em concurso público, quanto aos meios de defesa assegurados por lei. Se o fosse, isso constituiria uma discriminação intolerada pela Constituição Federal, que, em seu artigo 153, § 1º, garante a todos os cidadãos **igualdade perante a lei**, cumprindo-se notar que, como ensina C. A. LÚCIO BITTENCOURT *"a ofensa a direito ou garantia constitucional não precisa decorrer direta e imediatamente das prescrições da lei, mas, para que esta seja ineficaz, basta que, por qualquer forma, ainda que indireta ou imediatamente, sejam atingidos e lesados aqueles direitos e garantias"*. (O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Rio, Forense, 1968. 2ª ed. p. 87).

Além de inconstitucional, a lei que permitisse tal desigualdade de tratamento seria ainda manifestamente iníqua, pois teria dado aos candidatos inscritos em simples **concurso interno** (prova de habilitação), já favorecidos pelo fato de não sofrerem a concorrência de pessoas estranhas ao serviço público, direitos mais amplos do que aqueles assegurados aos que disputam o provimento de um cargo mediante **concurso público**.

5. Cumpre ainda salientar que, conforme a lição de HELY LOPES MEIRELLES, *"recurso hierárquico próprio é o que a parte dirige à autoridade ou instância superior do mes-*

mo órgão administrativo, pleiteando revisão do ato recorrido. Este recurso é consectário da hierarquia e da gradação de jurisdição que se estabelece normalmente entre autoridades e entre uma instância administrativa e a sua imediata, por isso mesmo, pode ser interposto ainda que nenhuma norma o institua expressamente, porque, como já se disse, o nosso ordenamento jurídico-constitucional não admite decisões únicas e irrecorríveis. Além disso, o recurso hierárquico próprio compatibiliza-se com o princípio do controle hierárquico, hoje consagrado como um dos cânones da Reforma Administrativa Federal (Decreto-lei nº 200/67, arts. 6º, V e 13)." (Obra citada, p. 631. Grifei).

Em nosso Estado, o Decreto nº 19.801, de 8 de agosto de 1969, que dispôs sobre a Reforma Administrativa Estadual, *"considerando a conveniência e a oportunidade de adaptar, racionalmente, a organização e os métodos de trabalho das unidades da administração do Estado aos princípios fundamentais que informam a Reforma Administrativa, implantada na órbita federal através do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967"*, prescreveu o seguinte:

"Art. 1º —

§ 5º — O controle das atividades da Administração Estadual quanto à fidelidade às leis, aos programas e normas de ação e de prestação de contas de cada órgão, é permanentemente exercitado em todos os níveis, pelas chefias competentes e órgãos próprios de cada sistema."

"Art. 6º — Todo órgão da Administração Direta ou Indireta está sujeita à supervisão do Governador ou do Secretário de Estado em cuja área de atuação estiver enquadrada sua principal atividade."

Conforme se vê, o princípio do controle hierárquico acha-se consagrado não só como um dos cânones da Reforma Administrativa Federal, como também da Reforma Administrativa introduzida em nosso Estado pelo aludido Decreto nº 19.801/69.

Finalmente, deve ser observado que, segundo ensina o Professor RUY CIRNE LIMA, a atribuição que tem o superior hierárquico de suspender ou revogar os atos administrativos, praticados pelo subalterno, quando contrários ao direito, inconvenientes ou inoportunos, *"é suscetível de exercer-se, tanto por provocação como "ex-officio". A devolução ao superior hierárquico do conhecimento do ato administrativo, praticado pelo subalterno, opera-se por intermédio do recurso hierárquico, ou da avocação. Ao inverso do recurso hierárquico, que é iniciativa da parte ou do funcionário subalterno, a avocação é iniciativa do superior. A noção do recurso hierárquico corresponde o princípio de responsabilidade do subalterno, perante o superior hierárquico, pelo ato praticado."* (Princípios de Direito Administrativo Brasileiro. 3ª ed. Porto Alegre, Sulina, 1954, p. 159).

6. EM CONCLUSÃO, entendo que a admissibilidade do recurso hierárquico nos concursos públicos não pode deixar de ser reconhecida, uma vez que existem razões jurídicas que a justificam plenamente, conforme foi demonstrado. Assim, sem entrar no mérito dos recursos hierárquicos constantes do expediente, interpostos por NERO DA ROSA PACHECO, MARIA AUXILIADORA TRINDADE e MARLI STOLZ, opino no sentido de que seja mantido o provimento dos mesmos.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de setembro de 1981.

PROVENTO DE APOSENTADORIA NO CASO DE PERTURBAÇÃO MENTAL

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

PARECER Nº 4.666

O Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado adotou orientação no sentido de que o servidor inativado compulsoriamente em decorrência de qualquer perturbação mental ou psíquica tem direito a proventos integrais (Pareceres de números 3.353 e 4.111).
Negativa de anotação do ato de aposentadoria pelo Tribunal de Contas.

1. O Egrégio Tribunal de Contas do Estado negou o registro dos atos de aposentadoria, com proventos integrais, de M. A. M. e de O. M. B. (fls. 24 e 247) pelo fundamento de que os referidos servidores haviam sido inativados em decorrência de perturbação mental que não se caracterizava como *"alienação mental"*, motivo pelo qual os proventos a serem pagos deveriam ser proporcionais ao tempo de serviço.

Diante do indeferimento do registro dos dois atos, o Senhor Secretário da Administração solicitou o pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado, tendo sido o expediente distribuído a este Conselho Superior.

2. O assunto examinado no presente expediente é altamente controvertido e tem dado causa a manifestações divergentes nesta Procuradoria-Geral.

Durante algum tempo entendeu-se que somente as doenças mentais graves, que privam o indivíduo do exercício de qualquer atividade profissional, caracterizavam *"alienação mental"* para assegurar aposentadoria, com proventos integrais, pelo fundamento do inciso IV, do art. 177, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952. No caso de neurose ou de perturbações mentais, segundo esta orientação, a aposentadoria deveria ser com proventos proporcionais ao tempo de serviço, com base no inciso II, do art. 177 da referida Lei nº 1.751, de 1952.

De acordo com este entendimento, o Parecer nº 3.095, de 1º de setembro de 1975, da então Consultoria-Geral do Estado, interpretando os incisos II e IV, do art. 177, da mesma Lei nº 1.751, entendeu que as perturbações mentais que tornavam a pessoa incapaz apenas para o serviço público, mas não para o desempenho de outras atividades, davam direito à aposentadoria com proventos proporcionais. Em consequência, somente doenças mentais graves, que privassem o indivíduo de reger seus bens e prover a própria sub-

sistência, caracterizavam-se como *"alienação mental"*, com direito à inativação com proventos integrais. Este Parecer, no entanto, não teve aprovação do Senhor Governador do Estado.

3. Posteriormente, a então Consultoria-Geral do Estado, através do Parecer nº 3.353, de 07 de julho de 1976, de autoria do Consultor Jurídico MÁRIO BERNARDO SESTA, hoje Procurador-Geral do Estado, revisou a orientação anteriormente adotada, entendendo em resumo que qualquer enfermidade ou perturbação mental ou psíquica que determinasse a inativação do funcionário, caracterizava *alienação mental* para efeito de aposentadoria com proventos integrais.

Esse Parecer nº 3.353 foi aprovado pelo Conselho da Consultoria-Geral do Estado e pelo Governador, firmando assim a orientação a ser adotada pela Administração em casos semelhantes.

4. Mais tarde, diante da negativa do Egrégio Tribunal de Contas em registrar os atos de aposentadoria, com proventos integrais, dos funcionários P. J. F., O. A. S. F. e I. M. F., o Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado voltou a examinar o assunto, mantendo a orientação firmada no referido Parecer nº 3.353, de 1976.

Com efeito, o Parecer nº 4.111, de 24 de julho de 1979, aprovado pelo Conselho Superior deste Órgão, pelo Procurador-Geral do Estado e pelo Senhor Governador referiu, em sua ementa, que: *"qualquer incapacidade ou perturbação mental ou psíquica, que determinasse a inativação do servidor, caracterizava-se como alienação mental para efeito de aposentadoria com proventos integrais (art. 177, inciso IV, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952)"*.

5. Sou de opinião que deve ser mantida a orientação adotada por este Conselho Superior no Parecer nº 3.353, de 07 de julho de 1976, e confirmada no Parecer nº 4.111, de 24 de julho de 1979.

Com o devido respeito de opiniões diversas e, como bem salientou o Parecer nº 3.353, não há como sustentar qualquer discrimen na diferença de incapacitação se para o serviço público em geral ou para serviço de qualquer natureza. A incapacidade para o serviço público em geral pressupõe a impossibilidade de readaptação e, por isso, para todos os efeitos à incapacidade para qualquer serviço.

Além disso, como também salientou o mesmo Parecer nº 3.353, a Lei nº 6.536/73, que aprovou o Estatuto do Ministério Público do Estado, ao dispor sobre aposentadoria com proventos integrais, substituiu a expressão genérica *"alienação mental"* pelas espécies *"psicose"* e *"neurose"*, confirmando a tese de que as neuroses estão compreendidas no conceito de alienação mental.

Embora não seja aplicável ao pessoal do Quadro Geral, a Lei nº 6.636/73 é relativamente recente e, por isso, representa a orientação atualizada do Legislativo Estadual no que se refere à inativação decorrente de perturbação ou enfermidade mental, devendo ser adotada pelos demais quadros de pessoal do Estado.

É de salientar-se, ainda, que a tese contrária conduziria a grave injustiça e a grave infração do princípio da isonomia, qual seja, modestos servidores do Quadro Geral, acometidos de perturbações mentais, seriam aposentados com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, enquanto Procuradores da Justiça e Promotores Públicos, em condições idênticas, perceberiam proventos integrais.

6. Apesar de ter sido uniformizada a jurisprudência administrativa desta Procuradoria-Geral, através dos Pareceres de números 3.353 e 4.111 a controvérsia não ficou definitivamente solucionada, pois o Egrégio Tribunal de Contas do Estado tem negado o registro, com proventos integrais, de atos de aposentadoria de alguns servidores acometidos de neuroses e de psicopatias.

De acordo com o disposto no art. 53, § 4º da Constituição Estadual e no art. 46, inciso II, da Lei Estadual nº 6.850, de 20 de dezembro de 1974, compete ao Tribunal de Contas examinar a legalidade das concessões de aposentadorias. Havendo negativa de registro o Executivo fica obrigado a revisar o ato para afeiçoá-lo às decisões do Tribunal.

Entretanto, cabe destacar que a orientação do Egrégio Tribunal de Contas a respeito da matéria também não tem sido pacífica.

Com efeito, após ter negado a anotação dos atos de aposentadoria com proventos integrais dos servidores I. M. F. e O. A. S. F., o Egrégio Tribunal de Contas revisou a orientação adotada para aceitar a inativação com integralidade de proventos da Professora L. L. C., acometida segundo Laudo Médico, de neurose incapacitante para o serviço público.

Mais tarde, segundo se tem notícia, o Tribunal teria revisado a decisão anterior, anotando também os atos de inativação, com integralidade de proventos, dos referidos servidores I. M. F. e O. A. S. F., bem como do servidor P. J. F., todos os três acometidos de variados tipos de neurose.

Acredito, por isso, que o Egrégio Tribunal de Contas ainda não chegou a adotar posição uniforme e definitiva a respeito do assunto, o qual, repita-se, é realmente muito controverso.

7. Por último, o ato de aposentadoria de M. A. M. (fl. 6-PGE) deve ser retificado para conferir à funcionária proventos correspondentes ao regime de quarenta e quatro horas semanais, que era o regime normal de trabalho do seu cargo.

A servidora foi inativada no cargo de Oficial Administrativo, padrão 12, mediante ato publicado no Diário Oficial de 28 de agosto de 1980.

A Lei nº 7.358, de 7 de março de 1980, estabeleceu que o regime normal de trabalho, para os cargos classificados nos padrões 1 a 12, seria de quarenta e quatro horas semanais. Permitiu a mesma lei a redução, para trinta e três horas semanais, aos funcionários antes sujeitos a este regime, caso em que os mesmos teriam o vencimento básico reduzido para três quartos do padrão.

A funcionária, antes sujeita ao regime de trinta e três horas semanais, não requereu a redução de horário que a lei lhe facultava, entendendo-se, assim, que seu regime normal passou a ser de quarenta e quatro horas semanais.

Em consequência, sendo o regime de quarenta e quatro horas o normal para os cargos do padrão 12, não pode ser a aposentadoria concedida em regime de menor duração, salvo os casos em que foi requerida redução da carga horária.

Neste sentido, esta Procuradoria-Geral do Estado manifestou-se no Parecer nº 4.425, de 29 de julho de 1980, aprovado pelo Senhor Governador do Estado, esclarecendo que, se o funcionário exerce o seu cargo em regime normal de trabalho de quarenta e quatro horas semanais, tem direito a inativar-se com proventos correspondentes a esse mesmo regime, sem a necessidade de satisfazer outros requisitos, só exigíveis para o caso de incorporação de gratificação percebida por regime especial de trabalho.

Assim, qualquer que seja a solução quanto à proporcionalidade ou integralidade dos proventos, estes deverão corresponder ao regime de quarenta e quatro horas semanais, ou seja, ao regime normal de trabalho dos cargos do padrão 12.

8. EM CONCLUSÃO, o ato de aposentadoria de M. A. M. (fl. 6-PGE) deve ser retificado para conferir à funcionária proventos correspondentes ao regime de quarenta e quatro horas semanais.

A seguir, diante da grande controvérsia existente sobre o assunto e para evitar tratamento desigual a funcionários inativados compulsoriamente em decorrência da mesma moléstia, penso ser oportuno que, antes de cumprir-se as decisões de fls. 24 e 27, seja solicitado ao Egrégio Tribunal de Contas que se digne reexaminar a possibilidade de anotações dos atos de aposentadoria dos servidores M. A. M. e O. M. 8., com integralidade de proventos.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 27 de abril de 1981.

MULTA POR INFRAÇÃO DE TRÂNSITO

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.730

MULTAS POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO REGULADORA DO TRÂNSITO NAS VIAS TERRESTRES: Responsabilidade das empresas de transporte, que não podem eximir-se por mera disposição contratual.

Solicitou a ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE EM TÁXI DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – APETTERGS, ao Senhor Diretor do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/RS, a celebração de um ACORDO OPERACIONAL entre aquela entidade e o órgão referido, com vistas a regular as condições em que as empresas de táxi ficariam exoneradas do pagamento de multas aplicadas em virtude de infrações cometidas pelos motoristas profissionais, seus empregados.

Na Divisão de Fiscalização e Controle do DETRAN, o expediente teve parecer desfavorável (fls. 10 e 11) de parte do Bacharel 8EN-HUR RODRIGUES PEREIRA com o que, submetido sucessivamente ao Delegado Diretor do Departamento e ao Senhor Superintendente dos Serviços Policiais, ensejou proposta de encaminhamento a esta Procuradoria-Geral, para a qual veio, por solicitação, da forma regulamentar, do Senhor Secretário da Segurança Pública.

Constam no processo, decisões de primeiro grau, da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual e da 5ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado, acerca de matéria pertinente ao assunto.

Este o relatório.

Dois aspectos devem ser abordados para elucidar a consulta sob nossa consideração: é o que faremos nos itens que seguem.

I. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS MULTAS

Pensamos que a espécie sob exame submete-se ao campo da abrangência da responsabilidade por fato de outrem, na modalidade de responsabilidade do patrão, amo ou comitente por atos de empregados, serviços e prepostos no exercício de trabalho que lhes competir ou por ocasião dele, de que cuida, entre nós, o artigo nº 1.521, III, do Código Civil. Tal responsabilidade, embora originalmente embasada num fundamento de culpa

(artigo 1.523 C.C.B.) tem sido reinterpretada pelos nossos tribunais, e por subsídios doutrinários, com vistas à adequá-la aos reclamos de uma ordenação satisfatória das relações que o convívio social provoca.

Por isso, antes de se procurar o fundamento da responsabilidade patronal na culpa *"in eligendo"* ou *"in vigilando"*, mais consentâneo parece invocar o mecanismo da substituição, como refere JOSÉ DE AGUIAR DIAS:

"O que se faz substituir no exercício das múltiplas funções da empresa, por ser impossível desincumbir-se pessoalmente delas, responde precisamente porque o seu pessoal se considera extensão dela, pelo estabelecimento da 'largam manus' requerida pelo vulto das atividades do capitão de indústria. Mazeaud et Mazeaud explicam que o patrão, quando recorre aos serviços do preposto, "... não faz outra coisa senão prolongar sua atividade própria. ... a culpa do preposto é com efeito da sua: tudo deve passar-se como se fosse demonstrada sua culpa". Patrão e empregado, preponente e preposto são, pois, nesse produto de conciliação entre o princípio subjetivo e as necessidades da política da reparação do dano, uma só e única pessoa. Abstrai-se do fato de ter sido o dano produzido materialmente pelo empregado. Este foi apenas o elo, o instrumento através do qual se realizou o fato danoso, isto é, através do qual se manifestou a falha de organização de que resultou que o serviço prejudicasse a outrem." (in Responsabilidade Civil, Forense, 4ª edição, vol. II, pág. 57B/9).

É, assim, o fato mesmo das relações existentes entre o patrão e o empregado que fundamenta a responsabilidade daquele, já que, como ensina PONTES DE MIRANDA *"o comitente ou patrão deve responder pelo que se passa no funcionamento da organização que dirige ou durante ele"* (Das Obrigações por Atos Ilícitos, no Manual de Código Civil, Direito das Obrigações, 3ª parte, p. 372).

Se, no plano da regração geral da responsabilidade civil assim é, no plano específico das penalidades pecuniárias por infração à legislação do trânsito também vêm-se entendendo, tendo sido, inclusive, esbatidas alegações opostas à aplicação dos dispositivos do Código Nacional de Trânsito, que atribuem responsabilidade ao proprietário do veículo, e que condicionam a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa já lançada.

Quanto ao primeiro aspecto, da proibição de se responsabilizar o proprietário por infração cometida por outrem, descabe arguir ofensa ao princípio da personalidade da pena, pois a multa é de cunho administrativo e não penal ou, como expressava em seu voto, no R.E. nº B1.540 da 2ª Turma do STF, o Ministro LEITÃO DE ABREU:

"É certo que as penalidades pecuniárias previstas na legislação do trânsito têm caráter repressivo, mas isso não significa atribuir-lhes os efeitos da lei penal. O princípio da personalização da pena, garantido pelo artigo 153, § 13 da Constituição Federal só se aplica às infrações penais (crimes e contravenções)." (in R.T.J., nº B5, p. B96).

No que respeita à exigência de pagamento de quaisquer multas para renovação de licença do veículo, a Suprema Corte já se manifestou pela sua constitucionalidade em acórdão assim ementado:

"Automóvel de praça. Táxi. Renovação de licença. Exigência de prévio pagamento ou depósito da multa por infração das leis do trânsito. Legalidade." (RE nº B4.754-SP-Tribunal Pleno, Rel. p/ o Acórdão Ministro PEDRO SOARES MUÑOZ, in RTJ B7/525).

Em seu voto, o Ministro CORDEIRO GUERRA puntuava:

"A medida consagrada pelo artigo 110 do Código Nacional de Trânsito não é inconstitucional, porque é uma exigência que se inspira na realidade das coisas, no bem comum e não viola qualquer direito individual."

Esta Egrégia Corte considerou legítima a recusa do licenciamento, com base no artigo 110 do C.N.T., que considerou válido face à Constituição e não infringente das Súmulas 70, 323 — RTJ 66/94 a 102."

As disposições do Código Nacional de Trânsito não podem ser analisadas isoladamente, mas dentro da contextura jurídica do sistema positivo pátrio. Ao definir responsabilidade por infrações, aquele Diploma imputa-as ao proprietário, *"ao condutor ou a ambos conforme o caso"* (artigo 100), mas sempre tendo em mira a tipologia da infração. Não cogita a lei de trânsito de regular a atribuição de responsabilidades em virtude de quaisquer vínculos jurídicos ou situações fáticas, eis que tal conteúdo subsume-se na regração genérica do Código Civil. Por isso, quando o C.N.T. atribui responsabilidade pelo pagamento da multa ao condutor, não estabelece regra especial para o condutor empregado, nem fixa expressamente responsabilidade do patrão, assim como não se refere a tutor, curador ou os pais. Mas, sem especificar embora, fala a lei de trânsito em *"responsabilidade solidária"*, o que remete o intérprete para dispositivos da lei civil. Ora, característica da solidariedade é a exigibilidade de satisfação integral de qualquer dos co-obrigados, segundo a conveniência do credor. Na hipótese versada, o Estado tem, desde logo, legitimidade para exigir o pagamento da multa do proprietário, vinculado documentalmente ao veículo, cuja renovação de licença se requer. Atribuir a responsabilidade ao empregado, por meio da identificação sugerida pela entidade requerente é questão analisada no item II, adiante.

Parece, enfim, que a própria postulante reconhece a responsabilidade das empresas proprietárias, suas associadas, eis que sua proposta é no sentido de estabelecer condições em que tal imputabilidade venha a ficar elidida, nos termos do ACORDO sugerido.

II — POSSIBILIDADE DE AS EMPRESAS EXONERAREM-SE DA RESPONSABILIDADE

Firmada no item anterior nossa convicção quanto à responsabilidade da empresa pelo pagamento de multas referentes a infrações cometidas por seus empregados, cabe verificar-se a viabilidade de sua elidência, pois a tal visa o ACORDO OPERACIONAL.

A sistemática proposta é a constante nos n.ºs 2 a 8 do termo, *verbis*:

2. *"Semanalmente a APETTERGS obterá junto ao DETRAN, onde for determinado por seu Diretor, a relação das multas aplicadas aos veículos das Empresas filiadas;*
3. *As Empresas de Táxi deverão remeter ao APETTERGS a relação dos veículos de sua propriedade, bem como a dos motoristas que nos mesmos exercem suas atividades, ficando tal documentação à disposição do DETRAN, para quaisquer averiguações;*
4. *Do mesmo modo, deverão ser comunicadas as alterações nos quadros funcionais por todas as Empresas à APETTERGS, sempre acompanhadas da certidão negativa de multas dos motoristas admitidos;*
5. *Notificada a Empresa filiada, pela APETTERGS, da existência de qualquer multa em seus carros, deverá conduzir o motorista faltoso para a identificação e medidas complementares junto ao DETRAN, no prazo máximo de oito (8) dias, ou apresentar o ciente do motorista na intimação, se este recusar seu comparecimento;*
6. *Com o procedimento previsto em item quinto, ficará a Empresa liberada do pagamento da multa, que ficará debitada a pagamento do motorista faltoso;*
7. *A não-identificação, por qualquer motivo, ou o não-cumprimento do previsto no item quinto, obrigará a Empresa no pagamento da multa;*
8. *As Empresas filiadas à APETTERGS, com a assinatura da presente, ficam autorizadas a retirarem as sobreplacas, sem pagamento de multas, desde que tenham autorização escrita da APETTERGS, referente ao período anterior ao presente acordo operacional."*

De logo, se nos afigura inviável que, por ato de índole contratual sejam alterados efeitos regulados em lei. Sinteticamente, pelo "Acordo", a empresa de táxi, com a simples identificação (a seu critério) do faltoso, fica liberada do pagamento da multa, podendo em consequência renovar a licença (cláusulas 6, 7 e 8) o que contravém o artigo 110 do C.N.T. que proíbe renovação do licenciamento de veículo em débito de multa.

É verdade que a proposição parece coadunar-se com o artigo 102 e seu parágrafo único do mesmo Código, que falam da responsabilidade do proprietário quando *"não for possível identificar o condutor infrator"*. Todavia, como antes se demonstrou, a legislação de trânsito, ao tratar de responsabilidade do condutor, não cogita das variadas hipóteses em que esse condutor se situa numa condição em que a responsabilidade é assumida por outrem, v.g., o caso vertente de condutor empregado.

Demais disso, a impossibilidade de identificação do condutor tem que ser entendida como *"não ter sido o condutor identificado pelo agente ou autoridade de trânsito"*, pois o contrário tornaria inócua a disposição.

Com efeito, significaria anular a regra de responsabilização do proprietário, determinar que ela apenas surgisse quando absolutamente não fosse possível identificar o condutor, pois sempre se poderia afirmar existir, ainda que tênue, alguma possibilidade, ficando, assim, excluída a imputação ao dono do veículo.

Nesse sentido, quando a lei fala em impossibilidade de identificação, está cogitando da identificação procedida pelos agentes controladores do trânsito, quer dizer: por ocasião da infração e da conseqüente aplicação da multa, o policial há de identificar o condutor, para fixar-lhe a responsabilidade. Não o fazendo — e surge aí a impossibilidade de que trata a lei — a responsabilidade é do proprietário.

Ademais, não se poderia conceber que a tarefa de identificação do infrator — típica atuação de polícia, atividade administrativa regradada e vinculada, sujeita à estrita competência e legalidade, seja transferida a particulares. É atividade de órgãos e agentes públicos, relacionada com a própria segurança do convívio social. Como, pois, delegá-la a particulares? Afigura-se-nos completamente irregular tal delegação e, nessa ordem de pensamento, não cabe invocar a Resolução n.º 432/74 do Conselho Nacional de Trânsito — CONTRAN.

No caso sob apreciação, mais inconveniente ainda se evidencia a transferência para particulares do encargo de identificar o faltoso; é que se pretende passá-lo para a empresa empregadora, pelo que, em decorrência, se acresceria ao já reconhecido poder de comando do empregador, perante a legislação trabalhista, a atuação imperativa de identificação, o que poderia ensejar abusos e distorções.

E, ainda, sob o aspecto pragmático ou operacional do sistema proposto, vários percalços parece teria que enfrentar, como o sejam: responsabilidade pelo pagamento de multa por infração cometida por empregado identificado como infrator, mas já demitido ou afastado da empresa, alterações nos quadros de horário ou substituições eventuais de empregados nos respectivos veículos e/ou horários, litígios trabalhistas versando precisamente sobre infração atribuída a empregado, etc. Todas essas e outras mais são circunstâncias que embaraçariam, sem dúvida, a pronta exação da multa, como atesta a informação do Diretor da Divisão de Fiscalização e Controle do DETRAN, a fl. 10: *"é sabido, já, por experiência própria, que todos os motoristas que aqui compareceram se negaram ao pagamento da multa"*.

EM FACE DO EXPOSTO, e em conclusão, entendemos inviável do ponto de vista legal, a celebração do ACORDO OPERACIONAL proposto e objeto de apreciação no presente expediente.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 13 de julho de 1981.

ASSINATURA DE LIVRO-PONTO

JOSÉ QUADROS PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.687

PODER DE DIREÇÃO. LIVRO PONTO

FUNÇÃO DE CHEFIA. CARGO DE CONFIANÇA.

FUNCIONÁRIO ESTUDANTE. CINTEA.

A empresa, através de seu poder diretivo, pode e deve exigir a assinatura de livro-ponto (artigo 74, § 2º da CLT).

Tal exigência, ainda que não adotada anteriormente, não constitui alteração contratual e a tolerância de parte do empregador não gera direito adquirido ao empregado.

Excluem-se dessa exigência os exercentes de funções de alto nível considerados titulares de cargos de confiança (artigo 62, "c", CLT).

Funcionário estudante cedido com ônus, inclusive para entidade privada subordinada à legislação trabalhista, tem direito à vantagem prevista na Lei nº 2.586/54 (dispensa do expediente).

A COMPANHIA INTERMUNICIPAL DE ESTRADAS ALIMENTADORAS (CINTEA), através da Ordem de Serviço nº 05/80, determinou, de forma ampla e irrestrita, a instituição de Livro-Ponto para controle de horário de seus empregados, medida contra a qual se insurgiram os atuais chefes da Consultoria Jurídica e da Assessoria de Planejamento, os Senhores RUBEN SANCHEZ LAURENT e ISMAR J. T. FONTOURA, respectivamente, sob a alegação de nunca lhes ter sido antes exigido esse tipo de fiscalização durante os vários anos já trabalhados nessa Companhia, razão pela qual a consideram vexatória e atentatória ao direito adquirido do qual se julgam possuidores.

Durante o exame da matéria chega o Processo nº 752/81-PGE, procedente da Secretaria de Coordenação e Planejamento, no qual é solicitado o estudo, em conjunto, do pedido de autorização para começar o expediente com quarenta e cinco minutos de atraso,

por estar cursando a Faculdade de Administração de Empresas na UFRGS, formulado por IRENE C. DE ALMEIDA, funcionária pública vinculada ao regime estatutário, à disposição da CINTEA, sem prejuízo dos seus vencimentos e vantagens, onde exerce a Chefia do Departamento Administrativo.

Apensados os autos, passamos ao exame da matéria.

É o relatório.

2. Os servidores da CINTEA, são regidos pela CLT, conforme prevê o artigo 22 do seu Regulamento Interno.

3. Uma das características básicas do contrato de trabalho vinculado ao regime trabalhista é o estado de subordinação a que fica submetido o empregado enquanto perdurar a relação de emprego.

4. Essa subordinação advém do direito de direção geral atribuído pela ordem jurídica ao empregador, a fim de que este possa obter a melhor organização possível do trabalho dentro da empresa.

5. Segundo ORLANDO GOMES:

"O poder diretivo consiste na faculdade que tem o empregador de ditar as normas de natureza técnica e de caráter geral e permanente que devem ser observadas pelos empregados." (Introdução ao Direito do Trabalho, ed. 1944, pág. 134).

6. No uso dessa faculdade e mesmo porque o pacto laboral é daqueles classificados como de trato sucessivo, o empregador pode, inclusive, alterar (unilateral ou bilateralmente) cláusulas contratuais, desde, evidentemente, que essa mudança não acarrete prejuízo material ou moral para o empregado.

7. No caso em exame, todavia, parece-nos que não ocorreu alteração contratual; o que houve foi mera exigência de procedimento antes não adotado na empresa mas já obrigatório para os empregados, circunstância essa que afasta a alegação de ocorrência de eventual prejuízo, bem como possível aplicação da Súmula nº 51 do TST.

8. Mais, tal exigência não pode ser taxada de ilegal nem atentatória a pretensão direito adquirido, eis que está prevista expressamente no artigo 74, § 2º, da CLT, nos seguintes termos:

"Para os estabelecimentos de mais de 10 (dez) empregados, será obrigatória a anotação da hora de entrada e saída, em registros mecânicos ou não, devendo ser assinalados os intervalos para repouso."

9. A propósito, por inteiramente aplicável à espécie, cabe transcrever a seguinte decisão do TST:

"A tolerância de uma parte para com a outra, deixando de exigir o que pode, não cria direito algum em favor desta (ORLANDO GOMES), e o juiz não pode, sob pretexto de equidade, basear-se nessa tolerância para modificar as cláusulas de um contrato (HENRI DE PAGE).

A imposição do ponto, feita com livro ou uso de registro mecânico, não constitui alteração contratual, nem situa o empregado no "jus resistitiae", porque é através do ponto que se apuram a assiduidade e a pontualidade, compreendidas na fiscalização, que decorre do poder diretivo do empregador.

Interpretação do § 2º do artigo 74 da CLT." (TST — RR — 3.479/75 — Ac. 3ª T. 1.805/75 de 11 de novembro de 1975, LTR 40/1030).

10. Entendemos, pois, que a medida imposta pela CINTEA, através da Ordem de Serviço nº 05/80, emana do poder de comando da empresa, está embasada no § 2º do artigo 74 da CLT e, sendo exigível por lei, não pode ser qualificada como causa de alteração contratual ou de lesão a direito adquirido.

11. No caso específico de RUBENS SANCHEZ LAURENT e ISMAR J. T. FONTOURA, contudo, por estarem investidos em funções de chefia de alto nível, cabe perquirir se tais postos constituem cargos de confiança e, por conseguinte, se seus titulares ficam dispensados do controle de horário, nos termos do artigo 62, letra "c", da CLT:

"Não se compreendem no regime deste Capítulo:

Os gerentes, assim considerados os que investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal."

12. Esta Procuradoria já teve oportunidade de manifestar-se sobre o assunto por ocasião do pedido de horas extras formulado por ISMAR J. T. FONTOURA, no exercício da Chefia do Departamento de Planejamento da CINTEA. Naquela oportunidade entendeu-se que o mesmo não fazia jus ao pretendido exatamente porque desempenhava funções de chefia, investido de poderes de mando, sem sujeição a horário de trabalho.

13. Efetivamente, assim concluiu o Parecer nº 2.228/72:

"Em conclusão entendo que o requerente não está sujeito a horário de trabalho, por desempenhar funções de chefia investido de poderes de mando, não fazendo jus em consequência ao pagamento de horas extraordinárias."

14. A matéria, sabidamente, é das mais controvertidas que existe no Direito do Trabalho. A figura do cargo de confiança continua sem uma definição concreta, conforme aponta ROCHA, Osiris, em artigo publicado na LTR 44/447:

"Nem no direito brasileiro, nem em qualquer direito estrangeiro há uma definição precisa do que seja cargo de confiança." (item nº 1).

15. Em sua obra *"Cargos de Confiança no Direito Brasileiro"*, PRUNES, José Luiz Ferreira, utiliza uma das características básicas do contrato de trabalho, qual seja, a *"subordinação"* para, em cotejo com o requisito *"fidúcia"*, sempre presente nos pactos trabalhistas, definir cargo de confiança como sendo

"(. . .) aquele exercido por quem, em razão de um contrato de trabalho, cumpre função onde a confiança nele depositada pelo empregador é superior à subordinação." (obra citada, pág. 24).

16. Sucede, todavia, que, na prática, muitas vezes, a ausência de predominância absoluta da fidúcia sobre a subordinação, situa determinado cargo em zona nebulosa, dificultando, assim, sua identificação como sendo ou não de confiança. Tal dificuldade torna-se maior ante ao constante desdobramento de setores auxiliares exigidos pela complexidade das atividades desempenhadas pelas empresas contemporâneas e conseqüente distribuição de parcelas de poder de mando entre as chefias desses diversos segmentos da organização.

17. Por isso e face aos textos legais pertinentes à matéria (artigos 62, "c"; 224, § 2º; 469, § 1º; 499, da CLT), impõe-se a distinção feita por ROCHA, Osiris, no artigo citado, em:

"a) cargos de representação (diretores-empregados, gerentes);

b) cargos de chefia e/ou fiscalização;

c) cargos de confiança imediata.

Em todos eles, como é óbvio, salienta-se a confiança do empregador como elemento especial. Em uns casos, porque o empregado — diretor ou gerente — assume, perante os demais empregados e, inclusive perante terceiros, a figura do empregador, agindo em nome dele, contraindo obrigações. Em outros, porque, perante os empregados, exerce atividade própria do empregador por delegação expressa ou tácita. Ou ainda porque a função corresponde a encargo que não só pode produzir risco para a empresa, ou na sua sobrevivência ou no seu pleno desenvolvimento, como também porque ela se identifica com algum interesse fundamental do empresário." (item nº 4).

18. Vê-se, pois, que exercem cargo de confiança tanto os altos dirigentes, munidos dos mais amplos poderes de gestão e de comando como, também, aqueles ocupantes de postos de menor hierarquia dentro da empresa mas que detenham parcelas de poder de mando suficientes para torná-los responsáveis pelos setores que chefiavam.

19. Nessa linha de raciocínio o referido autor assim define:

"(. . .) cargo de confiança é aquele no qual o empregado exerce funções que seriam próprias do empregador, com poder de mando e de representação, perante os demais empregados e, também, terceiros, ou, então, ocupa cargos de chefia que o colocam em plano superior aos companheiros e em íntima colaboração com o empregador, ou, por último, exerce funções que exigem cuidado especial do empresário porque vai ele lidar com o patrimônio ou valores cuja guarda pode representar risco de monta para a sobrevivência da empresa ou terá poder de decisão, também arriscado." (item nº 6).

20. Feitas estas colocações e examinando-se o elenco de atribuições outorgadas aos ocupantes dos cargos de chefia da Consultoria Jurídica e da Assessoria de Planejamento, conclui-se que os requerentes efetivamente desempenham cargos de confiança. Vejamos, apenas para ilustrar, algumas dessas atribuições, arroladas no artigo 21 do Regulamento Interno:

"Aos Diretores de Departamentos, e, no que couber, aos chefes da Consultoria Jurídica e da Assessoria de Planejamento, compete:

I — supervisionar, orientar e coordenar os órgãos subordinados em todas as suas atividades, respondendo pelos encargos a eles atribuídos e assinando o expediente respectivo;

II — despachar os assuntos de sua competência (. . .);

VI — reunir, periodicamente, empregados que lhe forem subordinados, a fim de assentar providências, ouvir sugestões ou discutir assuntos de interesse do serviço;

VII — autorizar a movimentação do pessoal no órgão que dirige, entre as diversas unidades subordinadas (. . .);

XII — impor penas disciplinares aos empregados do Departamento, na forma da legislação em vigor e representar ao seu superior, quando a penalidade exceder a sua alçada;

XIV — providenciar a elaboração de propostas orçamentárias do órgão que dirige, dando-lhe, a seguir, o encaminhamento regulamentar."

21. Tais incumbências, sem dúvida, só podem ser desempenhadas por quem detenha determinada parcela de poder de mando a qual, ainda que minúscula ante o feixe de poderes concentrados em outros ocupantes de cargo de maior hierarquia, reúne nos titulares dessas chefias o bastante para caracterizá-los como exercentes de cargo de confiança, o que

os afasta do controle de horário previsto no Capítulo II da CLT, e, conseqüente, obrigação de marcar livro-ponto.

22. Cumpre destacar, outrossim, que IRENE C. DE ALMEIDA CARVALHO, que ocupa a chefia do Departamento Administrativo, diversamente dos demais, que são regidos pela CLT, está subordinada ao regime estatutário, eis que é funcionária pública posta à disposição da Secretaria de Transportes para ter exercício na CINTEA, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens, conforme consta no ato publicado no Boletim nº 9.209/80, DOE de 5 de setembro de 1980.

23. Consoante já foi dito através do Parecer nº 2.740/74, desta PGE, na hipótese de cessância com ônus não se dá surgimento de uma segunda relação jurídica entre o cedido e a entidade cessionária, ainda que esta tenha seu pessoal subordinado ao regime trabalhista.

24. Com efeito, assim foi dito no mencionado Parecer:

"Muito embora o servidor cedido com ônus para o Estado receba na entidade de direito privado onde passou a prestar serviço uma diferença que tem caráter salarial, ou de indenização pelo trabalho efetivamente prestado, ele não estabelece nova relação de empregado com essa entidade. Em nossa tradição administrativa jamais se considerou que a cessão de servidor com ônus para o Estado implicasse surgimento de outra relação jurídica, com o órgão ou entidade ao qual foi cedido. Na cessão sob essa forma, o vínculo jurídico existente é apenas o originário, permitindo-se, apenas, que o servidor realize as tarefas que lhe incumbem em repartição, órgão ou entidade diversa daquela em que está lotado.

.....

Não passa o servidor público, de outro lado, à condição de empregado dessas entidades. Ainda que cedido, ele continua servidor do Estado, mantendo relação jurídica de emprego apenas com a Administração Direta, ...".

25. Sendo assim, a referida servidora continua destinatária das vantagens próprias do regime institucional, algumas com possibilidade de gozo imediato e outras postergadas para o final da cessância. Dentre aquelas, seguramente, está a prevista na Lei nº 2.586, de 28 de dezembro de 1954, assim expressa no artigo 1º:

"É assegurado aos servidores públicos estaduais, bem como aos ferroviários e autárquicos, matriculados em estabelecimentos de ensino superior e técnico-profissional, o direito de se afastarem de suas repartições, para assistirem tantas aulas quantas sejam necessárias para que, somadas às que não coincidem com o horário de expediente, perfaçam o mínimo de frequência obrigatória."

26. ISSO POSTO, concluímos:

1. A exigência de registro de livro-ponto, prevista no artigo 74, § 2º, da CLT e imposta de forma genérica, através da Ordem de Serviço nº 05/80 da CINTEA, decorre do poder diretivo da Empresa e, ainda que dispensada anteriormente, não acarreta, agora, alteração contratual ou violação de eventual direito adquirido.

2. Os Requerentes, face ao tipo de atribuições que lhes destina o Regulamento Interno da Empresa, exercem funções de chefia de alto nível, podendo ser classificados como elementos de confiança do empregador.

Ocupando funções dessa natureza não ficam sujeitos a regime de horário, nos termos do artigo 62, letra "c" da CLT, restando, conseqüentemente, dispensados de controle através de livro-ponto.

Nessas condições, ambos devem estar sempre à disposição do empregador impossibilitados, pois, de exercerem outras atividades particulares, durante o tempo em que se fizerem necessárias suas presenças no serviço.

3. A Requerente, IRENE C. DE ALMEIDA CARVALHO, devido a sua situação de funcionária regida pela Lei nº 1.751/52, à disposição da CINTEA com ônus para o Estado, somente terá direito a ausentar-se do expediente, durante o período de aulas, para perfazer o mínimo de frequência obrigatória, desde que comprove satisfazer aos requisitos da Lei nº 2.586, de 28 de dezembro de 1954 e do Decreto nº 20.275, de 7 de maio de 1970, elementos esses que não constam dos autos.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 27 de maio de 1981.

CESSÃO DE DIREITOS DE POSSE

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 UNISI-
NOS

PARECER Nº 4.416

BEM IMÓVEL.

Usucapião de bem imóvel pela FEBEM — Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, por meio de cessão de direitos de posse, a fim de caracterizar "accessio possessionis".
Condições suspensiva e resolutive de negócios jurídicos.

A FUNDAÇÃO ESTADUAL DO BEM-ESTAR DO MENOR (FEBEM), por intermédio da SECRETARIA DO TRABALHO E AÇÃO SOCIAL, e a SECRETARIA DE EDUCAÇÃO E CULTURA (SEC), convencionaram, através de Ofícios de nºs 1.3B3/76-STAS e 7756/SEC), a troca de bens imóveis, autorizando reciprocamente o pleno uso dos bens a serem permutados e deliberando sobre a constituição de uma comissão integrada por técnicos de ambas as Pastas para tratarem da transferência efetiva dos imóveis e da destinação dos bens imóveis, de acordo com a legislação vigente.

Os imóveis a serem objeto da permuta seriam aqueles pertencentes à FEBEM, sito na Av. Bento Gonçalves nºs 1.715 e 1.729 e o imóvel da SEC, sito no alto do Morro da Agronomia, na Av. Bento Gonçalves nº 7.712, onde funcionava o Ginásio Agrícola Senador Pinheiro Machado (GASPM).

Constituída a Comissão foi elaborado um Relatório, constando de uma Ata de Instalação, de 19 de abril de 1976, seguida de mais duas Atas de Reuniões realizadas em 16 de junho de 1977 e 12 de julho de 1977 e vários anexos, contendo relação de todos os bens móveis, imóveis e semoventes, do material de consumo, bem como de um levantamento de dados sobre a situação sócio-econômica dos funcionários e professores do extinto GASPM, além de outros documentos, dentre os quais os Ofícios de nºs 1B94 e 2921 do Senhor Secretário de Educação e Cultura, dirigidos aos Cartórios de Registro de Imóveis da 1ª e da 2ª Zona, nos quais afirmou que apesar de não se ter encontrado documentos a respeito do imóvel sito na Av. Bento Gonçalves, nº 7.712, e de não estar o referido imóvel tombado na Diretoria do Patrimônio, existiriam informações de que o Estado teria adquirido naquela região mais de 200 ares (2 ha) para a Faculdade de Porto Alegre.

Através do parecer conclusivo, de fls. 140 a 143, a sobredita Comissão constatou a permuta, de fato, dos imóveis em questão, sendo que a SEC encontra-se na posse, uso e gozo do imóvel localizado na Av. Bento Gonçalves, nºs 1.715 e 1.729, desde a data de 25 de julho de 1967, onde edificou o Ginásio Estadual Padre Rambo, escola de 1º e 2º graus, enquanto a FEBEM encontra-se na posse do imóvel situado na Avenida Bento Gonçalves, nº 7.712, anteriormente destinado ao GASPM, atual Instituto Irmão Miguel Dario, desde o ano de 1976, há, pois, aproximadamente 4 (quatro) anos.

Ademais, referiu a Comissão no mesmo parecer a não localização de registros imobiliários relativos ao imóvel antes ocupado pelo GASPM, o que, todavia, não obstará a permuta, já que comprovada a posse da SEC, sem solução de continuidade, esta última poderia ceder seus direitos de posse sobre o referido imóvel à FEBEM. Por outro lado, o imóvel pertencente à FEBEM encontra-se devidamente legalizado, estando o respectivo título dominial anexado ao Processo (fl. 109).

Ouvido o Ministério Público, órgão responsável pelo velamento das fundações, através de sua Procuradoria de Fundações, pronunciou-se o Curador de Fundações designado, Dr. JACQUES RABELLO RIBAS, por meio do Parecer nº 03/B0 (Proc. 20B/B0), de fls. 153 a 155, no sentido do desacolhimento da pretensão da permuta pela FEBEM, em razão da falta de título sobre o imóvel anteriormente ocupado pela SEC, o que ensejaria o risco de desfazimento do negócio em virtude de eventual demanda. Sugere, contudo, o mesmo Curador, que a SEC promova a competente ação de usucapião do imóvel, já que sobre ele manteve posse mansa e pacífica desde a edificação do antigo GASPM, nos anos de 1927 a 1929.

Assim, desde que obtida a sentença judicial definitiva favorável à SEC, em ação de usucapião, o negócio pretendido tornar-se-ia ponderável.

Isso posto, o Presidente da FEBEM encaminhou o expediente à Secretaria de Trabalho e Ação Social, a quem está a referida Fundação vinculada, para que o mesmo fosse encaminhado a esta Procuradoria-Geral, com vistas à Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual, para fins de promover a ação de usucapião do imóvel em apreço, o que foi acolhido pelo titular da respectiva Pasta.

É o relatório.

De acordo com os elementos contidos no expediente, faticamente, a permuta entre a FEBEM e a SEC já efetivou-se, faltando apenas a legalização do que foi feito pelos dois órgãos para que a referida troca se opere também de direito.

A ação de usucapião do imóvel sito na Av. Bento Gonçalves, nº 7.712, cujo título dominial não foi localizado, destinado anteriormente ao GASPM, depois ocupado pela FEBEM desde 1976, mediante autorização expressa da SEC, tendo lá instalado um edu-

candário para treinamento profissional no setor primário a menores sem problemas de conduta, ora denominado Instituto Irmão Miguel Dario e que foi sugerida pela Curadoria de Fundações da Procuradoria-Geral da Justiça, deve, efetivamente, ser intentada.

O mesmo Curador, no Parecer antes citado, de fls. 153 a 155, reconheceu a posse "ad usucapionem" do Estado, através da SEC, posse esta já transferida, de fato, para a FEBEM. Dita transferência por si só denota a posse "animus domini" pelo Estado.

Assim, a titularidade da ação deve ser atribuída, de direito, à referida Fundação, que se encontra atualmente na posse, uso e gozo do imóvel usucapiendo, bastando para tanto que o Estado transfira seus direitos de posse à FEBEM por meio de contrato de cessão, retroagindo seus efeitos à data da transferência efetiva da posse, para que a mesma obtenha a legitimidade ativa para usucapir.

O Código Civil Brasileiro, a par da cessão de crédito (arts. 1.065 a 1.077), prevê nos arts. 1.078 e 1.079, § 1º, a cessão de outros direitos, para a qual aplicar-se-ão os mesmos dispositivos referentes à cessão de crédito (título III), desde que não haja modo especial de transferência.

A respeito da matéria é a seguinte a lição de ANTUNES VARELA:

"A expressão cessão do direito destina-se a dar, através duma imagem de sentido plástico, a idéia de que o direito adquirido pelo terceiro (cessionário) é exatamente o mesmo de que era titular o transmitente (cedente), e não apenas um direito que, sendo diferente, tem um objeto idêntico ao do direito anterior. O direito cedido não perde a sua identidade, pelo fato da modificação subjetiva que sofre" (in Enciclopédia Saraiva do Direito, Coordenação do Prof. R. Limongi França, vol. 14, São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 195).

Para tanto, o contrato de cessão é o meio adequado, pelo qual se opera a transferência do direito.

De outro lado, o art. 552 do Código Civil Brasileiro permite que o prescribente — como bem o explica CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "faça juntar à sua a posse do seu antecessor — *accessio possessionis*, observando-se que: a) na sucessão a título universal, dá-se sempre a *accessão*; b) na que se realiza a título singular" — que de ora se trata, "o usucapiente pode fazer a *junção*, contanto que sejam ambas aptas a gerar usucapião" (in Instituições de Direito Civil, vol. IV, 2ª ed., RJ-SP, Forense, 1974, pág. 131).

Não é exigível, pois, que a coisa seja possuída pela mesma pessoa por todo o tempo necessário para usucapir. Pode haver *accessão* da posse de outrem. O que é indispensável é a chamada "*continuatio possessionis*", qual seja, a posse associada ao fator tempo prescrito em lei (cfe. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. cit., pág. 131).

O supracitado dispositivo faz remissão ao art. 496 do mesmo Código, o qual, por sua vez, distingue o sucessor universal do sucessor singular, em razão, justamente, da obrigatoriedade, ou da facultatividade da acessão de posses (*"accessio possessionis"*).

Sucessor singular, o que interessa no caso presente, é o que substitui o antecessor em direitos ou coisas determinadas como o comprador ou promitente comprador, o locatário, o cessionário etc. (Veja-se a propósito, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, 3º vol., 15ª ed., SP, Saraiva, 1976, págs. 3B-9).

A cessão de direitos de posse de que ora se trata e que fora sugerida pela comissão constituída para tratar da permuta dos bens imóveis, citados anteriormente, pode ficar condicionada resolutivamente à aquisição prescritiva do direito de propriedade.

Condição resolutiva porque a transferência da posse através do contrato de cessão para usucapir imóvel poderá ser resolvido *"ipso jure"* com o advento da condição, qual seja, a não obtenção da declaratividade da usucapião pretendida.

Ao mesmo tempo, é de todo conveniente que se efetue promessa de permuta condicionada suspensivamente à efetiva aquisição da propriedade imóvel pela usucapião por parte da FEBEM.

Condição suspensiva porque a permuta ocorrerá se e quando for implementada a condição ajustada contratualmente, ou seja, a aquisição da propriedade por meio da ação de usucapião promovida pela possuidora cessionária FEBEM, com base na sentença judicial definitiva declarativa da usucapião transcrita no registro de imóveis.

Se a condição acima prevista não se realizar eliminam-se *"ex tunc"* (desde então) todos os atos praticados anteriormente pelas partes, tendentes à efetuação do negócio.

PONTES DE MIRANDA, comparando as duas espécies de condição, a resolutiva e a suspensiva, estabelece alguns traços distintivos, a saber:

"O estado de pendência, quando há condição resolutiva, é à semelhança do que se passa nas espécies em que é suspensiva a condição. Também aí o ato jurídico é desde já e produz, pelo menos, o efeito vinculativo; mas, a diferença do que acontece com os atos jurídicos sob condição suspensiva, o efeito condicionado ou os efeitos condicionados produzem-se, desde logo, para cessarem se e quando se realizar a condição. Então, volve-se ao estado anterior ao ato jurídico".

E mais adiante:

"O adquirente condicional, se há condição suspensiva, ainda não é, propriamente, adquirente; só adquire se a condição se realiza. É por abreviação que se lhe chama adquirente condicional, — é pessoa que, se cumprir a condi-

ção, adquirirá. Se há condição resolutiva, não: o adquirente exposto à condição resolutiva já é adquirente. Tem posse; não é possuidor imediato, de modo que se tivesse de considerar possuidor mediato o disponente.

Com o advento da condição, todo o direito, que se adquirira, cessa; simultaneamente, nasce o direito do que resolutivamente dispusera" (in Tratado de Direito Privado, Tomo V, 4ª ed., § 544, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, págs. 145-6).

Com efeito, a cessão de direitos de posse com condição resolutiva e a promessa de permuta com condição suspensiva à ocorrência do evento, qual seja, a sentença judicial definitiva da usucapião em favor da FEBEM, resguardará os interesses de ambas as partes.

Todavia, a sugestão ora proposta deve ser submetida à Curadoria de Fundações da Procuradoria-Geral da Justiça, cuja competência para velar pelos interesses dos entes fundacionais, não pode ser afastada.

O juízo final de conveniência do negócio pretendido cabe, sem dúvida, ao órgão fiscalizador das fundações, de acordo com a lei civil (CCB, arts. 26 e 30). No caso de negativa de parte da Curadoria de Fundações relativamente à sugestão ora apresentada, cujo objetivo é o de legalizar a situação de fato já constituída, deve o Processo retornar a esta Procuradoria-Geral do Estado.

Saliente-se nesse passo, que, em se tratando da transferência de direitos do Estado decorrentes da posse de bem imóvel — direitos imobiliários, faz-se necessário lei autorizativa.

EM CONCLUSÃO, nos limites dos elementos contidos no expediente, sugere-se a celebração de cessão de direitos de posse e promessa de permuta entre o Estado através da SEC e a FEBEM, retroagindo seus efeitos à data da troca de fato, mediante autorização legislativa. A primeira condicionada resolutivamente e a segunda, suspensivamente, à efetivação da usucapião, consultada, previamente, a Curadoria de Fundações da Procuradoria-Geral da Justiça.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 16 de julho de 1980.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS

MARISA SOARES GRASSI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.622

O preceito do artigo 99 da Constituição Federal proíbe não só o exercício remunerado de cargos e funções públicas, como também o acúmulo de investidura de posições, ainda que sem remuneração, fora das exceções taxativamente enumeradas no texto constitucional.

JUCY SARAIVA OSÓRIO, Técnico em Educação, Classe D, Padrão 20-10, designada para a função de Assistente Técnico FG-6, na Unidade de Pesquisa, Supervisão e Orientação Educacionais, Supervisão Técnica da Secretaria da Educação, em acúmulo com o cargo de Professor, Classe B, Nível 5, Triênio I, em regime de 22 horas, solicita a concessão de licença para tratar de interesse particular, prevista no artigo 86 da Lei nº 6.672/74, no segundo cargo, a partir de 1º de setembro de 1980, uma vez que, pela incidência do artigo 48 da Lei nº 7.397, de 18 de agosto de 1980 encontra-se convocada automaticamente para o regime de 44 horas.

A peticionária, juntamente com a funcionária ZILÁ MARIA GUEDES, recorreu à Secretaria da Administração solicitando pronunciamento a respeito da matéria. Na Informação nº 214/80 daquela Pasta, sustentou-se a viabilidade do pedido, ou, ainda, a possibilidade de redução para o regime de 33 ou de 22 horas semanais, com a conseqüente redução do valor da FG.

No entanto, tendo em vista a divergência de orientação desta Procuradoria-Geral do Estado manifesta no Parecer nº 3.415/76 sugere-se o encaminhamento da matéria a esta Casa, visando uniformizar o pensamento da jurisprudência administrativa.

É o relatório.

A requerente acumulava lícitamente o cargo de Técnico em Educação, do Quadro Geral, com regime de 33 horas em decorrência de designação para função gratificada, e o cargo de Professor, do Quadro de Carreira, de 22 horas, perfazendo o total de 55 horas semanais, em conformidade com o artigo 11 da Lei nº 4.937/65. Com o advento da Lei nº 7.397/80 sobreveio a ilicitude em razão da incompatibilidade horária. Com efeito, dispõe, o artigo 48 do citado diploma legal:

"Qualquer ocupante de cargo estadual de provimento efetivo que for designado para função gratificada ou nomeado para cargo em comissão consi-

serar-se-á convocado para trabalhar em regime de quarenta e quatro horas semanais, se a ele, ou a outro de maior duração, inclusive em razão de acúmulo, já não estiver sujeito."

Objetivando evitar a incompatibilidade horária decorrente do exercício dos dois cargos, pretende a peticionária afastar-se de um deles permanecendo na posição integrante do Quadro Geral, com o regime de 44 horas semanais, pela incidência do artigo 48 da Lei nº 7.397.

O acúmulo de cargos e funções sempre foi matéria de grande controvérsia, quer na jurisprudência, quer na doutrina, que distinguem a acumulação de exercício, de titularidade ou investidura e de remuneração. Assim, em face das peculiaridades e interesse político com que se reveste o mandato eletivo, tem a norma constitucional permitido o acúmulo, nesse caso, observadas determinadas premissas, não só de exercício, mas inclusive, de titularidade de posições, com remuneração em apenas uma delas. É o que ocorre, por exemplo, com os deputados, providos anteriormente em cargos públicos, que ao serem empossados, afastam-se tão-só do exercício de função pública, para exercer o mandato para o qual foram eleitos.

Portanto, sendo exceção, na sistemática constitucional, à regra geral da incompatibilidade, torna-se imperioso a disciplina expressa permitindo o acúmulo de duas posições, ainda que só haja remuneração em uma delas.

Sabe-se que o tema em análise esteve presente nos debates já no Brasil Império, ganhando destaque nas Cartas Constitucionais Republicanas. Se sob a égide da Constituição Federal de 1946, em razão de o texto não mencionar expressamente o acúmulo de funções, mas tão-só de cargos, houve quem sustentasse, sem o apoio da jurisprudência dominante, que a proibição alcançava apenas o exercício destes, da mesma forma, há quem argumente que a Carta Política vigente proíbe tão-só as acumulações remuneradas e, não, o acúmulo de investidura.

No entanto, se assim o é, essa Procuradoria-Geral do Estado, na trilha de inúmeros pareceres do abalizado Conselho do Serviço Público, tem sustentado que o afastamento do exercício de um dos cargos sem a correspondente remuneração, não elide o acúmulo vedado na Constituição Federal.

Com efeito, o extinto órgão responsável pela uniformização da jurisprudência administrativa estadual, no Parecer nº 4.369, publicado no Diário Oficial do Estado de 5 de junho de 1961, relator o Conselheiro JOÃO PETERSEN JÚNIOR, pronunciou-se:

"A proibição de acumular não se limita à remuneração ou ao exercício; ela abrange, igualmente, a investidura em mais de um cargo ou função pública. Embora, só uma posição seja, realmente, exercida ou retribuída, o servidor não pode deter mais de uma, ressalvadas as exceções constitucionais. O fun-

cionário licenciado para tratar de interesses particulares, por se conservar na titularidade do seu cargo ou função, não pode exercer outra posição pública federal, estadual ou municipal, ressalvados os casos expressamente excepcionados, sem ferir frontalmente o preceito constitucional vedador da acumulação (...)."

Também no Parecer nº 4.528 a mesma tese foi sustentada:

"O funcionário licenciado para tratar de interesses particulares não pode exercer outra função pública, civil ou militar, cujo desempenho não seja, legitimamente, acumulável com o da que continua detentor e está, apenas, afastado." (Diário Oficial de 7 de novembro de 1961, Relator JOÃO PETERSEN JÚNIOR).

Examinando criteriosamente a matéria à luz do art. 97 da Constituição de 1967, redação mantida no art. 99 da Emenda nº 1/69, o então Procurador-Geral da República, Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, demonstrou no Parecer nº 559-H, de 6 de setembro de 1967, que o entendimento sempre foi no sentido da vedação ampla, por ser a interpretação que melhor se coaduna com o objetivo da norma constitucional.

Após mencionar os elementos históricos que conduzem à orientação propugnada, argumenta o jurista:

"28. Reconheço que o legislador constituinte não escolheu a melhor técnica para expressar o seu propósito, dando margem a dúvidas, até certo ponto aceitáveis, na fiel execução da regra.

29. Parece-me, porém, que a verdadeira inspiração constitucional é aquela traduzida no princípio da proibição absoluta, ressalvadas, tão-somente, as exceções, expressamente previstas.

30. Não seria curial propugnar-se pela aceitação de um outro tipo de acumulação permitida, através de interpretação. Como exceções só reconhecidas as que estão indicadas na norma superior.

31. Quando o art. 97 fala em "acumulação remunerada", naturalmente pretende se referir ao cargo, mesmo porque não há cargo sem remuneração.

32. O fato de o servidor poder optar pelos vencimentos de um dos cargos, para que se possibilitasse a acumulação, seria medida inconveniente, contrária aos interesses da Administração e não autorizada pelo preceito maior.

33. Implicaria isto também, na chamada "acumulação de autoridades" como bem acentuou o Dr. Corsídio Monteiro da Silva, hipótese repelida pelo Mestre Rui, alertando, inclusive, para seu caráter pernicioso.

34. Não me impressiona o argumento de não ter a Constituição mencionado a palavra *cargos*, e ter se referido apenas à *acumulação remunerada*.

36. Assim, não receio afirmar que o art. 97 da vigente Constituição pretendeu e pretende vedar a *acumulação de Cargos*, ainda que omita essa expressão.

38. Que seria da Administração se tivesse de se sujeitar à vontade do servidor licenciado para ocupar um outro cargo? Não poderia preencher aquele cargo, por isso que estaria ele sempre à disposição do seu titular afastado, e que poderia retornar quando bem lhe aprofvesse.

39. Se não licenciado, mas em efetivo exercício, sem remuneração, poderia obrigá-lo ao cumprimento integral de seus deveres e responsabilidades? Claro que não. A prestação de serviços gratuitos seria inconciliável com a aplicação das normas disciplinares.

41. O problema, embora à primeira vista complexo, não me induz a outro entendimento, senão o que ora espos, amparado mesmo da doutrina e jurisprudência que analisaram a questão, posta em idênticos termos, nas Constituições anteriores à de 1946." (RDA 91/374).

Desta forma, ainda que ponderáveis os argumentos contrários, não o são suficientes, pelas razões apontadas, para impulsionar a alteração no posicionamento desta Procuradoria-Geral do Estado quanto à interpretação da norma do art. 99 da Constituição Federal.

Resta, pois, à interessada, pretendendo manter a investidura em função gratificada, a redução do regime horário de trabalho no cargo integrante do Quadro Geral para 33 h com a correspondente redução na remuneração, nos termos do § 1º do art. 48 da Lei nº 7.397/80, in verbis:

"§ 1º — O funcionário a que se refere este artigo poderá manter-se em regime de trabalho de duração inferior, na forma e com as conseqüências previstas nos §§ do artigo 40 e no artigo 41, aplicáveis tanto ao vencimento do cargo em comissão como à parcela do vencimento percebida como função gratificada."

EM CONCLUSÃO, somos pelo indeferimento do pedido, em face do preceito do art. 99 da Carta Política que proíbe não só o exercício remunerado de cargos e funções públicas como também o acúmulo de investidura de posições, ainda que sem vencimentos, fora das exceções taxativamente enumeradas no texto constitucional.

PORTO ALEGRE, 16 de fevereiro de 1981.

RPGE, Porto Alegre, 12 (32): 145-148, 1982

AUXÍLIO FUNERAL

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.689

O auxílio funeral em acumulação remunerada de cargos é devido em razão de ambos os vencimentos a que o funcionário fazia jus, por mês.

1. Inconformada com o auxílio funeral recebido em razão da morte de seu marido, ROSAURA DA PORCIÚNCULA SCHWAAB requer ao Tesouro do Estado a sua complementação, com fundamento no art. 161, da Lei nº 1.751/52, alegando ter recebido a tal título apenas os vencimentos relativos a um dos cargos de que seu marido, FELIPPE SCHWAA8, era detentor.

Conforme narra em seu pedido, o "de cujus" era titular de dois cargos na Secretaria de Educação (matrículas 10354557 e 20354550); seu falecimento ocorreu em 14 de novembro de 1980 e a viúva faz prova de ter recebido auxílio funeral apenas sobre os vencimentos do cargo de maior valor, pelos documentos que junta a fls. 4, 5, e 6.

A Assessoria da Diretoria-Geral do Tesouro do Estado confirma que este pagou à viúva a quantia correspondente ao cargo de maior remuneração, seguindo orientação traçada pelo Parecer nº 3.158, de 4 de outubro de 1955, do Conselho do Serviço Público. Sucintamente refere os argumentos do referido parecer, cuja cópia veio anexa, quais sejam: — da aplicabilidade, por analogia, das disposições estatutárias então vigentes para o pagamento das Gratificações Adicionais e, — o de que tal interpretação restritiva encontraria reforço no expresso texto do art. 156, § 1º, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que determina que, em caso de acumulação, o auxílio funeral seja pago somente em razão do cargo de maior vencimento do servidor falecido. Salienta, ainda, aquela Assessoria a não-obrigatoriedade de aplicação de tal dispositivo, eis que de abrangência única do funcionalismo civil da União e, igualmente, que o art. 158, parágrafo único, da Lei nº 6.672/74, revogou o art. 112 da Lei nº 1.751/52, permitindo, assim, a incidência das gratificações adicionais sobre o vencimento de cada cargo, quando de acumulação remunerada, de acordo com o tempo de serviço em cada um deles.

Conclui ser esta a situação funcional de FELIPPE SCHWAAB e não vê óbice legal a que o auxílio funeral seja concedido na forma requerida. Entretanto, tendo em vista a orientação que vem sendo seguida desde 1955, por força do supramencionado Parecer do então Conselho do Serviço Público, sugere a audiência desta Procuradoria-Geral do Estado.

RPGE, Porto Alegre, 12 (32): 149-152, 1982

A Diretoria-Geral do Tesouro do Estado concorda com a sugestão e remete o processo a Sua Excelência o Senhor Secretário da Fazenda, o qual faz a sugerida solicitação a esta Casa, com o objetivo de *"traçar orientação definitiva"* (sic).

É o relatório.

2. Segundo o art. 161 da Lei nº 1.751/52:

"Ao cônjuge, pessoa da família, ou na falta destas, a quem provar ter feito despesa do funeral do funcionário, será concedida a importância correspondente a um mês de vencimentos.

§ 1º — A despesa correrá pela dotação própria do cargo, não podendo, por este motivo, o novo ocupante entrar no exercício antes do transcurso de 30 dias.

§ 2º — O pagamento será efetuado pela respectiva repartição pagadora, assim que lhe for apresentado o atestado de óbito pelo cônjuge, ou pessoa da família e, na falta destas, a quem houver, às suas expensas, efetuado o funeral." (Grifei).

Dá-se depreender que, em relação ao cônjuge ou à pessoa da família, o fato que cria o direito de haver o auxílio funeral é a morte do funcionário e que tal auxílio equivale a um mês de vencimentos. Ao contrário do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, o nosso não fez qualquer ressalva quanto à possibilidade de limitação de tal auxílio, no caso de acumulação remunerada de cargos. No âmbito da União a lei é expressa:

"À família do funcionário falecido, ainda que ao tempo da sua morte estivesse ele em disponibilidade ou aposentado será concedido auxílio funeral correspondente a um mês de vencimento, remuneração ou provento.

§ 1º — No caso de acumulação o auxílio funeral será pago somente em razão do cargo de maior vencimento do servidor falecido.

§ 2º — A despesa correrá pela dotação própria do cargo, não podendo, por este motivo, o nomeado para preenchê-lo entrar em exercício antes de decorridos trinta dias do falecimento do antecessor." (Art. 156, da Lei nº 1.711/52. Grifei). (Observe-se que, neste caso, evidentemente, a vacância de 30 dias só será obrigatória no cargo de maior remuneração, sendo que o outro poderá desde logo ser preenchido, ou, conforme a conveniência, não o ser).

Quer no âmbito estadual, quer no âmbito federal, parece lógico que se de dois funcionários se tratasse, dois auxílios funerais seriam prestados, na proporção de um mês de vencimentos de cada um, e ambos os cargos não poderiam ser providos pelo período de trinta dias, visto que o referido auxílio corre sempre por conta da dotação própria dos cargos.

De outra parte, deparamo-nos com aquela anterior orientação do Conselho do Serviço Público no sentido já exposto; e, igualmente, com a dificuldade em aplicá-la, no pre-

sente, visto ter sido aquele art. 112 do Estatuto Estadual revogado, fazendo, assim, cair por terra a interpretação analógica proposta com o fito de prestar ao art. 161 do mesmo Estatuto sentido mais restrito, em se tratando de acumulação remunerada de cargos.

Sem prévia e expressa determinação de lei não me parece lícito negar-se o pagamento de ambos os vencimentos a que fazia jus o funcionário às pessoas que menciona o art. 161 já citado e a título de *"auxílio funeral"*.

Não me parece tratar-se de uma dívida de valor, de caráter meramente indenizatório das despesas efetuadas com funerais, eis que a lei sequer cogita de subordinar seu pagamento à comprovação de tais despesas em se tratando de cônjuge ou de pessoa da família do *"de cujus"*. E, ainda, sequer estipula alguma proporcionalidade ou percentualidade quer sobre os reais vencimentos do funcionário, quer sobre um valor de referência qualquer, mesmo com relação a quem deva comprovar ter efetuado despesas com seus funerais. Não. Estipula que o auxílio funeral são os vencimentos relativos a um mês.

Parece-me feliz a referência ao Parecer de nº 4.218, de 12 de novembro de 1979, do Dr. JORGE ARTHUR MORSCH, feita pela Assessoria da Diretoria-Geral do Tesouro, na parte em que afirma que *"na acumulação remunerada de cargos, coexistem duas linhas funcionais, consideradas independentemente uma da outra, como se de dois funcionários se tratasse"*, para que se entenda que em tais casos o auxílio funeral são os vencimentos de ambos os cargos. Sim, eis que nestes casos, o suporte fático, vale dizer, o fato que gera o direito de haver o pagamento de um mês de vencimentos à pessoa da família do funcionário falecido é a sua morte e não, despesas com seus funerais. E, assim, este suporte fático recebe, do mesmo dispositivo legal dupla incidência, visto tratar-se, na espécie, de acumulação remunerada prevista e permitida em lei e mais; que, se efetivamente de dois funcionários se tratasse, o falecimento de ambos ensejaria às suas famílias o mesmo direito no tocante aos vencimentos de cada um e, vincularia o Estado, por força de sua dotação orçamentária, a deixar ambos os cargos em vacância por trinta dias. Parece-me S.M.J., que o que pretendeu o dispositivo em pauta foi conceder ao consorte ou à família do funcionário aqueles vencimentos a que estavam habituados mensalmente, mormente em consideração da especial dificuldade enfrentada naquele mês em que seguramente os gastos teriam sido superiores aos habituais.

Com relação ao terceiro que arca com despesas de funeral de funcionário público o direito emerge não da morte deste, mas daquelas despesas realizadas. Entretanto, o direito deste terceiro é idêntico: deve receber um mês de vencimentos do funcionário, não importando tenham sido seus gastos inferiores ou superiores àqueles.

Dizia não ser dívida de valor. Isto, em meu entender é o que ocorre, por exemplo, com o transporte concedido à família do funcionário falecido *"fora da sua sede, no desempenho do serviço"* (art. 160 da Lei nº 1.751/52). O objetivo deste auxílio é meramente transportar a família, que assim o será tão-somente nesta ocasião e na medida do que o exigir a distância ou outras circunstâncias, qualquer que seja o cargo ou se tenha ou não havido acumulação remunerada de cargos do *"de cujus"*. Evidentemente, o transporte

é concedido em razão de sua necessidade em si mesmo, e não, em razão da posição funcional do servidor. Já, com relação ao que a lei chamou de "*auxílio funeral*", a dívida que o Estado assume para com a família do funcionário morto é de pagar seus vencimentos, como se ainda permanecesse vivo por um mês adiante da sua morte.

Ademais, tal pagamento, ainda que levado a efeito em razão de dois cargos, conforme já se salientou, não importa em onerar duplamente os cofres públicos. E aqui, a interpretação extensiva do art. 161 parece mais lógica que a restritiva. Nem caberia argumentar não ser assim no âmbito da União para justificar procedimento semelhante no Estado. Com relação ao funcionalismo público federal não são devidos todos os vencimentos em caso de acumulação remunerada, em razão da morte, por motivo óbvio: a lei é expressa (art. 156, § 1º da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 anteriormente transcrito).

3. Por tais motivos, opino no sentido de que são devidos, a título de "*auxílio funeral*", àquelas pessoas a que se refere o art. 161 da Lei nº 1.751/52, os vencimentos relativos a um mês a que faria jus o funcionário, se vivo fosse, na qualidade de titular de dois cargos; considerando-se seus os vencimentos havidos por soma dos de ambos os cargos, e, devendo o Estado, por via de consequência, mantê-los em vacância de trinta dias, a contar da morte.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 28 de maio de 1981.

CONTAGEM RECÍPROCA DE TEMPO DE SERVIÇO

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

PARECER Nº 4.680

APOSENTADORIA – FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Contagem recíproca de tempo de serviço. Cômputo de tempo de serviço privado prestado sob o regime da Lei Federal nº 3.807/60.

A competência para fornecer a respectiva Certidão de Tempo de Serviço é do INPS, perante o qual também serão processadas as justificações administrativas de tempo de serviço prestado sob o mesmo regime.

Lei Federal nº 6.864, de 1º de dezembro de 1980, e Decreto Federal nº 85.850, de 30 de março de 1981 – modificações introduzidas.

A funcionária ILKA SCHNEIDER LYRIO, Agente Administrativo, classe B, padrão 14, da Secretaria da Segurança Pública pretende obter o benefício da aposentadoria no serviço público estadual e, para tanto, computar período em que exerceu atividade privada.

No processo de justificação requerido perante a Justiça Federal e no qual foram citados o Instituto Nacional de Previdência Social, o Estado do Rio Grande do Sul e a Procuradoria da República, a interessada alegou ter trabalhado no armazém de seu pai, em Canoas, na condição de empregada, no período de 1940 a 1952. Juntou alvarás de licença para localização do estabelecimento comercial, guias de recolhimento do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, duas notas fiscais, laudo pericial grafoscópico, além de depoimento de duas testemunhas.

A Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração entendeu não ter ficado perfeitamente esclarecida a natureza do trabalho exercido pela interessada, se efetivamente na condição de empregada ou mais com conotação de contribuição familiar, sem vínculo empregatício. Ademais, não viu efetivamente demonstrada a continuidade do trabalho.

Em vista disso, o processo foi encaminhado a esta Procuradoria-Geral onde, através da informação de fls. 100/102, sugerimos fosse dada à servidora ampla oportunidade de prova.

Cientificada, a funcionária, através de procurador habilitado, produziu o arrazoado de fls. 106/113, arrolando novas testemunhas e juntando declarações.

É o relatório.

Seguindo a trilha da legislação federal, o Estado, através da edição da Lei nº 7.057, de 30 de dezembro de 1976, passou a admitir que seus funcionários, para fins de aposentadoria, pudessem adicionar ao tempo de serviço público, o lapso temporal no qual exerceram atividade privada vinculada ao regime da Lei Federal nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 e não concomitante.

Na esfera federal, desde o advento da Lei nº 6.226, de 14 de julho de 1975, estabeleceu-se o benefício da comunicabilidade não só em favor daqueles servidores federais que pretendem se inativar pelos cofres da União, aproveitando atividade privada anteriormente exercida, mas também daqueles que, tendo sido funcionários da Administração Federal Direta e respectivas autarquias, passaram posteriormente à atividade vinculada ao regime da previdência social urbana. É a chamada contagem recíproca de tempo de serviço.

O Estado, por carecer de competência para obrigar a previdência social federal, não pode, desde logo, estabelecer tal comunicabilidade. No entanto, com a vigência da Lei Federal nº 6.864, de 1º de dezembro de 1980, regulamentada através do Decreto nº 85.850, de 30 de março de 1981, aquela realidade também se estendeu para os Estados-membros e Municípios, permitindo-se que fosse também contado para os efeitos da aposentadoria pela previdência social urbana, o tempo de serviço público prestado anteriormente aos Estados, Municípios e respectivas autarquias, com a condição de que estes assegurem aos seus servidores, mediante legislação própria, a contagem do tempo de serviço privado para efeito de aposentadoria pelo regime estatutário.

A comunicabilidade ampla do tempo de serviço, tanto na atividade pública como na atividade privada, assegurada agora, também, no âmbito dos Estados e Municípios, não interessa especificamente ao caso da requerente, eis que seu direito, como servidora estadual, de ver computado o período de atividade privada para fins de aposentadoria no regime público se encontra assegurado desde o advento da Lei Estadual nº 7.057/76.

Mas se a legislação federal em apreço não se reflete diretamente sobre a matéria, de modo indireto o faz, eis que fixou, de modo indubitoso, a competência dos órgãos para fornecer as respectivas certidões de tempo de serviço.

Com efeito, o antes referido Decreto Federal nº 85.850, de 30 de março de 1981, ao dar nova redação ao artigo 206 do Decreto Federal nº 88.080, de 24 de janeiro de 1979 (Regulamento dos Benefícios da Previdência Social), assim dispôs:

"Art. 206 — O tempo de serviço público ou de atividade vinculada ao regime da previdência social urbana pode ser provado com certidão fornecida:

I — pelo setor competente da Administração Direta Federal, Estadual ou Municipal, ou das suas Autarquias, relativamente ao tempo de serviço público;

II — pelo setor competente do INPS, relativamente ao tempo de serviço prestado em atividade vinculada ao regime da Previdência Social Urbana.

§ 1º — O setor competente deve promover o levantamento do tempo de serviço público federal, estadual ou municipal prestado sob o regime estatutário, à vista dos assentamentos funcionais, e emitir, em 2 (duas) vias, a Certidão de Tempo de Serviço — CTS, conforme modelo constante do Anexo III, observado o disposto no artigo 203.

§ 2º — O setor competente do INPS deve promover o levantamento do tempo de serviço vinculado à previdência social urbana, à vista dos assentamentos internos ou das anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social, ou de outros meios de prova admitidos para os segurados em geral e, excluído o que não satisfaça ao disposto no item IV do artigo 203, emitir a CTS, conforme modelo constante do Anexo IV."

Ficou, agora, fora de qualquer dúvida, que, em se tratando de certificar tempo de serviço prestado à entidade privada, o órgão competente para fornecer a respectiva certidão é o INPS, através de seu setor competente, ainda que seja para produzir efeitos para a aposentadoria no regime estatutário. De outro lado, em se tratando de tempo de serviço prestado à entidade pública, o órgão competente para fornecer a certidão será aquele da Administração Direta Federal, Estadual ou Municipal e respectivas autarquias, perante a qual o serviço foi prestado, mesmo que tenha como objetivo assegurar a aposentadoria pela previdência social urbana.

É de se concluir, igualmente, que compete ao INPS conhecer e processar as justificações administrativas que tenham como finalidade comprovar tempo de serviço privado. Não teria sentido fixar a competência daquele órgão previdenciário federal para fornecer a certidão de tempo de serviço se também as justificações administrativas relativamente ao mesmo tempo não fossem por ele processadas. As justificações administrativas serão processadas pelo Poder Público apenas e quando se tratar de comprovação de tempo de serviço público.

Aplicando-se tais normas ao caso ora em exame, deve a interessada, antes de ingressar com pedido de aposentadoria perante o Estado, requerer a competente averbação do tempo de serviço privado que possui perante o INPS. A este Órgão competirá decidir da suficiência ou não da prova produzida na justificação judicial e, em caso negativo, da necessidade de processar-se justificação administrativa perante aquele órgão previdenciário. Após o que, se for o caso, o INPS fornecerá à interessada a competente Certidão de Tempo de Serviço, com a qual será instruída a solicitação de aposentadoria perante o Estado para os efeitos da Lei Estadual nº 7.057/76.

É de esclarecer, finalmente, que se anteriormente era admitido que as justificações administrativas de tempo de serviço prestado a entidades privadas se processassem perante o Estado, quando com o fito de obter aposentadoria estatutária com as benesses da lei estadual por último referida, tal fato devia-se à falta de clareza dos textos legais federais en-

tão em vigor que não fixavam com precisão a competência dos órgãos encarregados de fornecer as Certidões de Tempo de Serviço. De outro lado ao que se sabe, o INPS, na época, processava apenas as justificações de tempo de serviço quando o ônus da aposentadoria devesse ser por ele próprio suportado.

Dentro de tal linha de orientação é que se oportunizou à interessada ampla possibilidade de prova complementar. O esforço e o tempo por ela empregados em atendimento à diligência não restaram, porém, prejudicados tendo em vista que os documentos e as razões trazidos poderão servir como subsídio, perante o INPS, da prova já produzida na justificação judicial.

Restituído, pois, o processo à origem há que ser extraída a inclusa justificação judicial e documentos de fls. 115 e 116 e entregues à interessada mediante recibo a ser anexoado aos autos, viabilizando-lhe a obtenção de certidão junto ao INPS, conforme acima ficou assente.

É, "*sub censura*", o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de maio de 1981.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

PRESCRIÇÃO DE VANTAGEM FUNCIONAL

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.704

PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÕES PERIÓDICAS. VANTAGEM FUNCIONAL.

Produz efeitos, enquanto perdurar a relação jurídica de função pública, independentemente da adimplência da obrigação, o direito subjetivo a determinada vantagem pecuniária que se formou e se inseriu na relação funcional.

A prescrição ocorre apenas referentemente à pretensão ou ação correspondente às prestações periódicas que completarem um quinquênio. (Decreto nº 20.910/32 arts. 1º e 3º).

Examina-se pretensão do professor aposentado pelo Município de Tuparendi, ALBINO GIARETTA, a pedido do Presidente da Câmara Municipal daquela comuna.

2. O servidor requereu e obteve aposentadoria com amparo no art. 108, § 2º, da Lei Orgânica do referido Município e no art. 228 do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei Municipal nº 20, de 25 de agosto de 1965), segundo os quais os professores municipais faziam jus a aposentadoria com proventos integrais, aos 25 anos de serviço, prestados no exercício das funções do magistério. O ato respectivo tem vigência a partir do dia 4 de janeiro de 1967.

Foram integradas aos proventos as vantagens de que tratam os arts. 148 e 153 do Estatuto dos Funcionários, não havendo sido considerado o item do pedido referente à vantagem do art. 110 do mesmo diploma legal.

3. Estabelece esse dispositivo:

“Art. 110 — Quando o funcionário exercer função gratificada durante um período ininterrupto de mais de cinco anos, a gratificação respectiva incorporar-se-á, para todos os efeitos, ao vencimento.

Parágrafo único — Nenhum funcionário poderá obter nova incorporação, salvo a diferença de gratificação, transcorrido um novo período de cinco anos.”

4. Consoante os documentos trazidos a exame, o funcionário referenciado ocupava o cargo de provimento efetivo de Professor, no Município de Santa Rosa, até a data de 31 de dezembro de 1959. A partir de 1º de janeiro de 1960, passou a integrar o quadro dos funcionários de Tuparendi, que era distrito daquele e se emancipou.

Exerceu, ininterruptamente, desde 1º de março de 1952, a função gratificada de Diretor do Grupo Escolar Municipal Visconde de Mauá, dela tendo sido dispensado, em 23 de julho de 1965, passando, mediante ato da mesma data, a ocupar o cargo de provimento em comissão de Secretário Municipal. Foi exonerado desse cargo ao ser aposentado (a partir de 04 de janeiro de 1967).

5. Alega o servidor que teria instado, ao longo do tempo, junto à Prefeitura, além de haver (em 1979, ao que parece) reiterado, por escrito, o requerimento com vistas a uma solução quanto à sua pretensão à vantagem prevista no artigo 110 do Estatuto (Lei Municipal nº 20/65).

A autoridade municipal, ao indeferir, em 1979, o pedido do servidor de incorporar a remuneração da função gratificada aos proventos da aposentadoria, invocou, como razão de assim decidir, a prescrição quinquenal. Louvou-se, para tanto, num parecer de uma empresa privada, que lhe prestou assessoramento (Delegações de Prefeituras Municipais), e noutro emitido na SURBAM, órgão da Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas, pareceres esses não trazidos à colação.

6. Deixaremos para abordar mais adiante o problema da prescrição, permitindo-nos antes fazer algumas colocações necessárias referentes à matéria jurídica em apreciação, além da análise do conteúdo da pretensão do servidor.

7. Até ser editada a Lei Municipal nº 20, de 26 de agosto de 1965 (Estatuto dos Funcionários) de Tuparendi, esse Município regia-se pela legislação de Santa Rosa, de onde se originou.

Em vista do presente caso, seria de indagar-se se o artigo 110 da Lei Municipal nº 20/65 abrangeria ou não situações ou fatos consumados anteriormente à vigência desse diploma, ou, por outra, se a vantagem em apreço se encontrava ou não contemplada no regime jurídico ao qual se submetiam anteriormente os funcionários de Tuparendi.

8. Todavia desnecessária se torna essa perquirição. Examinando-se todo o texto da Lei nº 20/65, depara-se com o seu artigo 207 de seguinte teor:

"Art. 207 — O funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão, após cinco anos de exercício efetivo e ininterrupto, terá incorporada ao vencimento, a respectiva diferença."

Há mais o artigo 326 onde está expresso:

"Art. 326 — As disposições deste Estatuto se aplicam analogicamente aos atuais extranumerários mensalistas, diaristas, tarefeiros e professores, bem como aos ocupantes de funções gratificadas, aos quais se estende o disposto para os cargos em comissão."

Correlacionados os artigos 110 (retrotranscrito), 207 e 326 e considerado o contexto da Lei nº 20, de 25 de agosto de 1965, é de inferir-se que, sucedendo-se, sem interrupção, períodos de exercício de função gratificada e de cargo em comissão, esses períodos se somam para o efeito previsto no artigo 110. Igualmente, para esse efeito, considera-se tempo de exercício anterior à lei, desde que se ligue a tempo de exercício sob sua vigência.

9. O funcionário referenciado já não era titular da função gratificada ao ser editada a Lei Municipal nº 20/65. Entretanto, ao ser dispensado dela, em 23 de julho de 1965, fora investido, sem solução de continuidade, no cargo em comissão, situação em que se encontrava na data da promulgação da lei e na qual permaneceu até ser aposentado (cerca de dois anos e quatro meses depois).

Tem o servidor em seu benefício, no caso, a adição do período de exercício da função gratificada ao do exercício do cargo em comissão. Assim é, não só por serem idênticos aos regimes jurídicos desses dois tipos de investidura (que, na verdade, se reduzem a um único, pois que a função gratificada não é senão uma forma variante de investidura em comissão), mas também por estar previsto, especificamente, o direito à vantagem em tela, para uma e outra dessas hipóteses de investidura (artigos 110 e 207).

10. Realizado o requisito ou pressuposto consistente no fato do exercício ininterrupto por mais de cinco anos, nas circunstâncias previstas em lei, o direito subjetivo à incorporação do valor correspondente à função gratificada, ou da diferença do cargo em comissão, aos vencimentos do cargo efetivo, passa a produzir efeitos para o funcionário, a partir do momento em que for dispensado ou exonerado de qualquer daquelas posições.

11. No caso particular em estudo, a exoneração do cargo em comissão coincidiu com a data da aposentação. Passou, portanto, a partir de tal data, a fazer jus à vantagem nos termos a seguir postos.

12. Não faz o funcionário ALBINO GIARETTA jus à incorporação da diferença de remuneração do cargo em comissão (resultante da comparação com os vencimentos do cargo efetivo), pois não completou o tempo necessário para esse efeito específico. Contendo-se a remuneração da função gratificada (menor) na do cargo em comissão (maior), prevalece a primeira dessas duas posições funcionais para o efeito da incorporação aos vencimentos do cargo efetivo, fazendo o servidor jus à incorporação da remuneração da Função Gratificada.

13. Visto que e como se constituiu o direito subjetivo do funcionário à vantagem pleiteada, passemos a considerar a questão atinente à prescrição quinquenal.

O ato de aposentadoria não corta o vínculo funcional, não cinde a relação jurídica. Não desaparecem os deveres do Estado de dar prestação patrimonial ao inativo, a qual tem a denominação de proventos (conforme ALMIRO DO COUTO E SILVA, R. J. do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nº 9, pág. 27).

"A remuneração na inatividade é apenas uma fase do tratamento econômico que o funcionário recebe da Administração" (Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 11, págs. 120/121 — referente à decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

14. Para fundamentar nosso ponto de vista com relação à questão da prescrição em hipóteses como a presente, julgamos oportuno apoiar-nos na lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, segundo a qual, na relação jurídica entre o Estado e o funcionário — de natureza institucional — o conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre ambos não foi determinado via consensual. O Estado, através de lei, é que promove as mutações que considerar úteis aos fins administrativos, não tendo o funcionário nenhum poder de disposição a respeito. Da mesma forma, as normas estatutárias podem figurar situações que se concretizam em favor do funcionário, consolidando direitos que se integram em seu patrimônio (Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, págs. 10/13).

15. Dada a natureza da relação jurídica de função pública (estatutária), impõe-se enfoque especial para aplicação das regras da prescrição.

Sendo de trato sucessivo, essa relação vai irradiando efeitos pecuniários, mês a mês, decorrentes da lei ao incidir sobre fatos ou acontecimentos previstos na norma jurídica.

Constituído um direito subjetivo para o funcionário, esse direito se integra na relação jurídica respectiva. Os efeitos pecuniários passam a produzir-se sem interferência do funcionário ou da Administração. O não atendimento ou não aplicação da lei (o inadimplemento da obrigação) não transmuta nem extingue o direito formado.

16. Na hipótese examinada, os efeitos pecuniários geram-se infalível e automaticamente, mês a mês, enquanto perdurar a relação jurídica, conforme se deduz da teoria da incidência da norma jurídica, entre nós exposta por PONTES DE MIRANDA em seu Tratado de Direito Privado, Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, Tomo 1.

Decorrendo os efeitos da relação jurídica de função pública da lei, sem necessidade de interferência do funcionário ou da autoridade administrativa, não terá essa relação jurídica sua fisionomia alterada por efeito de prescrição. Enquanto perdurar, ela permanece íntegra com todos os matizes aptos a gerar efeitos que lhe foram imprimidos.

17. A prescrição atinge apenas as parcelas mensais da vantagem em causa, à medida que completarem cinco anos, a contar das respectivas datas de sua exigibilidade, porque inibe a ação correspondente à pretensão de receber aquelas.

Aplicam-se à espécie os artigos 1º e 3º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, assim redigidos:

"Art. 1º — As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram."

Art. 3º — Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto."

18. Hipóteses como a ora examinada não são abrangidas pela norma do artigo 2º do Decreto nº 20.910/32, do seguinte teor:

"Art. 2º — Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio sol-do e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças."

A propósito, o comentário de PONTES DE MIRANDA alerta que o campo de incidência do artigo 2º é somente traçado pelas matérias que ele menciona. Que, nesse artigo, se cogita de preclusão (embora conste prescrição), a qual atinge o próprio direito ou pretensão. Que quando o direito ou pretensão não precluiu, há prescrição das pretensões às prestações vencidas. Que somente preclui o direito quando se trate de uma das dívidas descritas no artigo 2º. Que todas as outras ficam incólumes ao prazo preclusivo do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Que esse prazo preclusivo, que põe fim a todo o direito, é somente o do artigo 2º (Tratado de Direito Privado, Tomo VI, págs. 394/397).

19. Copiosas manifestações da jurisprudência exprimem a opinião de que a prescrição, em matéria de vencimentos e vantagens de servidores públicos, diz respeito às parcelas mensais e não ao direito em si mesmo (RDA 108/245 e 111/168, RT 150/571, 162/733 e 318/400. Jurisprudência Brasileira. Juruá. Curitiba. Vol. 4, págs. 67, 74 e 129).

Essa orientação é hoje pacífica no Supremo Tribunal Federal, desde que se trate de direito formado antes do período prescricional (RTJ 46/44, 50/639, 53/532, 54/119, 68/658 e 79/546).

Parece-nos ser fundamental para a aplicação das regras sobre prescrição relativa a prestações periódicas, averiguar se o direito subjetivo gerador de parcelas periódicas integra ou não a relação jurídica, se houve ou não a constituição ou formação do direito subjetivo correspondente. Havendo se gerado parcelas periódicas, sobre cada uma destas, em separado, incidirá a prescrição por ser inibida a ação correspondente. Nesse sentido é expressivo o acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal — RE nº 91629-RS (RTJ 93/450).

20. No tocante à postulação ora em exame, o direito subjetivo à incorporação da vantagem em apreço, aos vencimentos e/ou proventos, formou-se pela incidência da lei sobre o fato do exercício na situação retro descrita. A constituição ou formação desse direito sub-

jetivo não dependia de qualquer ato formal do funcionário. E se dependesse de requerimento, esse requisito também estaria satisfeito, pois houve o pedido da vantagem, por escrito, com o requerimento da aposentadoria. Portanto, geraram-se as prestações periódicas.

21. Com o intuito de uniformizar a jurisprudência, foi editada a Súmula nº 443 do Supremo Tribunal Federal, assim redigida:

"A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta."

Essa Súmula não alcançou o seu desiderato, que seria o de dirimir as controvérsias em torno das circunstâncias em que a prescrição atingiria somente as parcelas periódicas. Isso é devido a dois motivos, pelo menos. Em primeiro lugar, pela péssima redação da Súmula. Em segundo, porque é genérica demais, abarcando hipóteses regidas pela lei civil, pela legislação trabalhista e pelo direito administrativo.

Parece-nos que se impõem distinções referentes à natureza da relação jurídica e à formação do direito subjetivo subjacente às prestações periódicas. É preciso indagar se se geraram prestações periódicas. Não se pode considerar do mesmo modo a formação dos direitos subjetivos na relação jurídica de direito civil, de direito do trabalho e de direito administrativo. Algum ponto em comum nem sempre justifica igual tratamento com respeito à prescrição.

22. Na questão em estudo, no que pertine à prescrição, nos guiamos pela fundamentação encontrada nas manifestações da jurisprudência, a seguir destacadas:

"Se o inativo faz jus a determinada vantagem, ex vi de leis vigentes ao tempo da aposentadoria e ainda não revogadas (...), parece-me que pode, a qualquer tempo, pedir o que lhe é devido por lei, de vez que permanece vinculado ao Estado, como servidor inativo, com todos os direitos resultantes dessa condição."

(...) Apenas, como entendeu a decisão recorrida, do reconhecimento dessa situação não pode decorrer a percepção dos atrasados com retroação além dos cinco anos imediatamente anteriores à postulação." (RDA 108/242 — Decisão do Supremo Tribunal Federal — Relator Min. OSWALDO TRIGUEIRO).

O Ministro ELOY JOSÉ DA ROCHA contribuiu decisivamente para o atual posicionamento do Pretório Excelso, expressando-se referentemente à prescrição quinquenal, em casos envolvendo funcionários públicos, *verbis*:

"A relação estatutária do servidor público compõe-se com todos os direitos e obrigações. Os direitos não se sujeitam à prescrição. O que pode prescrever são os efeitos produzidos, as prestações. O direito à gratificação, que tem o servidor, é um dos que integram a relação. Quando o servidor não recebe e não reclama essa gratificação, decorridos cinco anos, a respectiva prestação cai na prescrição. Mas o direito que se insere na relação, que não se pode separar dela, nada sofre, não é atingido pela prescrição (...). Essas vantagens são percebidas, periodicamente, mês a mês. A prescrição corre, igualmente, mês a mês — Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, artigo 3º — sem atingir o direito conferido ao servidor público." (RTJ 46/44).

Esse voto foi acolhido pela 3ª Turma do STF, vencido o Ministro Relator GONÇALVES DE OLIVEIRA, que entendia, em razão de o funcionário nunca ter recebido os adicionais, haver ele deixado prescrever a ação para reclamá-los.

Nessas duas decisões do Supremo Tribunal Federal, é enfatizado que a prescrição não afeta a relação jurídica, na qual se inseriu o direito subjetivo do funcionário, e de onde se irradiam os efeitos pecuniários (também direitos subjetivos). Apenas, cada uma das parcelas mensais, que completarem cinco anos, são atingidas progressivamente, conforme o previsto pelo artigo 3º do Decreto nº 20.910/32.

23. Encontra-se freqüentemente a expressão *"fundo do direito"*, em decisões judiciais, referentemente a casos em que é invocada a prescrição quinquenal e em que se discute em torno de prestações periódicas.

Lê-se no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no voto proferido pelo Desembargador EMÍLIO MAIA GISCHKOW, na Apelação Cível nº 18.207:

"Tem-se orientado a jurisprudência quase uniformemente no sentido de que a prescrição atinge apenas as consequências, os efeitos patrimoniais, mas jamais afeta o fundo do direito. Apenas aquelas prestações que seriam devidas mensalmente é que são atingidas pela prescrição quinquenal. O fundo do direito permanece inalterado, mormente no caso em tela, em que se trata de remuneração, de vencimentos ou de pensão, que tem nitidamente um conteúdo alimentar." (RJTJRS 37/301).

Quer nos parecer que a expressão *"fundo do direito"* significaria, no contexto das decisões em que é usada, o direito subjetivo formado, que se inseriu na relação jurídica, ou a própria relação jurídica, da qual se irradiam ou se geram as prestações periódicas.

24. No caso ora em estudo, havendo se formado o direito subjetivo à incorporação da vantagem aos proventos, passou ele a integrar a relação jurídica que vincula o funcionário, ainda hoje, ao Município. Pode-se dizer, por outro lado, que esse direito integrou-se no patrimônio do funcionário como um direito adquirido.

A relação jurídica de função pública vai sofrendo mutações, em razão da incidência de leis sobre fatos ligados à atividade funcional, somando ao longo do tempo efeitos pecuniários, independentemente da adimplência das obrigações geradas e dos efeitos da prescrição, sendo que estes incidem apenas sobre as parcelas que já completaram cinco anos.

25. O postulante ALBINO GIARETTA faz jus ao que pleiteou, porque seu direito à incorporação da remuneração da função gratificada se formou e se inseriu em sua relação funcional mesmo antes de se aposentar. Estão prescritas apenas a pretensão e ação para haver as parcelas que completaram cinco anos.

26. Cabe ainda esclarecer que houve suspensão da prescrição com o requerimento do servidor que deu ensejo à decisão de 1979.

A suspensão da prescrição, prevista no artigo 4º do Decreto nº 20.910/32, não se confunde com a interrupção da prescrição, de que tratam os artigos 7º e 10 daquele e o artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942.

Durante o período de suspensão, não corre o prazo prescricional. Essa extensão de tempo não se computa para a prescrição.

Na interrupção, o prazo é devolvido pela metade; recomeçando a correr a partir da data do efeito do ato interruptivo.

Somente ocorrerá interrupção, mediante a prática dos atos apontados no artigo 172 do Código Civil e no artigo 219, § 1º, do Código de Processo Civil.

Havendo interrupção antes de decorrida a metade desse prazo, o período previsto na lei prevalecerá, porque não pode ser reduzido.

Supõe-se não ter havido nenhum ato interruptivo em favor do interessado, no caso em exame. Conta-se em seu benefício, contudo, o período de suspensão da prescrição que ensejou a decisão de 1979. Conta-se esse período a partir da data da entrada do requerimento no protocolo da repartição, até a data da ciência da decisão administrativa pelo servidor (Decreto nº 20.910/32, artigo 4º, parágrafo único).

27. Em síntese, o funcionário ALBINO GIARETTA fez jus à vantagem que pleiteou.

A prescrição atingiu somente a pretensão às prestações periódicas (às parcelas mensais), a medida em que completaram o quinto aniversário. Não se computa, para esse efeito, o período em que houve suspensão da prescrição com o requerimento decidido em 1979.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 12 de julho de 1981.

RPGE, Porto Alegre, 12 (32):159-166, 1982

PREFEITO EM ÁREA DE SEGURANÇA NACIONAL

ALDO LEÃO FERREIRA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.679

Substituição em suas faltas e impedimentos, dá-se de acordo com o artigo 68, § 4º, de sua Lei Orgânica, que está conforme com a legislação federal.

Em ofício dirigido ao Senhor Procurador-Geral do Estado, consulta o Senhor PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JAGUARÃO:

"Tendo em vista, as dúvidas existentes por parte do Executivo e Legislativo, com referência à substituição hierárquica na ausência do Senhor Prefeito, dirimo-nos a Vossa Excelência, solicitando as seguintes informações:"

a) Na ausência do Senhor Prefeito, e, no impedimento do Presidente da Câmara, poderá assumir o Vice-Presidente?

b) Na ausência do Vice, poderá assumir o 1º Secretário e assim sucessivamente?" (fls. 2).

É o relatório.

O Município de Jaguarão foi declarado de interesse da Segurança Nacional pela Lei nº 5.449, de 4 de junho de 1968, artigo 1º, VII, sendo, de consequência, seu Prefeito nomeado, inexistindo o cargo de Vice-Prefeito.

Ora, estatui o artigo 68, § 3º da Lei Orgânica do Município (Lei nº 1.104, de 28 de junho de 1976), que:

"Nos casos de Prefeito nomeado ou interventor a respectiva substituição em suas faltas ou impedimentos inferiores a trinta (30) dias, far-se-á pelo Presidente da Câmara; se porém o Prefeito tiver de ausentar-se do Município por mais de trinta (30) dias, comunicá-lo-á previamente ao Governador do Estado, para que providencie na nomeação do substituto, se outro modo não for regulado pela legislação federal ou estadual."

Teve esse dispositivo como parâmetro o artigo 3º da citada Lei nº 5.449/68 — reguladora dos Municípios considerados áreas de interesse da Segurança Nacional — com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 560, de 29 de abril de 1969, verbis:

RPGE, Porto Alegre, 12(32):167-168, 1982

167

"Nas faltas e impedimentos não superiores a trinta (30) dias, os Prefeitos nomeados para os Municípios declarados de interesse da Segurança Nacional serão substituídos na forma do disposto na Lei Orgânica dos Municípios.

§ 1º — O Prefeito que tiver de se ausentar da sede do Município, por prazo superior ao previsto neste artigo, dará ciência prévia ao Governador do respectivo Estado, para efeito de ser nomeado um substituto.

§ 2º — Dentro do prazo de cinco dias a contar do recebimento da comunicação referida no parágrafo anterior, o Governador do Estado deverá submeter o nome do Prefeito substituto à aprovação do Presidente da República, por intermédio do Ministro da Justiça."

Nestas condições, de acordo com os dispositivos supracitados, nas faltas e impedimentos do Prefeito de Jaguarão, não superiores a trinta dias, será ele substituído pelo Presidente da Câmara Municipal, ou no impedimento deste, pelo seu substituto legal, o Vice-Presidente, quando estiver no exercício da Presidência daquela. Essa entendemos é a referida Lei Orgânica do Município.

Se o Prefeito tiver que se ausentar do Município por prazo superior a trinta (30) dias, deverá fazer prévia comunicação ao Governador do Estado, o qual, dentro de cinco dias do recebimento da mesma, submeterá o nome do Prefeito Substituto à aprovação do Presidente da República, por intermédio do Ministro da Justiça.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 21 de maio de 1981

CONVERSÃO DE FÉRIAS EM PECÚNIA

CAIO LUSTOSA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.678

FÉRIAS NÃO GOZADAS.

Inviabilidade de sua conversão em pecúnia, à falta de provisão legal.

O PREFEITO MUNICIPAL DE PASSO FUNDO dirige consulta a esta Procuradoria-Geral, visando oportunizar o pagamento de férias não gozadas a servidores municipais ocupantes de cargos de provimento efetivo e em comissão. Sustenta que, no primeiro caso, sobrevivendo aposentadoria e não tendo o seu titular gozado férias, por necessidade de serviço, não vê fórmula legal de como ressarcilas. Da mesma forma, quanto ao servidor ocupante em comissão que, quer durante o exercício, quer após exonerado, tenha período de férias em haver. Alvítra a possibilidade de o município satisfazer o benefício não usufruído, mediante pagamento em dinheiro. Em anexo, é encaminhado o texto da Lei Municipal nº 1.763, de 25 de novembro de 1977, que, em seus artigos 6º, § 3º e 86 e seguintes, dispõe sobre o direito de férias dos municipais passo-fundenses.

É o relatório.

Em matéria de regime jurídico do funcionalismo, cada esfera da administração — federal, estadual e municipal — tem competência para editar suas regras; desde que respeitados os princípios contidos na Seção VIII, do Capítulo VII, da Constituição Federal. É o que preleciona, entre outros, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (in "Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos", ed. RT, 1975, p. 41/2).

Ao município, especificamente, no exercício de sua autonomia, constitucionalmente assegurada, cabe organizar os serviços públicos locais e, em decorrência, estabelecer os deveres e direitos de seus quadros funcionais (art. 15, II, da CF). Assim, no concernente ao direito de férias, também constitucionalmente asseguradas a todo trabalhador (art. 165, VIII, da CF), pode o município regulá-las a seu modo, desde que obedecidos os parâmetros mínimos da anualidade e remuneração.

Vale dizer-se então que, em tese, é admissível o pagamento das férias não gozadas pelo servidor, como é o caso da consulta. Todavia, para que assim ocorra, torna-se necessária previsão legal:

"Somente a lei municipal é válida para criar vantagens pecuniárias a funcionários municipais (não confundir funcionário com trabalhador, que é regido pelo direito do trabalho, de competência legislativa da União). Ao próprio constituinte estadual falece competência para legislar sobre o assunto."

"Não há direito sem lei. E a lei válida para dispor sobre tais assuntos a funcionários municipais é a lei municipal,"

JOAQUIM CASTRO AGUIAR, *"Regime Jurídico dos Funcionários Municipais"*, (ed. Forense, 1977, págs. 28/9).

Na órbita administrativa, tem-se reconhecido a viabilidade do pagamento de férias não gozadas, mas desde que haja prévia autorização legal. (CF. Parecer nº 9.150, da Procuradoria do Estado de São Paulo; in *"Município Paulista"*, v. 16, p. 223/4).

Ora, o Estatuto do Funcionário Público Municipal de Passo Fundo, de onde emana a presente consulta, não faz qualquer alusão á possibilidade de as férias não gozadas serem ressarcidas em dinheiro. E isso tanto em relação aos servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo como em comissão.

Ademais, cabe enfatizar que, como ensina LA CUEVA (*"Derecho Mexicano del Trabajo"*, 3ª ed., vol. I, p. 526/7, as férias são uma *"necessidade fisiológica e moral para o homem"*. Têm por objetivo proporcionar-lhe, ao término de cada ano de trabalho, aquele lazer indispensável, face ao *"esgotamento nervoso do mundo moderno, contra a tirania do tempo industrial, o tempo abstrato do relógio, contra a aglomeração e o abafamento das cidades monstruosas, contra o aborrecimento de um trabalho parcelado, uniforme, despersonalizado, tão penoso que pode levar à neurose"*. J. FOLLINET, *"O Povo e a Cultura"*, ed. Forense, 1968, pág. 109). Portanto, a conversão das férias em dinheiro, hoje rotineira nas relações de trabalho, deve ser tida como excepcional. Daí por que será de boa política administrativa, caso os municípios venham a adotá-la, restringi-la tão-só aos casos em que ocorra ruptura do vínculo funcional (exoneração, demissão, aposentadoria).

Por essas razões, somos de parecer que, na ausência de norma municipal que contemple a hipótese, descabe ressarcir, através de pagamento em dinheiro, aos servidores ou ex-servidores de Passo Fundo, as férias não usufruídas em lazer.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de maio de 1981.

ALTERAÇÃO DE DIVISAS DE MUNICÍPIOS

MARIA IZABEL RIBEIRO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 4.765

MUNICÍPIO. SITUAÇÃO LIMIÍTROFE. ALTERAÇÃO DE DIVISAS.

Hipótese de retificação de lei ou de desmembramento de área municipal. Lei Complementar nº 39/80. Interpretação.

O Senhor VICE-PREFEITO MUNICIPAL DE FELIZ, em exercício, através do ofício de fls. 2, incluso no expediente PGE nº 437/81, solicita providências desta Procuradoria no sentido de ser solucionada a situação limítrofe entre o referido Município e os de São Sebastião do Caí e Nova Petrópolis, a qual desde a Lei nº 3.726, de 17 de fevereiro de 1959, data da emancipação de Feliz, nunca ficou bem definida.

Relata aquela autoridade que *"por ocasião da discussão do projeto de lei pela Assembleia Legislativa do Estado, o Deputado Relator, na oportunidade, não se ateve detidamente nos elementos geográficos demarcatórios das confrontações previamente acertadas de comum acordo no levantamento de campo."*

Conforme salienta, existe uma divisa de fato e outra de direito.

As localidades que pretende sejam reconhecidas como pertencentes ao Município de Feliz são: Roncador, Bela Vista, Capela do Rosário, Linha Nova Baixa, Morro Grande (divisa com São Sebastião do Caí); Pedras Brancas, Canto Carling e Canto Rücker (divisa com Nova Petrópolis).

Ressalta, ainda, o Senhor Vice-Prefeito, no que diz respeito às referidas localidades, que *"a dependência político-administrativa, o pagamento de tributos municipais e a manutenção e conservação de escolas, prédios públicos, estradas, pontes, pagamento de professores e outros encargos sempre estiveram afetos ao Município de Feliz"*.

Foi anexado ao expediente o processo PGE nº 887/81, através do qual foi encaminhado um mapa indicativo das divisas do Município.

É o relatório.

Examina-se a situação limítrofe do Município de Feliz.

É de interesse verificar se a pretendida alteração das divisas do referido Município requer uma simples retificação da lei que o criou, ou há necessidade de desmembrar localidades pertencentes aos Municípios de São Sebastião do Caí e Nova Petrópolis, para lhe serem anexadas.

Quanto à última alternativa proposta cabe ser ressaltado de início que a mera divisão de fato que parece existir e ser consagrada há muito tempo pela população das diversas localidades mencionadas no Ofício nº 033/81, fls. 2, não foge à figura do desmembramento. Conseqüentemente, para que as mesmas sejam reconhecidas por lei como pertencentes ao Município de Feliz, necessário se faz a realização do procedimento legal específico previsto.

Assim, a alteração da divisão territorial do Estado, deve ser analisada, levando-se em consideração a legislação federal e estadual pertinente.

Dispõe a Constituição Federal:

"Art. 14 — Lei Complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de Municípios.

Parágrafo único — A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de Municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei."

Determina a Constituição do Estado:

"Art. 145 — A criação, extinção e desmembramento de Município dependerão de lei estadual."

O diploma legal a ser observado no plano federal é a Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 28 e 32, de 18 de novembro de 1975 e 26 de dezembro de 1977, respectivamente, e a mais recente Lei Complementar nº 39, de 4 de dezembro de 1980:

No âmbito estadual, a Lei nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, com suas alterações posteriores, dispõe sobre a alteração na divisão territorial do Estado, dedicando um capítulo especial à incorporação, subdivisão e desmembramento.

Depreende-se, pois, que a modificação referente à área geográfica dos Municípios é da competência do Estado, respeitados os requisitos estabelecidos em leis complementares à Constituição Federal.

A Lei Complementar nº 39/80 introduziu, entre outras alterações, um parágrafo único ao artigo 6º da Lei Complementar nº 1/67, modificado pela Lei Complementar nº 28/75:

"Parágrafo único — A criação ou supressão de Distritos, Subdistritos e de suas sedes, bem como o desmembramento de seu território, no todo ou em parte, para anexação a outro Município, dependerão sempre de aprovação das Câmaras Municipais interessadas, através de resolução aprovada, no mínimo, pela maioria absoluta dos seus membros." (grifamos)

O artigo 3º da Lei Complementar nº 1/67 estabelece:

"As Assembléias Legislativas, atendidas as exigências do artigo anterior, determinarão a realização de plebiscito para consulta à população da área territorial a ser elevada à categoria de município." (grifamos)

Cotejando estes diplomas legais suscita-se, de início, mais especificamente, a seguinte indagação:

O desmembramento de área de Município para anexação a outro, uma vez aprovado pelas Câmaras Municipais interessadas, prescinde ou não da consulta plebiscitária, após o advento da Lei Complementar nº 39/80?

A resposta à pergunta há de levar em consideração a Lei Complementar nº 39/80 que, a meu ver, delimitou duas épocas:

a) Período anterior à vigência da Lei Complementar nº 39/80.

A Lei Complementar nº 1/67 faz referência expressa à necessidade do plebiscito somente para a hipótese de criação de municípios.

A Suprema Corte do país deixou claro, mediante interpretação construtiva, que a transferência parcial de território de um para outro município, também devia se conformar ao processo de consulta plebiscitária previsto para a criação de municípios.

Tornou-se tranqüila a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar aplicável o artigo 14 da Constituição Federal, antes transcrito, em razão do princípio da autonomia municipal assegurada por seu artigo 15, item II, cuja inobservância configura violação constitucional (a autonomia municipal será assegurada pela administração própria no que respeita ao seu peculiar interesse).

O tema foi objeto de vários julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal: (Representação nº 867-GO. Em 9 de dezembro de 1971. Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 60, pág. 27; Representação nº 957-GO. Em 17 de dezembro de 1976. Juriscível do STF, v. 52, 1977, pág. 49; Representação nº 964-GO. Em 13 de abril de 1978: Juriscível do STF, v. 66, 1978, pág. 46; Representação nº 989-GO. Em 16 de novembro de 1978. Juriscível do STF, v. 72, 1978, pág. 46).

O mesmo entendimento adotou HELY LOPES MEIRELLES, ao interpretar a Lei Complementar nº 1/67:

"Embora a Lei Complementar nº 1/67 não se refira aos desmembramentos de parte de território para anexação a outro Município, entendemos que tal modificação territorial está sujeita a aprovação em plebiscito, por afetar a população local, que, por isso mesmo, deve ser ouvida sobre o assunto." (Direito Municipal Brasileiro, 3ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, pág. 53).

Em nosso Estado, o artigo 32 da Lei nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, referida anteriormente, já preceituava:

"Art. 32 — A incorporação, subdivisão e desmembramento de município far-se-á mediante pedido e manifestação plebiscitária favorável das populações interessadas e só poderá verificar-se nas épocas previstas para a criação de municípios." (grifamos)

b) Período posterior à Lei Complementar nº 39/80.

Referido diploma legal faz depender sempre de aprovação das Câmaras Municipais interessadas, através de resolução aprovada, no mínimo, pela maioria absoluta dos seus membros, o desmembramento do território, no todo ou em parte, para anexação a outro município.

Assim, pela primeira vez, foi regulada expressamente a forma de proceder em caso de desmembramento.

Essa seria a ocasião própria para o legislador federal fazer constar na lei a exigência, por igual, do plebiscito. Não o fez.

A consulta à população interessada parece, pois, realizar-se agora não mais de forma direta, mas indiretamente, por intermédio das Câmaras Municipais, as quais representam a coletividade, atuando em defesa de seus interesses.

A respeito do papel representativo das Câmaras, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"Finalmente, é de esclarecer que a Câmara não representa o Município, cujo representante legal e único é o Prefeito. Não há confundir a representação jurídica da entidade estatal (Município), com a representação política dos munícipes (Câmara): aquela produz efeitos civis e gerais (vinculação da pessoa jurídica pelos atos de seu representante); esta, só produz efeitos cívicos (representação partidária dos eleitores pelos eleitos) internos e restritos à corporação legislativa." (op. cit. p. 686).

Mais adiante:

"A participação efetiva nos trabalhos da Câmara tem para o Vereador o caráter duplice de direito-dever. É direito individual resultante de sua investidura no mandato; e dever público para com a coletividade que o elegeu como seu representante e que, por isso mesmo, o quer atuante em defesa dos interesses coletivos." (op. cit. p. 698).

Ocorrendo o desmembramento no caso em exame, observar-se-á a época de sua realização, ou seja, o requisito temporal estabelecido legalmente.

O artigo 6º da Lei Complementar nº 1/67, alterado pela Lei Complementar nº 28/75, dispunha:

"Art. 6º — A criação e qualquer alteração territorial de município somente poderão ser feitas no período compreendido entre dezoito e seis meses anteriores à data da eleição municipal."

Através da Lei Complementar nº 39/80, foi novamente modificada a redação desse artigo:

"Art. 6º — A criação e qualquer alteração territorial do município somente serão feitas no período fixado na lei que dispõe, em cada Estado, sobre organização municipal (Lei Orgânica dos Municípios)."

Não existindo em nosso Estado uma Lei Orgânica dos Municípios, regula a matéria a mencionada Lei nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, que dispõe sobre a alteração na divisão territorial do Estado.

Referida lei prevê expressamente em seu artigo 32 que a hipótese de incorporação, subdivisão e desmembramento de municípios só se poderá verificar nas épocas previstas para a criação dos mesmos.

O artigo 12 da mesma lei dispõe:

"Art. 12 — Salvo as exceções previstas nesta lei, a criação de novos Municípios só poderá verificar-se nos anos de milésimos 3 (três) e 8 (oito), passando a vigorar para o quinquênio a iniciar-se a 1º de janeiro do ano seguinte."

Devolvendo aos Estados o direito de legislar a respeito de prazo para a criação de municípios, a Lei Complementar nº 39/80 teve a qualidade de repristinar a mencionada lei estadual.

No entanto, já existe projeto de lei proposto na Assembléia Legislativa Estadual fixando prazo para criação de Município e suas alterações territoriais:

"Art. 1º — A criação de município e suas alterações territoriais só poderão ser feitas no período compreendido entre 24 e seis meses anteriores à data da eleição municipal."

Será observado, igualmente, ainda se os Municípios de São Sebastião do Caí e de Nova Petrópolis permanecem, apesar do desmembramento, com os requisitos exigidos pelo artigo 2º, item I e IV da Lei Complementar nº 1/67, em relação à área remanescente.

Feitas as considerações preliminares a respeito do eventual desmembramento, passo a me referir ao pronunciamento mais simples, ou seja, à retificação da lei criadora do Município de Feliz.

Essa alternativa, implicará, necessariamente, por parte da Assembléia Legislativa, na reabertura do processo de emancipação do Município ora interessado, a fim de ser verificada a ocorrência de erro na elaboração da lei quanto à delimitação de suas divisas.

Entre outros aspectos será examinado se as populações das localidades que se pretende sejam legalmente reconhecidas como pertencentes a Feliz, teriam participado do plebiscito realizado na época da emancipação.

Através de uma análise comparativa entre a lei que criou o Município de Feliz e os mapas que instruíram o expediente de sua emancipação, será averiguado se foi ou não obedecido pelo legislador o traçado previamente estabelecido.

O pedido de retificação da lei se configura bastante simples, pois não havendo desmembramento, escapa o mesmo às formalidades previstas pela recente Lei Complementar nº 39/80, entre elas o requisito temporal legalmente fixado.

EM CONCLUSÃO:

Sugere-se que o Senhor Prefeito de Feliz encaminhe à Assembléia Legislativa do Estado pedido de reabertura do processo de emancipação do Município, a fim de ser verificada a possibilidade de ser retificada a lei de sua criação.

Denegado o pedido formulado, necessário se faz iniciar o procedimento estabelecido para o pedido de desmembramento.

Neste última hipótese, entre outros diplomas legais, incide a Lei Complementar nº 39/80, que faz o desmembramento depender de aprovação das Câmaras Municipais interessadas, através de resolução aprovada, no mínimo, pela maioria absoluta de seus membros.

Uma vez ocorrendo referida aprovação nos parece não haver necessidade da consulta plebiscitária.

No entanto, é oportuno salientar que não aprovado o desmembramento pelas Câmaras Municipais, se há de entender não afastada a possibilidade da consulta direta à população interessada.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 17 de agosto de 1981.

EXERCÍCIO DE VEREANÇA COM EMPREGO EM FUNDAÇÃO

MARILIA DE OLIVEIRA AZEVEDO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.732

O artigo 104 da Constituição Federal tem como destinatários os servidores da administração direta e indireta.

Os empregados de órgãos paraestatais, que venham a exercer a vereança não são beneficiados por este dispositivo nos afastamentos compulsórios.

A acumulação está condicionada à compatibilidade de horários.

Vem a exame e parecer desta Procuradoria-Geral, consulta proveniente da FUNDAÇÃO GAÚCHA DO TRABALHO, onde se propõe seja examinada a situação funcional da servidora 8ERNADETE TEIXEIRA VIDAL, ocupante do cargo de Assistente Jurídico junto àquele Órgão, que exerce, cumulativamente, a vereança no Município de Porto Alegre.

Face aos elementos constantes do Processo 2.030/80, ora sob exame, a servidora citada foi admitida em 10 de junho de 1976 pela Fundação Gaúcha do Trabalho no cargo de Técnico Superior, e a partir de novembro deste mesmo ano foi colocada à disposição do Gabinete do Secretário do Trabalho e Ação Social, posição que ocupa até a presente data, sob o regime da Legislação Trabalhista, com carga horária de 20 horas semanais. Em janeiro de 1979 assumiu a vereança na Câmara Municipal de Porto Alegre, passando, então, a acumular as duas funções.

A consulta foi suscitada pelo Diretor-Presidente da Fundação Gaúcha do Trabalho e encaminhada a esta Procuradoria-Geral pelo Secretário do Trabalho e Ação Social.

2. A situação dos servidores públicos da administração direta e indireta que ocupam cargos eletivos, está normatizada pelo artigo 104 e seus parágrafos da Constituição Federal.

O parágrafo 3º deste dispositivo permite o exercício cumulativo da vereança com cargo público, condicionado à compatibilidade de horários.

Na hipótese ora em exame, por se tratar de servidor de uma Fundação é imperioso que se analise a natureza jurídica do órgão, tendo em vista a exata aplicação do preceito constitucional consubstanciado pelo "caput" do artigo 104, "verbis":

"O servidor público federal, estadual ou municipal, da Administração Direta ou Indireta, exercerá o mandato eletivo obedecendo as disposições deste artigo." (grifei)

A fundação Gaúcha do Trabalho foi instituída pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul e Secretaria do Trabalho e Ação Social através da escritura pública nº 1.766 em 30 de maio de 1966. Seu patrimônio inicial foi doado pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul cabendo a administração à Secretaria do Trabalho e Ação Social.

É regida por normas de direito privado e, em que pesem as controvérsias ainda existentes entre os doutrinadores, a respeito da natureza jurídica dos órgãos que desempenham atividades de interesse público no âmbito do direito privado, a partir do Decreto-lei nº 900, estas entidades passaram a integrar o gênero "paraestatais" não mais se situando na administração indireta.

HELY LOPES MEIRELLES, em magistério muito lúcido, assim expõe a questão:

"Se antes pairavam dúvidas sobre a natureza jurídica das fundações instituídas pelo Estado e sobre seu posicionamento perante a Administração Pública, já agora, com o advento do Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que as declarou sujeitas aos artigos 24 e seguintes do Código Civil e as retirou da Administração Indireta, mas as colocou sob a supervisão do Ministério a que estejam vinculadas (artigos 2º, "d", e 3º), ficou claramente indicado que essas fundações serão sempre pessoas jurídicas de personalidade privada da espécie entes de cooperação, pertencentes ao gênero paraestatal, sujeitas ao controle administrativo da entidade estatal instituidora, por meio do órgão a que se vinculam, mas sem integrar a Administração Direta ou Indireta." (Direito Administrativo Brasileiro — 7ª Edição — Revista dos Tribunais, pág. 349).

3. Sendo um órgão paraestatal, regido pela Legislação Trabalhista sem pertencer à administração indireta, como ficou esclarecido, a Fundação Gaúcha do Trabalho está fora do campo de abrangência da norma instituída pelo artigo 104, sendo inaplicável, por via de consequência, o parágrafo 3º deste mesmo dispositivo aos seus servidores.

4. De outra parte, nos termos da legislação trabalhista, não existe nenhum dispositivo que assegure o exercício cumulativo de um cargo com o mandato eletivo. De consequente, quando o empregado vier a ocupar cargo eletivo, ficará a critério do empregador determinar seu afastamento ou não do cargo que ocupa, levando em conta as necessidades do serviço e a disponibilidade de horário. Cabe mencionar, entretanto, que neste caso o afastamento não significa perda do cargo, porquanto, a lei laboral não permite que o empregado tenha seu contrato de trabalho rescindido ou alterado, em determinadas circunstâncias.

Neste sentido, dispõe o artigo 472 da CLT:

"O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar ou de outro encargo público, não constituirá motivo para a alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador."

O exercício do mandato eletivo inquestionavelmente, está abrangido pela expressão "outro encargo público" mencionado na lei de acordo com a opinião dos tratadistas da matéria que assim entendem ao interpretar o artigo 472:

"A execução de encargos públicos civis, por empregados designados ou eleitos para tal fim, subordina a suspensão do contrato de trabalho, desde que em virtude de lei, convenção ou do próprio contrato, não esteja o respectivo empregador compelido a pagar-lhe os salários. Os exemplos mais comuns de suspensão contratual, pelo exercício do "munus" público de caráter civil, concernem ao desempenho de funções de juiz classista da Justiça do Trabalho, de membro de conselhos previdenciários e de mandato eletivo no Congresso Nacional, ou Assembléias Legislativas ou em Câmaras Municipais." (Instituições de Direito do Trabalho — Arnaldo Sussekind, Delo Maranhão, Segadas Vianna, 5ª Edição Atualizada — 1971 — Vol. I pág. 396/397).

5. ISTO POSTO, concluímos:

Não sendo, a Fundação Gaúcha do Trabalho, órgão da administração direta ou indireta, os seus empregados estão fora do campo de abrangência do artigo 104 da Constituição Federal.

No caso específico da consulta, deve ser levado em conta que a servidora tem uma carga horária bastante reduzida — apenas 20 horas semanais — situação esta que permite cumprir um contrato laboral sem prejuízo do exercício da vereança.

Assim sendo, embora não incidindo, diretamente, a norma do § 3º do artigo 104 da Constituição Federal, por uma questão de coerência com o texto constitucional, é perfeitamente lícito o exercício concomitante do emprego com a vereança, havendo compatibilidade de horários, posto que, a norma do artigo 472 da CLT visa regular apenas os afastamentos efetivos e compulsórios do empregado.

6. À luz do que foi exposto opinamos, na espécie, pela possibilidade da acumulação remunerada, face ao entendimento que, na hipótese analisada, a carga horária da servidora BERNADETE TEIXEIRA VIDAL junto à Fundação Gaúcha do Trabalho, é compatível com o exercício da vereança.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 15 de julho de 1981.

- I — de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou*
II — do Presidente da República”.

Alumiados estes problemas, de matéria a ser alterada e de iniciativa, adentre-se o mérito mesmo da discussão em causa.

Determina o art. 15 da Carta Fundamental:

“Artigo 15 — A autonomia municipal será assegurada:

I — pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e vereadores realizada simultaneamente em todo o país, na mesma data das eleições gerais para deputados;

II — pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e

b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º — Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais, dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual”.

Depreende-se, sem maiores abstrações, o seguinte: se a Constituição no “caput” do artigo, garante a autonomia em três níveis: político (eletividade dos representantes do Executivo e do Legislativo locais), administrativo (administração própria e organização dos serviços públicos locais) e financeiro (decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e aplicação de suas rendas sem interferência de outro Poder), evidencia-se que quando ela, no § 1º deste artigo, elimina um dos pressupostos que compõem a autonomia, está, aos Municípios ali qualificados, tolhendo-lhes a mesma autonomia em sua plenitude.

Então, importa pesquisar até que ponto justifica-se a existência desta restrição à autonomia municipal das estâncias hidrominerais, para que se possa assentar um entendimento — favorável ou desfavorável — acerca da reivindicação da consulente.

Ante as parcas análises sobre o tema, impõe-se investigar este preceito tolhedor da autonomia municipal em sua gênese, ou seja, no seu primeiro surgimento em uma Constituição nacional, e nas que se lhe seguiram.

E vemo-lo despontar na mais liberal das Constituições pátrias, a de 1934, que dizia:

“Art. 13 — Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente:

I — a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;

.....

§ 1º — O Prefeito poderá ser de nomeação do governo do Estado no Município da Capital e nas estâncias hidrominerais”.

Sobressai-se o caráter facultativo dado ao Governo do Estado que, deste modo, podia, à sua discrição, nomear ou permitir a eleição do Prefeito dos Municípios considerados estâncias hidrominerais.

A Carta outorgada de 1937, posto que suprimiu as eleições para Prefeito, num flagrante retrocesso ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, não cuidou do assunto. A exceção (nomeação) virou regra; e regra sem exceção (a nenhum Município foi dado o direito de auto-representatividade), fenômeno descrito com muita propriedade por HELY LOPES MEIRELLES:

“Ao golpe de 10 de novembro seguiu-se um regime interventor nos Estados e nos Municípios. O Interventor era um preposto do Ditador, e os Prefeitos, prepostos do Interventor. Todas as atribuições municipais enfeixavam-se nas mãos do Prefeito, mas acima dele pairava soberano o Conselho Administrativo estadual, órgão controlador de toda a atividade municipal, que entravava eficientemente as iniciativas locais. Àquele tempo os interesses municipais ficavam substituídos pelo interesse individual do Prefeito em manter-se no cargo à custa de subserviência às interventorias.

Instituiu-se, então, um sistema de subalternidade nacional, que descia do Ditador ao mais modesto funcionário público, todos preocupados em agradar o “chefe”, e esquecidos de seus deveres para com a coletividade” (Em “Direito Municipal Brasileiro”, pág. 12).

Reinstaurado o estado de direito, sobre o ponto debatido estatuiu a Constituição de 1946:

"Art. 28 — A autonomia dos Municípios será assegurada:

I — pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II —

§ 1º — Poderão ser nomeados pelos governadores dos Estados ou dos Territórios os prefeitos das capitais, bem como os dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União".

Note-se que a natureza facultativa, existente na Constituição de 1934, quanto à possibilidade de se nomear ou não os Prefeitos daquelas localidades ("Poderão ser nomeados"), subsistiu, além de se condicionar a nomeação a uma exigência básica: a estância beneficiada pelo Estado ou pela União. Vale dizer, cobertura estadual ou federal quanto aos auxílios necessitados pelo Município para incrementar a exploração e a melhor qualidade das águas e das atividades turísticas a ela subjacentes. Fundamentava-se, então, a restrição à autonomia, na medida e somente enquanto aqueles governos superiores invertiam somas nos Municípios estancieiros e desejavam que tais quantias fossem bem aplicadas: daí nomear-se um Prefeito de sua estrita confiança. Esta também é a explicação de um dos mais completos comentaristas da Carta Magna de 1946, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, que assim se expressa:

"Em relação às estâncias hidrominerais há outras razões que justificam que a nomeação do Prefeito, o interesse financeiro do Estado que inverte recursos mais ou menos vultosos nas estâncias hidrominerais.

"O Prefeito será como que um administrador desses bens e da aplicação dos recursos financeiros.

"Ao Estado, portanto, cabe, nesses casos, ter pessoa de sua imediata confiança na gestão dos negócios municipais". (em "A Constituição Federal Comentada", vol. I, pág. 359).

Repise-se: a intervenção na autonomia dos Municípios reputados estâncias hidrominerais, através da nomeação pelo Governo estadual de seus Prefeitos, só tinha cabimento quando houvesse a efetiva aplicação de recursos.

Em 1965, a Emenda Constitucional nº 12 (Emenda à Constituição de 1946) regulamentou novamente o assunto, não lhe alterando o teor; apenas deu-lhe nova forma.

Apresentado o anteprojeto da Constituição de 1967, pelo então Ministro da Justiça CARLOS MEDEIROS DA SILVA, buscou-se aumentar o rol dos Municípios que teriam sua autonomia coarctada, de maneira a abarcar, além dos hidrominerais, os Municípios tombados, tais como Paraty, Ouro Preto, Mariana.

Realmente, enunciava o anteprojeto:

"Art. 15 — A autonomia municipal será assegurada:

I — pela eleição direta do Prefeito e dos Vereadores;

II —

§ 1º — Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual, assim como das cidades incorporadas mediante tombamento ao patrimônio histórico e artístico nacional".

Não vingou a nova inclusão: durante os debates no Congresso, suprimiu-se-a, aprovando-se o texto com a redação que tem atualmente.

Neste passo, convém alertar que, quanto à controvérsia em tela, houve brusca investida contra a autonomia municipal:

1º) a nomeação dos Prefeitos das cidades hidrominerais torna-se obrigatória (Serão nomeados pelo Governador" equivale a "Deverão ser nomeados pelo Governador"), eliminando-se, deste modo, a sua facultatividade que, no sistema anterior, ficava ao alvedrio do Governador;

2º) estas nomeações independeriam de benefícios, às estâncias, por parte dos governos federal e estadual, visto o texto ter silenciado a respeito.

Todavia, o mesmo fundamento que marcara, na Carta de 1946, aquele tolhimento da autonomia — aplicação de verbas estaduais e federais — faz persistir a restrição na Constituição de 1967, conforme detalhado pronunciamento do Deputado ANTONIO BRISOLIN, do M.D.B. do Rio Grande do Sul, quando das discussões ao anteprojeto da Constituição de 1967, ao sugerir uma emenda para que estes Prefeitos fossem nomeados diretamente pelo Presidente da República:

"A outra emenda, Sr. Presidente, relaciona-se com a nomeação dos Prefeitos. Embora, de certa forma, discorde da nomeação de Prefeitos, penso que os Municípios que contam com fontes hidrominerais devem ter seus Prefeitos nomeados pelo Presidente da República, não pelo fato de ser pessoa de confiança do Chefe da Nação mas porque, sendo diretamente ligado à mais alta esfera governamental, possivelmente poderá canalizar recursos para fazer com que nossas fontes hidrominerais possam prestar os serviços que se destinam.

"No meu Estado, para citar apenas três fontes que conheço muito bem, através das suas necessidades, temos a Fonte de Irai, com a chamada "Água do Mel", uma das melhores do Brasil e da América Latina. Pois bem, a arrecadação da Prefeitura é uma ninharia; não tem condições de criar o balneário e outros melhoramentos necessários para continuar atraindo não só pessoas de todo o Brasil mas de lugares vizinhos.

"Temos também as Fontes da Água do Prado, no Município de Vicente Dutra, que é outra prova insofismável da nossa afirmação. Já por três vezes tenho apresentado emendas no sentido de obtenção de recursos para as obras da construção do balneário. No entanto, minhas emendas vão sempre para a cesta do lixo, são sempre rejeitadas, e lá está aquela fonte que poderia prestar os maiores serviços, não só ao Estado mas ao País, e que, no entanto, continua completamente abandonada.

"O outro caso que quero citar é com relação à Fonte de Santa Tereza, no Município de Catuípe. Tem um planejamento dos mais modernos, perfeitos e completos, e Catuípe é um Município novo, destituído de condições para comprar as máquinas rodoviárias de que necessita para pavimentar as suas estradas, que luta com dificuldade para pagar o funcionalismo, as professoras municipais — esse Município, conseqüentemente, não tem condições de dar a atenção que merece aquela fonte". (em "Constituição do Brasil de 1967 — Anais da Câmara dos Deputados", vol. I, págs. 150 e 151).

Não obstante seja inaceitável, modernamente, a interpretação de uma norma com base, simplesmente, na vontade, presumida ou não, de algum legislador, é incontestável que a finalidade da norma em estudo é a mesma que as justificativas acima representadas pelo parlamentar.

Por isso que se deve buscar se, com arrimo naquele fundamento, se justifica a diminuição da capacidade municipal.

E concluir-se-á que não justifica esta coibição à autonomia municipal, pelos seguintes motivos:

1 — A aplicação dos dinheiros estaduais não se restringe aos Municípios considerados estâncias hidrominerais.

Di-lo um dos maiores entusiastas do atual regime, o renomado constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ao criticar o artigo em estudo:

"A justificativa da nomeação dos Prefeitos dessas estâncias costuma ser encontrada no fato de que os Governos estaduais fazem grandes dispêndios nas mesmas, a fim de propiciar e incrementar o turismo. O argumento, porém, é frágil. Gastos maiores pode o Estado fazer em outros Municípios onde, por

exemplo, constrói usinas de energia elétrica, sem que daí decorra qualquer restrição à autonomia política". (em "Comentários à Constituição Brasileira", vol. I, pág. 146).

2 — A indicação de um elemento totalmente estranho à comunidade para desempenhar o mais alto posto administrativo ocasiona dois problemas:

- a) conduz ao raciocínio, em tese, de que este é um desconhecedor dos problemas locais, pelo que dificilmente se incumbirá, com eficiência, do governo local. Esta probabilidade não está afastada mesmo naqueles casos, como no Estado de São Paulo, onde a Lei Orgânica dos Municípios exige que o Prefeito nomeado seja portador de diploma universitário (art. 119); e
- b) incompatibilidade com as demais autoridades locais, segundo notícia o Prof. WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, ao comentar a circunstância de Prefeito nomeado para as estâncias hidrominerais:

"Falhou quanto à segunda hipótese. A tese seria boa na hipótese da pretensão ser alcançada. No entanto, tem a prática demonstrado que a nomeação dos prefeitos para os municípios considerados estâncias hidrominerais não tem alcançado o objetivo que busca o texto da Lei Maior.

"As divergências surgidas entre Prefeitos nomeados e Câmara de vereadores escolhida pelo povo acabam redundando em prejuízo deste e, sem vantagem alguma para o Município, a não ser para o Governador, que terá mais um cargo em comissão para preencher". (em "Elementos de Direito Constitucional", vol. I, pág. 81).

3. A existência de órgãos oficiais do Estado, previstos na própria Constituição, para vigiar a correta aplicação dos gastos municipais, prescindiria de um elemento, como Prefeito, de confiança do Governo Estadual:

"Artigo 16 — A fiscalização financeira e orçamentária dos municípios será exercida mediante controle externo da Câmara Municipal e controle interno do Executivo Municipal, instituídos por lei.

§ 1º — O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência".

4 — A fiscalização da aplicação dos dinheiros e valores estaduais ocorre, ainda, em grau maior, já que a Constituição admite, quando descumpridos os compromissos dos Municípios para com o Governo Estadual, a intervenção do Estado, dispensando-se, portanto, a nomeação daqueles Prefeitos:

TRABALHOS FORENSES

CRÉDITO FISCAL DO ICM EM OPERAÇÃO ISENTA CONTESTAÇÃO

REJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da ação declaratória que lhe move QUAKER PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., vem, em contestação, dizer a Vossa Excelência o seguinte:

1. Trata-se de ação proposta por adquirente de matéria-prima isenta, importada do exterior, pleiteando o crédito do imposto (ICM) que sobre ela incidiria não fosse o favor fiscal quando o produto final industrializado é tributado.
2. Da análise da inicial, conclui-se que a argumentação fundamental é no sentido de que a proibição do crédito importa na violação do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICM.
3. Na forma do artigo 23, II, da Constituição Federal, segundo a Autora, a não-incidência do imposto por ocasião da entrada da matéria-prima (aveia) no estabelecimento importador — por força da isenção — não suprime o crédito fiscal correspondente, que deverá ser atribuído àquela operação isenta como se realmente os tributos tivessem sido pagos.

Esta interpretação é incompatível com o dispositivo citado cuja redação é a seguinte:

"Art. 23 — Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado."

O dispositivo constitucional, além de ser explícito ao definir o sujeito passivo do ICM e consagrar o princípio da não-cumulatividade do imposto, contém uma autorização: ao legislador cabe escolher qualquer estágio circulatório e tributar uma ou algumas fases,

apenas. No entanto, o exercício desta opção legislativa não implica em crédito a ser considerado, pois a não-incidência do imposto em determinado estágio circulatório, suprime o crédito fiscal nos posteriores como a seguir se procurará demonstrar.

I. ATRIBUIÇÃO DE CRÉDITO DE ICM PARA OPERAÇÃO ISENTA — INADMISSIBILIDADE

4. A norma tributária, como qualquer norma jurídica, contém hipótese, mandamento e sanção: o comando só é obrigatório para as pessoas contempladas na hipótese legal e atua no momento em que se configura o fato ou estado de fato nela previsto.

5. Ocorrendo hipótese de **isenção**, a norma jurídica de tributação não incide, à falta de elemento essencial à composição e integração de sua hipótese de incidência.

O Professor SOUTO MAIOR BORGES, em parecer anexo, decompõe, pela análise jurídica, as normas tributárias que na sua generalidade descrevem hipóteses de incidência do ICM, nos seguintes elementos, todos essenciais à composição de seu suporte:

a) âmbito material de validade;

b) âmbito pessoal de validade (constituído pelos contribuintes do ICM, ou seja, produtores, industriais e comerciantes ou pessoas a estes equiparados por lei complementar);

c) âmbito territorial de validade;

d) âmbito temporal de validade.

No caso da isenção, está afetado, o aspecto mais importante e decisivo da hipótese de incidência, que é o **material**. É o elemento que, segundo o Professor GERALDO ATALIBA:

"Contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela (h. i.) consista; é a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito pela h. i." (Hipótese de Incidência Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, p. 111).

O aspecto material permite a caracterização e individualização da norma em função de todas as demais hipóteses de incidência.

6. No artigo 1º, II, do Decreto-lei nº 406/68, está expressa a seguinte norma jurídica de tributação:

"Art. 1º — O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

.....
II — a entrada, em estabelecimento comercial industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento;"

Por outro lado, a norma isencional (Decreto-lei nº 406, artigo 1º, § 4º, V) dispõe que:

"Art. 1º — Ficam isentas do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias:

.....
V — as entradas de mercadorias, importadas do exterior, quando destinadas à utilização, como matéria-prima em processo de industrialização em estabelecimento importador, desde que a saída dos produtos industrializados resultantes fique efetivamente sujeita ao pagamento de imposto."

O último dispositivo contém, como se verifica, outros elementos na composição de sua hipótese de incidência, que o distinguem da norma do artigo 1º, II, antes mencionado.

Assim, introduziram-se na norma de isenção duas condições restritivas ao fato gerador do imposto na entrada de mercadorias importadas do exterior no estabelecimento do importador:

I) destinação das mercadorias (a serem utilizadas como matérias-primas em processo de industrialização);

II) a saída dos produtos industrializados resultantes será necessariamente tributada.

9. A ausência destes elementos na h. i. da regra jurídica de tributação, do artigo 1º do Decreto-lei nº 406/68, faz com que não ocorra a sua incidência no caso da aquisição de matérias-primas importadas pela A. destinadas precipuamente a utilização em processo de industrialização, e cujas saídas são necessariamente tributadas.

A realização da hipótese de incidência da regra jurídica de tributação não ocorre, inexistindo, dest'arte, relação jurídica tributária.

Realiza-se, de outro lado, isto sim, a hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, o que faz com que tal regra incida justamente para negar a existência da **relação jurídica tributária**.

E nem se argumente, ao lado de tradicional e superada doutrina, que a norma isençional opera apenas como desconstituente daquela preexistente relação tributária que atribui ao sujeito passivo a obrigação de pagar o tributo:

"Na verdade, não existe relação jurídica anterior e respectiva obrigação tributária que seriam desfeitas pela incidência da regra jurídica de isenção. Para que pudesse existir aquela anterior relação jurídica tributária, seria indispensável que, antes da incidência da regra jurídica de isenção, houvesse ocorrido a incidência da regra jurídica de tributação. Porém, esta nunca chegou a incidir porque faltou, ou excedeu, um dos elementos da composição da sua hipótese de incidência, sem o qual ou com o qual, ela não se realiza. Ora, aquele elemento faltante, ou excedente, é exatamente o elemento que entrando na composição da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, permitiu diferenciá-la da regra jurídica de tributação, de modo que aquele elemento sempre realizará uma única hipótese de incidência: a da isenção, e desencadeará uma única incidência: a da regra jurídica da isenção, cujo efeito jurídico é negar existência da relação jurídica tributária. A regra jurídica de isenção incide para que a de tributação não possa incidir." (Teoria Geral do Direito Tributário, ALFREDO A. BECKER, Ed. Saraiva, 2ª ed., p. 277).

EFEITOS DA INCIDÊNCIA

11. A lei tributária descreve hipoteticamente certos fatos ou estado de fato, ou conjunto de circunstâncias de fato, definindo-lhe os caracteres, para o fim de criar uma hipótese de incidência.

Quando ocorre concretamente no tempo e no espaço um fato revestido de todos os requisitos essenciais, de modo a corresponder rigorosamente à descrição prévia e hipotética contida na lei, surge o fato imponible, ou fato gerador da obrigação tributária.

O fenômeno da incidência da norma tributária se desencadeia, portanto, quando se realizam todos os fatos nela previstos e que formam a composição específica àquela hipótese de incidência. Somente após a incidência da regra jurídica "é que ocorre a irradiação dos efeitos jurídicos, os quais consistem nas consequências (ex.: relação jurídica e seu conteúdo de direitos, dever, etc.), predeterminados pela regra que, juntamente com a hipótese de incidência, compõe a estrutura lógica da regra jurídica". (ALFREDO BECKER, ob. citada, p. 290).

12. Os fatos concretamente ocorridos: entrada no estabelecimento da Autora de matérias-primas importadas do exterior, destinadas à industrialização, sob a condição de serem tributadas as saídas respectivas, não correspondem à configuração legal contida no artigo 1º, II, do Decreto-lei nº 406/6B, o qual, por tal motivo não incide, como já foi enfatizado. Constituem suporte fáctico, isto sim, da regra jurídica isençional, cuja incidência atraíram.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

13. É do fato imponible (ou fato gerador) que reproduz na realidade concreta o retrato abstrato traçado na norma jurídica, que nascem as obrigações tributárias. Cada fato imponible determina o nascimento de uma obrigação tributária, afirma GERALDO ATALIBA. É a ele que "a lei atribui a consequência de determinar o surgimento da obrigação tributária concreta" (ob. citada, p. 6B).

14. Neste sentido, pode-se afirmar, mais uma vez, no caso dos autos, que não houve incidência da norma de tributação sobre as operações de importação realizadas pela Autora. Isso significa que não ocorreu para a Quaker o fato jurídico tributário, ou fato gerador, definido no artigo 114 do CTN como "sendo a situação descrita em lei como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação tributária".

15. Em síntese: da isenção não nasce obrigação tributária alguma, decorrência do fato jurídico tributário (fato gerador) irrealizado, jamais ocorrido. E não há porque a norma de tributação, na ausência de elemento essencial à integração de sua hipótese de incidência, não incidiu, dela não se irradiando efeitos.

16. Estes aspectos são salientados por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (no parecer anexo) que, a partir da ausência de obrigação tributária para o isento, conclui pela impossibilidade de a isenção gerar crédito tributário:

"A isenção é havida pelo CTN, art. 175, I, como causa de exclusão do crédito tributário, precisamente porque este nada mais é do que um direito-reflexo da obrigação tributária. Significa afirmar que é da obrigação tributária, dever jurídico de pagar o tributo, que decorre o direito subjetivo de crédito do fisco. É nesse sentido que o dever jurídico (obrigação tributária) vem em primeiro plano e o direito subjetivo (crédito tributário) dele é apenas um reflexo ou, na linguagem do CTN uma "decorrência" (art. 139). Ora, nas hipóteses de isenção, não há, ao contrário do que ensina a doutrina tradicional, obrigação tributária alguma. Entre outros motivos porque o não-pagamento do tributo pelo isento, conduta oposta a prestação do tributo, não figura na lei tributária entre as condições para a aplicação de um ato coativo a título de sanção. Não é possível o estar-se obrigado a um determinado comportamento, quando o comportamento oposto não é um pré-requisito para a aplicação de uma sanção qualquer. Por isso mesmo, a isenção somente poderá gerar crédito simbólico ou, mais precisamente, crédito fictício. Mas, na imprevisão efetiva deste pela legislação competente, não será possível ao intérprete e aplicador da lei atribuí-lo porque, assim o fazendo, estaria extrapolando os limites do princípio da legalidade. E, se não há obrigação nas hipóteses de isenção tributária, muito menos poder-se-á considerar seja o tributo devido. Não haverá, nos casos de isenção, débito tributário de espécie alguma."

O mesmo pensamento é enfatizado pelo tributarista em obra anterior:

"Concluindo, no sistema do Código Tributário Nacional pode haver obrigação tributária sem crédito tributário, porém não pode haver crédito tributário sem obrigação tributária.

Nestas condições, indissociáveis crédito e obrigação, a exclusão do primeiro importa, obrigatoriamente, na exclusão da segunda. Ou, noutros termos, excluído o crédito, automaticamente é excluída a obrigação." in *"Isenções Tributárias"*, Sugestões Literárias, 1969, pág. 168.

ISENÇÃO E DIREITO SUBJETIVO DE CRÉDITO DO ICM

17. Quando o artigo 23, II, da Constituição Federal coloca o princípio da não-cumulatividade, procura estabelecer o modo de assegurar-lhe a efetividade através do sistema de abatimento débito-crédito.

Além da relação jurídica tributária o dispositivo contém uma relação obrigacional que tem como sujeito ativo o contribuinte e passivo o Estado. O crédito decorrente da segunda relação, tem como vocação constitucional o pagamento do ICM.

No caso da isenção, esta figura situa-se fora do âmbito material de validade do artigo 23, II, da CF, precisamente porque esta norma constitucional tributária só determina o abatimento do ICM, quando se trata de imposto devido nas operações antecedentes. Somente, pois, é dedutível para o efeito de crédito do ICM, imposto devido.

18. E, como já se enfatizou, imposto devido é conseqüência de uma obrigação tributária nascida em razão da ocorrência do fato gerador. Como no caso, não há obrigação tributária, nem imposto devido, ou pago, não há crédito do ICM a ser deduzido pela demandante, do imposto incidente nas operações que determinam as saídas de produtos industrializados de seu estabelecimento.

A conclusão que se impõe, portanto, é a de que a isenção do imposto na operação antecedente significa inexistência de crédito a ser deduzido em operação subsequente, o que não se contrapõe ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

II. A NÃO-CUMULATIVIDADE E O MÉTODO DE APURAÇÃO DO ICM

Negar à Autora direito ao crédito fiscal relativo ao ICM concernente às importações isentas de matérias-primas significa *"flagrante violação do citado princípio da não-cumulatividade"*, afirma-se na inicial. É que, alegadamente, segundo tal princípio o ICM incide, em cada operação, sobre o valor acrescido ou agregado.

Como conseqüência, sustenta-se que o valor de determinada operação isenta deve ser fatalmente deduzido do valor da operação subsequente, a fim de que o ICM que *"deixou de ser recolhido por força da isenção, não venha a ser pago na circulação posterior anulando totalmente a isenção"*.

Em síntese: a não-cumulatividade do imposto traduzida pela regra da dedutibilidade em cada operação, do montante do ICM cobrado nas operações anteriores tem relação direta com a caracterização do ICM como tributo sobre valor agregado, ou melhor, como imposto cuja incidência recai exclusivamente sobre o valor agregado, como foi acima sublinhado.

Na hipótese dos autos, isto implica em abater o valor relativo à matéria-prima importada do correspondente aos produtos comercializados pela Autora em etapa subsequente, tributando-se, assim, apenas o valor adicionado à aveia importada ao abrigo da isenção. Dentro desta ordem de raciocínio, considera a demandante que o valor agregado constitui elemento essencial à h.i. do ICM. A posição é, todavia, equivocada, pois importa em confundir realidades distintas: base de cálculo do imposto com seu método ou técnica de apuração, através do qual se realiza o princípio da não-cumulatividade. A norma constitucional tributária tem como elemento central de sua h.i., operações jurídicas, as quais, associadas a fenômeno de ordem econômica (circulação de mercadoria) e promovidas pelos sujeitos passivos constitucionalmente identificados, integram e esgotam a previsão legal da regra jurídica tributária.

A base de cálculo do imposto que se expressa através de critério quantitativo, está indissolúvelmente ligada a sua hipótese de incidência e consiste tão-somente no valor das operações realizadas em cada etapa de circulação econômica dos bens.

Agregação de valor não constitui elemento da h.i. do tributo, pois como já foi salientado, o fato gerador do ICM previsto em lei é operação relativa a circulação de mercadorias, constituindo-lhe a base de cálculo o valor desta mesma operação exteriorizada no mundo fático pela saída, entrada ou fornecimento tal como definida em norma geral de direito tributário.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Lei Complementar Tributária — RT, 1975, p. 160 a 161), esclarece e distingue definitivamente o problema da base de cálculo do ICM, que não pode e nem deve ser confundida com o valor acrescido:

"Não se deve, portanto, caracterizar o ICM como um imposto sobre o valor acrescido.

A agregação do valor não é "elemento" essencial à integração da h.i. do ICM. Não configura um "elemento financeiro" essencial ao aperfeiçoamento do suporte fático da regra jurídica de tributação. Do contrário, como observa Brockstedt, numa venda de mercadoria abaixo do preço de custo, o contribuinte não teria nem mesmo que debitar-se sobre o valor da saída porque faltar-lhe-ia "o elemento financeiro do fato gerador"." (grifamos).

O ICM incide sobre *"operações"* de circulação de mercadorias quer haja ou não agregação de valor. Por isto é irrelevante o fato de que a mercadoria seja vendida acima ou

abaixo do preço de custo para efeito do ICM. Uma coisa é a base de cálculo que integra a h.i. da regra de tributação, outra é a sistemática da realização do princípio da não-cumulatividade.

Como bem colocou PAULO CELSO BERGSTRON BONILHA em tese apresentada no 5º Congresso Nacional de Administração Fazendária no Estado da Bahia (Natureza Jurídica do Crédito do ICM), a fórmula dos abatimentos corresponde apenas *"a estágio ulterior da pesquisa da base de cálculo, quando se cuida de determinar os valores que devem ser recolhidos em lapso temporal considerado"*.

O método de apuração do imposto se caracteriza em momento posterior e verificação do fato gerador. Somente após a sua ocorrência, determinada a base de cálculo e seu correspondente valor, é que se pode cogitar da apuração do saldo devedor ou credor através da dedução entre o imposto relativo às saídas e o correspondente às entradas de mercadorias. Isto ocorrerá quando houver incidência do imposto na etapa anterior, ou seja, quando houver imposto cobrado ou devido nesta etapa. Este é o método de dedução imposto sobre imposto que se prevê na Constituição Federal quando ali se estabelece que o tributo é não-cumulativo, abatendo-se em cada etapa o cobrado nas anteriores e constitui, tão-somente segundo ensina FERNANDO BROCKSTEDT citado por SOUTO MAIOR (op. cit., 161) *"uma técnica ou mecânica especial de tributação, uma sistemática própria do imposto que — sem interferir na base de cálculo nem no fato gerador — assegura ao contribuinte o direito (determinando o correlativo dever ao poder tributante) de deduzir do montante do imposto que deveria recolher, o que já foi recolhido ou que incidir sobre as operações anteriores"*.

EFEITO DE RECUPERAÇÃO

CIAMPOLINI E CALVO, Professores de Direito Tributário de Universidade de São Paulo, que se detiveram sobre o problema *"ICM e Crédito na aquisição da Matéria-Prima Isenta"* (artigo publicado no Diário Legislativo, p. 622, de 24 de abril de 1980), concluem que se trata de tributo que se calcula pelo método de subtração por dedução do imposto, estando sujeito ao chamado *"efeito de recuperação"* próprio do método:

"Tanto mais clara fica a afirmação de que o ICM não é imposto sobre valor acrescido, quando se verifica que, aplicado o método de subtração por dedução do imposto, se uma das etapas se beneficiar com a isenção ou redução de alíquota, a vantagem não se estenderá às etapas seguintes, pois a diferença do imposto será recuperada nas operações."

A sujeição ao efeito de recuperação, implícito no método de apuração do imposto (subtração por dedução) tem como consequência o recolhimento do imposto isento em operação posterior. E, com isto, afirmam os tributaristas não se estará contrariando o princípio constitucional da não-cumulatividade.

FINALMENTE:

A atribuição de crédito para operação isenta configuraria no mínimo concessão ao contribuinte de crédito simbólico ou presumido, favor fiscal relativo ao ICM que, em decorrência da edição da Lei Complementar nº 24/75 constitui matéria inteiramente posta sob reserva de convênios.

Do princípio da reserva do convênio para a disciplina de isenções e outros benefícios fiscais regrado no artigo 23, VI da Constituição Federal e no artigo 1º, parágrafo único, inciso II, da Lei Complementar citada, conclui-se que, a partir de então, a única forma válida concernente à instituição dos mencionados favores fiscais são os acordos multilaterais firmados pelos Estados-membros.

De resto, inexistente no sistema tributário brasileiro norma geral de Direito Tributário permissiva de tributação, por ficção legal, de crédito tributário e operações isentas. E, neste caso, não há como falar em violação da não-cumulatividade do ICM.

FACE AO EXPOSTO, pede improcedência da ação, negando-se à Autora o pretendido direito de se creditar pelo valor do ICM quando das futuras e isentas operações de importação de aveia que vier a realizar, condenando-se a demandante no pagamento de custes e honorários de advogado. Protesta por todo gênero de provas em direito admissíveis.

PORTO ALEGRE' 16 de março de 1981.

NEUROSE HISTÉRICA E REFORMA DO POLICIAL-MILITAR CONTRA-RAZÕES DO APELADO

SILVIA OPITZ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EGRÉCIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELANTE: P.P.

APELADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A douta sentença do eminente juiz prolator deve ser mantida, porque de conformidade com a lei e a realidade dos fatos.

O apelante baseia sua pretensão de reforma a sentença no argumento de que a neurose histérica apresentada por ele, apesar de não ser alienação mental ("o que realmente não é", fls. 30), estaria enquadrada no conceito de alienação mental do § 4º do art. 112 da Lei nº 7.138/78. Com respeito ao diagnóstico 713.1, estaria enquadrado no § 7º desse mesmo dispositivo legal, devendo, por isso, o apelante ser reformado com proventos calculados de acordo com o art. 114 e seus parágrafos. Para ampará-lo, traz à colação acórdão desse Egrégio Tribunal de Justiça, nos embargos infringentes nº 25.710, do 2º Grupo de Câmaras Cíveis, vencido o eminente relator Desembargador PERI RODRIGUES CONDESSA.

Apesar do próprio apelante reconhecer que a neurose histérica não é alienação mental, pretende vê-la a esta equiparada, socorrendo-se dos votos dos Desembargadores HERMANN ROENICK e NIRO TEIXEIRA DE SOUZA, nos referidos embargos. Tal acórdão, entretanto, não lhe favorece: 1º — não representa a orientação predominante do Tribunal de Justiça; 2º — refere-se à aplicação da Lei nº 6.195/71, que não definia alienação mental; 3º — ambos os votos estão errados, porque baseados em pressupostos leigos, carecendo de amparo legal e técnico. Senão vejamos.

O Desembargador HERMANN ROENICK colocou-se na posição de técnico e, não respondendo a sua própria pergunta sobre que atividade um histérico podia exercer, concluiu pelo enquadramento no art. 123 da Lei nº 6.195/71. O voto do Desembargador NIRO TEIXEIRA, sem qualquer fundamento científico e legal, refuta a ressalva contida no laudo: "apto para atividades civis", argumentando que se trata de doença mental como tal catalogada no Código de Classificação Brasileira de Doenças Mentais, e que os doentes mentais não têm condições de exercer atividade proveitosa, lucrativa, normal.

Ambos os votos nos fazem lembrar as palavras de ESQUIROL:

"Falar de um louco é para os leigos falar de um doente, cujas faculdades intelectuais e morais se acham completamente desnaturadas, pervertidas ou abolidas, e que pratica os atos mais desordenados e extravagantes sem motivo, sem plano, sem providência. O povo e mesmo homens instruídos ignoram que grande número de loucos conserva a consciência de seu estado, a de suas relações com os objetos externos e a de seu delírio. Muitos coordenam suas idéias, discorrem com acerto, sustentam suas opiniões com argúcia e lógica, e dão explicações racionalíssimas. ." (In MEDICINA LEGAL, SOUZA LIMA, 6ª ed., págs. 382/383).

Acontece que neurose é doença mental, assim catalogada na Nomenclatura Internacional das Doenças e Causas de Morte — NIDCM —, mas não é alienação mental, como definida na lei, tanto a federal (Lei nº 5.774/71) como a estadual (Lei nº 7.138/78).

Na história das neuroses, sua relação, principalmente as histeriformes, com a sexualidade tem sido suposta há muitos e muitos anos, como o demonstra o nome histeria. Antes mesmo do século passado, alguns (DEPOIS do século XVII) haviam concebido a enfermidade como nervosa, e mais tarde como cerebral e mental, e este último ponto de vista, desde BRIQUET, que o defendeu sistematicamente, ganhou e se estendeu nos últimos decênios do século XIX. Houve tentativas de livrar os enfermos do ódio pela origem sexual de sua enfermidade, mas FREUD fez ressurgir o aspecto sexual. O que parece certo é o seguinte: o impulso sexual é o mais importante, já que em homens civilizados o instinto da alimentação está indiretamente satisfeito. (Apud E. BLEULER, TRATADO DE PSIOUIATRIA, 1924, pág. 373).

O entendimento das bases emocionais, relatam PHILIP SOLOMON e VERNON D. PATCH, provém de 1893, com publicação de FREUD e BLEULER do "Preliminary Communication on the Psychical Mechanism of Hysterical Phenomena", onde, pela primeira vez, se insistia em que as memórias (recordações) de um traumatismo podem ser as responsáveis pelos sintomas histericos, e acrescentam:

"BLEULER y FREUD señalaron posteriormente la serie de acontecimientos que conducen a las neurosis, los cuales ahora se han convertido en conocimiento comun entre la gente educada. Tiene lugar un traumatismo psicológico, y no se reacciona en contra de él, sino que es reprimido en el inconsciente. El afecto persiste en el inconsciente junto con la memoria y puede regresar a la cognición en forma distorsionada como um síntoma neurótico. La cura radica en volver a hacer accesible de nuevo a la consciencia lo que había sido reprimido de modo que pueda llevarse a cabo la abracción afectiva (catarsis, liberación de la emoción previamente ligada)". (MANUAL DE PSIOUIATRIA, Ed. El Manual Moderno S.A., México, 1972, pág. 126).

O que é neurose?

As neuroses constituem um exagero do que todos sentimos às vezes — sintomas devido a emoções em lugar de enfermidades orgânicas, dizem os Doutores PHILIP SOLOMON e VERNON D. PATCH. As causas abarcam conflitos, a miúdo inconsciente, profundamente fixados e arraigados na infância, continuam eles, e descrevem os tipos: de ansiedade, de histerismo, depressivos, etc.; quanto ao tratamento, esclarecem que pode ser de apoio ou revelador; o primeiro pode incluir medicação, ser reconfortante, de reeducação e talvez técnicas como terapêuticas de grupo ou terapêutica de conduta; o último requer trazer conflitos inconscientes ao consciente (MANUAL DE PSIOUIATRIA, pág. 126).

Com relação à neurose histerica, SOLOMON e PATCH a definem como uma forma específica de neurose:

"Desde el punto de vista psicodinámico, se presupone que el conflicto enterrado (complejo de Édipo) no solo se filtra de su represión, como en la neurosis de ansiedad, sino que amenaza la fragmentación completa, de manera que se tiene de recurrir a las defensas mayores. El síntoma escogido depende de la falibilidad desconocida de los diferentes órganos (lugar de menos resistencia) y el fondo psicológico previo."

Para AFRÂNIO PEIXOTO *"uma idéia má, que repugna ou apavora o 'eu' ou a personalidade é repelida pela consciência, 'recalcada', para o inconsciente, e por isso não deixa de ser nociva. Com efeito, dissimulada, procura ocasião de se manifestar, sob disfarce, por outra idéia ou ação 'substituta' (Ersatz) 'à qual vêm prender-se as impressões penosas que se supunham afastadas pela expulsão ou recalçamento. Este substituto da idéia recalçada — o sintoma — é assim protegido contra novos ataques da parte do 'eu'; em lugar do um curto conflito, é agora um sofrimento contínuo". (. . .) "O sintoma ou idéia recalçada, apesar do disfarce, tem parecenças com a idéia primitiva; a psicanálise deve procurar reconhecer os sinais de identidade dos dois, levando o doente a reconhecê-lo ou a confessá-lo: este reconhecimento, confissão, identificação, é a cura do doente"*. (MEDICINA LEGAL, vol. II, págs. 236/237, 5ª ed.).

Os termos "psiconeuroses", "neuroses", "histeria", diz OSKAR DIETHELM, se originaram na época em que se considerava que tais transtornos tinham uma base orgânica e seu tratamento competia aos neurologistas. Quanto aos sintomas histericos e compulsivos, diz ele, se iniciam na infância e na adolescência. (TRATAMIENTO EN PSIOUIATRIA, págs. 380 e 382). Finalmente: *"... la mayoría de los enfermos puede tratarse en el consultorio sin interrumpir su rutina de trabajo"*. (OSKAR DIETHELM, op. cit., pág. 411).

Para F. ALEXANDER, credenciado como o mais autorizado representante do movimento neo-analista, que postula um critério psicossomático e flexível tanto para a compreensão como para a terapêutica das neuroses, neurose "é uma enfermidade que, se em muitos aspectos difere das demais, tem de comum com elas o fato de se basear em uma perturbação do funcionalismo orgânico e de se acusar sob a forma de sofrimento ou moléstia para os que a têm". (Apud E. MIRA Y LOPES, "PSIQUIATRIA", Ed. Científica, RJ, 4ª ed., vol. II, pág. 155).

Na concepção antropológica e biossocial, "a neurose não é, a rigor, uma enfermidade de que o Homem adquire como uma sarna, mas sim um nome que damos a um modo de existir anormalmente, no qual o Homem sofre mais do que poderia sofrer para poder harmonizar seus desejos, suas obrigações, sua saúde, seus rendimentos, seus amores, suas raivas e seus medos. As neuroses, como as psicoses, obedecem a uma poligenia fatorial e podem desaparecer do mesmo modo com diversos tipos de tratamento, que levam a conseguir com que o indivíduo recobre sua fé em seu Ser e em seu Destino. Qualquer pessoa normal pode atravessar fases de existência neurótica, do mesmo modo que qualquer neurótico pode ter fases de existência normal..." (grifo do original) (Apud E. MIRA Y LO-PES, op. cit., pág. 172).

Para BLEULER, na neurose histérica, "la psiquis histérica abandona su dirección a los impulsos que hay en lo subconsciente, o, de otra manera expresado, son éstos en ella más fuertes que en normales. De este modo la psicología de la afectividad y del subconsciente nos dan la clave para la comprensión de las neurosis y de muchos síntomas psicógenos; los mecanismos correspondientes existen en todo hombre: "todo el mundo es susceptible de histeria". También el hombre sano en lo subconsciente tiene deseos que repugnan a su personalidad subconsciente, y los cuales, en la "Psicopatología de todos los días", en las distracciones, olvidos y en el sueño, se realizan una o otra vez". (Op. cit., pág. 375).

Finalmente, "as neuroses são as doenças mais difundidas da atualidade. Existem por toda parte. O mundo está cheio de neuróticos. O clima universal de desassossego e inquietações os cria, revela e incrementa. É de sua natureza comportamento de acordo com as normas da boa convivência social, ao contrário dos psicopatas, que são, por excelência, anti-sociais." (Apud Prof. HÉLIO GOMES, MEDICINA LEGAL, 20ª ed., pág. 189).

Ficou, assim, exaustivamente demonstrado que a neurose histérica do apelante não caracteriza alienação mental. A jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça é abundante nesse sentido, e. g.: Ap. Cív. nº 26.200 — RJTJRS, vol. 59/410; Ap. Cív. nº 27.256, RJTJRS, vol. 64/290; Ap. Cív. nº 27.088, RJTJRS, vol. 67/228; Ap. Cív. nº 25.753, Jurisprudência do TJRS, C. Cív., 1977, vol. 2, t. 17, págs. 48/57; Ap. Cív. nº 32.403, 1ª C. Cív.

A causa da reforma do apelante foi o diagnóstico 713.1, da NIDCM, espondilite osteoartrítica (espondiloartrose), relacionada no art. 112, IV da Lei nº 7.138/78. Como tal moléstia não tornou o apelante inválido, não foi ele assim considerado, como exige a lei, para que se beneficie do disposto no art. 114, 'caput', por força de seu parágrafo primeiro.

Não consta prova nenhuma, nos autos, de que o apelante não esteja em condições de exercer atividades civis, nem foi requerida por ele qualquer prova nesse sentido. Todo o pedido foi feito com base nos diagnósticos dos médicos do Hospital da Brigada Militar. O que se conclui é o oposto: o apelante está praticando os atos da vida civil (constituindo advogado), administrando seus bens (proventos da reforma), não está internado em hospital para tratamento, nem há prova de que esteja se submetendo a qualquer tratamento médico ou que foram esgotados todos os meios de tratamento, condição, entre outras, 'sine qua' para caracterizar-se a alienação mental.

Com relação ao argumento do apelante de que deveria ter sido readaptado em outra função, a resposta é simples. Trata-se de preceito legal, que determina, expressamente, os casos de reforma "ex officio", isto é, obrigatória:

"Art. 109 — A passagem do policial-militar à situação de reformado efetua-se "ex officio".

"Art. 110 — A reforma de que trata o artigo anterior será aplicada ao policial-militar que:

I —

II — for julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo da Brigada Militar." (Lei nº 7.138/78).

Quem julga o policial incapaz?

A Brigada Militar através de seus médicos, é evidente. Se o apelante não estava de acordo com o parecer que o julgou incapaz para o serviço ativo da Força, deveria ter requerido perícia médica. Não foi o que aconteceu.

O que acontece com o policial-militar, diferente dos demais funcionários públicos estaduais, é que para aqueles a lei expressamente determina que o tempo de serviço é de dois anos, prorrogável sempre por mais dois anos, uma ou mais vezes (art. 153, parágrafo único da Lei nº 7.138/78). Além disso, constituem uma categoria especial de servidores públicos (art. 3º da Lei nº 7.138/78). Por isso, é perfeitamente lógico que determinadas moléstias os incapacitem para o serviço da Força, mas não para atividades civis. Exemplo bastante claro disso é extraído da Classificação Suplementar "m", do NIDCM — "especificando diagnósticos, condições e circunstâncias ligados à avaliação da capacidade para o serviço da Armada, do Exército e da Aeronáutica ou à atividade militar" —, onde, entre outras, está relacionada a miopia com astigmatismo — M 01 —, ou calos dolorosos e exuberantes — M 10.5, ou ainda, pé chato — M 14.4, que podem perfeitamente incapacitar o policial-militar para o serviço ativo da Força, mas que, evidentemente, não incapacitam qualquer outro servidor público estadual.

Reporta-se o apelante aos termos da contestação de fls. 23/26, com parte integrante do presente apelo.

Pelos motivos acima, espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, que essa Egrégia Câmara confirme a sentença, por ser de inteira JUSTIÇA.

PORTO ALEGRE, 16 de outubro de 1980.

LACUNA DA LEI PREVIDENCIÁRIA: PAGAMENTO DE SALÁRIO DO AJUDANTE EXTRAJUDICIAL

RAZÕES DE APELAÇÃO

ADERBAL TORRES AMORIM
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

COLENDIA CÂMARA JULGADORA

PRELIMINARMENTE

1. A controvérsia se estabelece em se saber se cabe, ou se não cabe, ao autor-apelado a responsabilidade pelo pagamento de salários ao Ajudante do Cartório de que é titular. Ao debate da questão pouco ou nada importa o fato de que a atividade cartorária seja ou não seja rentável, se é ou se não é o demandado ébrio habitual, se o titular do ofício tem ou não tem contabilidade paralela tendente a desviar de sua escrita parte de sua efetiva receita. A discussão em torno de temas dessa ordem não tem qualquer fundo de seriedade e destoa profundamente das finalidades do processo.

A matéria é exclusivamente de direito e nada tendo a ver com a exaustiva e despendiosa prova produzida ao longo do feito.

2. A sentença é nula de pleno direito, eis que prolatada por juiz absolutamente incompetente. Em verdade o que se pretende, em última análise, é a declaração (embora indiretamente) da nulidade de ato administrativo emanado da Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado. Mais ainda: se a fls. 118 dos autos da ação principal o próprio Conselho Superior da Magistratura se manifesta sobre o tema, afirmando que "a responsabilidade pelo pagamento compete ao Tabelião", e se dessa manifestação é que exsurge o ato do Senhor Presidente do Tribunal, dúvidas não padecem de que ao juízo singular é que não pode caber decidir da matéria. O Chefe do Poder Judiciário ordena que se proceda de determinada forma e essa ordem é tangenciada por medida cautelar proposta no — juízo de primeiro grau! — Seria aberrar dos mais elementares princípios de competência pudessem a sentença emanada do juízo "a quo" ter qualquer valor jurídico. Não pode ter e efetivamente não tem.

3. No aspecto ora examinado deveria ficar ausente que o GRAU de jurisdição escolhido pelo A. é equivocado porque a matéria versada arrosta "decisum" de órgão de segundo grau. Vai-se, porém, ainda mais longe no desate do tema "decidendum": em verdade refoge à Justiça Comum competência para conhecer da matéria. Das duas, uma: ou a res-

responsabilidade pelo pagamento de salários ao Ajudante é da alçada do Tabelião, ou b) é encargo do Estado (sempre que aquele estiver em gozo de licença para tratamento de saúde).

Na primeira hipótese a competência seria escancaradamente da Justiça Trabalhista, eis que a relação jurídica existente entre as partes (Tabelião e seu Auxiliar) fatalmente seria de cunho eminentemente laboral. Na segunda hipótese (b) abrem-se duas subhipóteses ou b1) o auxiliar do cartório mantém com o Estado relação de índole trabalhista (e, nesse caso, a competência deslocar-se-ia para a Justiça do Trabalho), ou b2) a relação é de índole estatutária e, nesse caso, sim, a competência seria da Justiça Comum para apreciar a matéria.

Em verdade a hipótese a) é irmã gêmea da subhipótese b 1) eis que filhas do mesmo ventre em matéria competencial. Seja quem for o empregador, Estado ou Autor, a competência para conhecer da matéria seria, num caso ou noutro, da Justiça Especial.

Resta, pois, análise da subhipótese b2), espécie do gênero b), para se verificar a que juízo toca conhecer e decidir da matéria.

4. No item 7 da douda sentença ora alvejada, sustenta-se que o ônus de pagar ao demandado "proventos a que tem direito no período de licença para tratamento de saúde" não pode ser atribuído ao titular do ofício. Alega-se que tal não pode ocorrer em virtude de que "não há, na lei, a previsão de tal tipo de substituição de responsabilidade". Ocorre que também inexistente, na lei, regra que atribua tal responsabilidade ao Estado, pelo que se teria que reconhecer existência de aparente impasse. Tal, porém, incorre. E nem seria esse óbice que por si só firmaria a competência do juízo comum para conhecer da matéria versada. Poderia existir na lei regra expressa de responsabilidade pelo indigitado pagamento e ainda assim a competência seria da Justiça do Trabalho como dela são os litígios, DE CUNHO TRABALHISTA, havidos entre Estado e servidores públicos não FUNCIONÁRIOS.

5. O desate da divergência entre hipótese a) — o auxiliar é empregado do escrivão — e a subhipótese b1) — o auxiliar é empregado do Estado — tem conteúdo nitidamente substancial que será ferido quando da abordagem do mérito.

Em matéria prefacial (em que se sustenta a incompetência desse juízo) tem-se em vista assinalar fundamentos na tese de que o auxiliar do ofício NÃO É FUNCIONÁRIO PÚBLICO, seja vinculado ao Estado, seja ao escrivão-autor-apelado.

6. De efeito, o réu O. B. indubitavelmente funcionário público não é. Descabe discussão qualquer, de ordem exegética, ou de ordem outra qualquer, acerca do conceito de funcionário público porque o tema é definido em lei (art. 2º do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado; e art. 2º do análogo diploma legal federal — Lei Federal nº 1.711, de 28 de outubro de 1952). Impende, pois, não se coloquem distorções, ou divagações, estéreis porque a matéria é regida por lei, lei clarríssima que bem comporta o

surrado adágio de que "interpretatio cessat in claris. . ." Auxiliar de Escrivão não é funcionário público porque não ocupa CARGO público, criado por lei, com denominação própria e pago pelos cofres públicos. Pode ele, quando muito, receber tratamento equiparado, equivalente, semelhante ao de funcionário público para alguns efeitos, mas nem por isso funcionário público há de ser. O Estado jamais dividirá com quem quer que seja sua responsabilidade de remunerar seus funcionários. De outro lado, ninguém irá afirmar que um empregado celetista do Estado é funcionário público só porque goza licença-prêmio, por exemplo. O celetista é equiparado ao funcionário público para alguns efeitos em termos de determinados tratamentos especificíssimos. Mas funcionários público não o é. Por sem dúvida.

7. As verdadeiras relações jurídicas entre o Auxiliar do Cartório e o Estado, ou entre ele e o titular do cartório, haverão de se ferir na temática substancial adiante. Por enquanto é axiomático que se repita ser o auxiliar do cartório, se se pudesse assim dizer, um "não-funcionário".

8. E porque não é ele funcionário público, só poderá ser empregado celetista, seja do Estado, seja do titular do ofício. Em qualquer caso, porém, a pretensão ora deduzida haverá de ser conhecida em outro juízo que não o comum.

O MÉRITO

9. Os titulares de cartórios judiciais, ou extrajudiciais, são empresários. Efetivamente eles empresam prestação de serviço. Sem serem firma mercantil, vendem eles ao Estado o serviço cartorário de que este necessita. Em última análise, são eles CONCESSIONÁRIOS de serviço público e, como tal, submetidos a regramento DITADO pelo Estado. E nem se haverá de dizer que, sendo ditado pelo Estado o conjunto de atribuições, deveres e direitos dos titulares de cartório, se estará a descaracterizar o contrato pactuado entre as partes. É um contrato de adesão, mas é um contrato. Contém ele cláusulas regulamentares e cláusulas econômicas e, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, "aquelas (as cláusulas regulamentares) são fixadas e alteradas pela Administração segundo as exigências da coletividade" (Direito Administrativo Brasileiro, pág. 235, nota 55) — grifou-se. Se a Administração entender que o auxiliar do Concessionário deva se submeter a testes de capacidade para desempenhar suas atribuições (concurso público), nem por isso se haverá de sustentar esteja descaracterizado o contrato de concessão. É o que precisamente ocorre com alguns servidores de cartórios privativos que se submetem a testes (concurso público) para que se aquilate de sua capacidade. Ao Poder Concedente interessa sobretudo que o serviço cartorário (que é, por sem dúvida, serviço de utilidade pública) esteja em constante fiscalização do juiz, inclusive no que concerne à remuneração do pessoal do cartório, e disso não se haverá de concluir que descaracterizada está a relação negocial entre o titular e o Estado. Por aí já se vê quão equivocada é a afirmativa sentencial de que o auxiliar não se vincula ao titular já que este não tem sobre aquele "a autoridade essencial do "JUS VARIANDI" que consiste exatamente no poder que o empregador tem de dirigir os serviços dos empregados e manter a disciplina dentro da empre-

sa". O equívoco é dúplice: prima, porque a lei manda expressamente ao titular do cartório "fiscalizar e zelar pela freqüência e observância dos horários, com relação aos demais servidores do cartório" — grifou-se: "secundum", porque, efetivamente, o "jus variandi" é muito restrito nos contratos administrativos, já que o interesse público não se compadece da liberalidade pretendida para que o concessionário faça o que bem entenda. Se só isso fosse caracterizar vínculo com o Estado, afastando responsabilidade do titular do ofício em relação aos seus servidores, então seria quase impossível ao Poder Público delegar a terceiros tarefas peculiarmente de administração pública. Ao contrário, porém, jamais se viu sustentação de que os pilotos da aviação civil, por exemplo, devem ser remunerados pela União só porque esta, quando da concessão de tal serviço público a terceiros, faz exigências, suspende pilotos, priva-os de voar, e assim por diante. Ninguém duvida, inobstante isso, de que esses profissionais sejam vinculados às empresas de aviação civil. O alegado "jus variandi" destas é, também e felizmente, restritíssimo. . . O fato de que o escrivão, para contratar pessoal para seu ofício, deve-se submeter aos ditames legais segundo os quais, "para contratação de empregados de ofícios de justiça são exigidos os mesmos requisitos indicados no artigo anterior..." (que trata das condições mínimas de admissão de aspirantes a cargos de justiça (grifou-se) art. 198 do COJE de 1970), não caracteriza, por sem dúvida, como servidor do Estado, o seu serventuário. À Administração cabe traçar normas ao concessionário, e tal fato não afasta da responsabilidade deste, o ônus de remunerar seu pessoal. É fato incontroverso.

10. O argumento de que o Estado determina que os empregados do ofício sejam contribuintes do IPE, e, em assim o fazendo, está assumindo o encargo de pagar salários do auxiliar do ofício quando em licença para tratar de sua saúde, é até mesmo pueril. Se ao Estado coubesse qualquer responsabilidade que não aquelas previstas na lei, então se estaria a delegar a particular fixação de despesa pública já que ao titular é que cabe fixar o ganho de seus colaboradores, inobstante com a homologação do juiz para tal competente. O Estado assumiu o ônus de algumas vantagens dos empregados dos ofícios privativos porque assim o entendeu de fazer. Se calou no respeitante a pagamento de salários em período de tratamento de saúde de empregado cartorário, nem por isso se dirá que a lei é lacunosa. O fulcro da presente ação assenta-se em alegada LACUNA da lei que não teria expressado a quem caberia dita remuneração. Ora, só por isso a lei não haverá de ser acoimada de lacunosa. Se calou é porque não quer caiba ao Estado tal ônus. Não se pode criar vantagem pecuniária por analogia! Se o Estado dispôs sobre determinadas vantagens e nada disse respeitadamente ao indigitado pagamento de período de licença para tratamento de saúde, é porque excluiu dita vantagem de sua responsabilidade. A lei não manda ao escrivão pagar essa vantagem. Mas também não manda ao Estado fazê-lo. Não se poderá criar ônus ao Estado não previsto em seu orçamento. O orçamento só pode prever despesa criada em lei. Melhor dito: o orçamento É lei e, se essa não prevê determinado desembolso ao Erário, não se compreende como se haverá de criá-lo. Por analogia é que não será.

Aliás, no dizer de OSCAR TENÓRIO, "a analogia não se aplica, em princípio, ao direito excepcional. Para que ao direito excepcional seja aplicado o processo analógico, é necessária uma disposição neste sentido". (in Lei de Introdução ao Código Civil Brasilei-

ro, Livraria Jacinto Editora, 1944, pág. 74). E o regramento legal vertente a respeito dos "serventuários" da Justiça sem qualquer dúvida pertence ao excepcional. Com efeito, não é regra comum aquela que prevê remuneração híbrida a servidor cartorário. Por que o Estado assume parte de sua remuneração, verdadeiramente dividindo responsabilidades pecuniárias com os titulares de cartórios, é que se afirma ser essa legislação absolutamente excepcional. Se o Estado atribui a si ônus determinado, não se haverá de querer alargar referido encargo sob alegação de aplicação analógica. O que em verdade se haverá de aplicar é a lei comum segundo a qual ao EMPREGADOR cabe pagar os SALÁRIOS de seus empregados pouco importando se parte desses salários é de responsabilidade do Poder Público.

Em síntese: se os escrivães firmam com o Estado contrato de prestação de serviço público; se parte da remuneração do pessoal empregado pelo locador é ônus do Estado locatário por liberalidade (ou não, pouco importa) deste, não se vê como poderá ser abrangida pela responsabilidade do Estado parcela remuneratória não prevista na lei ou no contrato. Por analogia é que não haverá de ser.

11. Em arremate diga-se que o destinatário dos serviços dos auxiliares de cartórios é o titular do mesmo. O "lucro" é dele; o risco é dele. Não fosse assim, o que sucederia se o oficial não pudesse pagar os salários de seus empregados no final do mês? Ao Estado seria transferida tal responsabilidade? De outro lado, quando o "faturamento" é muito alto tem o Estado algum reembolso pela parcelas de que é responsável? Por certo que não. E porque não o tem é que se reafirma que o "lucro" é do escrivão e somente dele. A ele, por consequência, tocará da mesma sorte o risco.

ANTE O EXPOSTO espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ver inteiramente reformada a sentença apelada para, em preliminar, ser declarada a incompetência do juízo comum ou, se não acolhida a prefacial suscitada, julgada improcedente a ação proposta com os ônus consequentes à sucumbência.

Nestes termos pede deferimento e JUSTIÇA!

PORTO ALEGRE, 21 de julho de 1980.

PRESCRITIBILIDADE DAS PRETENSÕES A MODIFICAÇÃO DE ATO FIXADOR DE PROVENTOS

DEFRANCISCO GALICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

OBJETO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO VERSANDO QUESTÃO FEDERAL RELEVANTE (CF, art. 119, III, "a" e "d" e RISTF, art. 308, "caput")

QUESTÃO FEDERAL RELEVANTE:

Prescritibilidade das pretensões à modificação de atos que fixam os proventos, com as vantagens patrimoniais neles inseridas, no prazo do art. 1º do Decreto 20.910/32.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da apelação nº 35.028 do Tribunal de Justiça do Estado do RS, no qual é apelante **ISMAEL D'OLIVEIRA BRILHANTE**, vem, com respeito e acatamento, por seu representante judicial firmatário, interpor, como por interposto tem, recurso extraordinário da v. decisão de fls. 150 "usque" 156 que deu provimento à apelação, interposta pelo autor, para reconhecer não ter se caracterizado a prescrição da espécie, reformando com isso a decisão de primeiro grau, e faz pelos fundamentos abaixo deduzidos por artigos.

I – DA DECISÃO RECORRIDA

1. O v. aresto recorrido deu provimento à apelação para reconhecer como não caracterizada a prescrição na presente ação. Superando, favoravelmente ao autor, a preliminar de mérito, concedeu-lhe integralmente o pedido. Deferiu-lhe, a decisão recorrida, o "sexto quinquênio; consoante o pretendido", definindo a sucumbência favoravelmente ao autor.

2. Assentou-se o r. acórdão na tese do direito já formado, definindo a relação jurídica, como de trato sucessivo, entende como prescritíveis somente as prestações. Assim é que asseve: *"O direito que está invocando não dependeria de um juízo de conveniência, não resultaria de uma atribuição do administrador. Seria uma atribuição direta, imediata da lei e do fato. Então, basta verificar a ocorrência do fato e não de condições especiais. (...) Nesses termos, como o direito da parte se existe, decorre diretamente do fato, reconheço em tese possibilidade de existência de direito já formado e afasto a prescrição para continuar o exame de mérito. (Cf. ac. p. 4, fls. 153 autos).*

3. Entretanto, como a administração, ao dar atendimento as disposições da Lei estadual 4.934 de 16 de fevereiro de 1965, não reconhecendo o tempo ficto, criado pela Lei

2.558/54, senão para fins de reforma ou transferência para a reserva, **concedeu somente cinco (5) quinquênios militares**, negando implicitamente o direito a contar o tempo ficto da Lei Praieira para o abonamento do sexto quinquênio, **tem-se, cristalinamente, que se está em presença de um direito não reconhecido**. O pleito todo se desenvolveu em torno do direito à percepção do 6º "OM" demonstrando de forma explícita, como explícita fora a negação ao pedido do autor na órbita administrativa, que nunca fora admitida a possibilidade de concessão para do autor da vantagem ora pretendida.

Portanto, não incluído o aludido tempo ficto para o deferimento do 6º quinquênio militar, negado, pois, implicitamente o direito a ele, datando este "fato" ("lato sensu") do ano de 1965, o requerimento administrativo, de 1973 e o procedimento judicial, de 1978, é de si só evidente, que o deferimento de direito não reconhecido pela administração, mais de treze anos (13) após o fato "do qual se originou" **nega vigência** ao art. 1º do Decreto-Lei 20.910/32, e diverge, por igual, da interpretação de outros tribunais do País, e da orientação dominante do Excelso Supremo Tribunal Federal, em relação a prescrição quinquenal das pretensões exercitáveis contra a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal.

4. Assim, por ser de suma relevância a questão federal, é cabível contra o acórdão recorrido o apelo extremo, com fundamento no "caput" do art. 308 do R.I.S.T.F., à base do permissivo "a" e "d" do art. 119 da CF.

II – DO CABIMENTO DO RECURSO

a) Do Cabimento Pela Letra a).

5. O v. acórdão recorrido, embora não faça referência expressa, adere a tese que, com o brilho e lógica que lhe era reconhecido, definindo corrente jurisprudencial junto ao STF, o Min. ELOY DA ROCHA, fixou. Dentre os seus votos acerca do entendimento que deveria ser conferido ao art. 1º do Dec. 20.910/32, ressalta pela concisão e clareza o proferido no RE nº 58.953 ES. O venerando aresto formula assim a tese da imprescritibilidade dos direitos derivados da "relação estatutária":

"A relação estatutária do servidor" público compõe-se com todos os direitos e obrigações. Os direitos não se sujeitam à prescrição. O que pode prescrever são os efeitos produzidos, as prestações (...) Mas, o direito que se insere na relação, que não se pode separar dela, nada sofre, não é atingido pela prescrição." (Cf. Rev. Trim. de Jur., vol. 46, p. 44)

Porque a tanto equivale o dizer da decisão recorrida:

"(...) Há situações de direitos subjetivos públicos contra o Estado, que nascem diretamente dos fatos, como outros nascem de atos, como nascem direitos do Estado contra o cidadão também de puro fato ou atos. Quando o

direito do servidor nasce de um fato, por exemplo, a promoção "post mortem" em virtude de morrer em serviço, basta a confirmação do fato "morte em serviço", para que se tenha como promovido, não há o que negar, (...) O direito que está invocando não dependeria de um juízo de conveniência, não resultaria de uma atribuição do administrador. Seria uma atribuição direta, imediata da lei e do fato. (...) Nesses termos, como o direito da parte se existe, decorre diretamente do fato, reconheço em tese possibilidade de existência de direito já formado e afastado a prescrição (...) (Cf. Voto do Rel. Des. Milton dos Santos Martins, ac. p. 3 e 4, autos fls. 152 e 153).

6. O acórdão recorrido, partindo do direito do servidor, dá como pressuposta a relação estatutária ("... quando o direito do servidor..." – cf. fls. 152) e no âmbito desta o direito ("... seria uma atribuição direta, imediata da lei e do fato...") não se sujeita à prescrição ("... reconheço em tese possibilidade de existência de direito já formado e afastado a prescrição...") (Cf. ac. fls. 153, autos).

O que se objeta à tese que foi sustentada pelo ilustre Min. ELOY DA ROCHA, não é serem os direitos passíveis de prescrição, tão pouco, se objeta ao acórdão recorrido, surjam eles do "fato jurídico ou jurígeno", que se constitui em truísmo. Objeta-se a colocação do problema, no todo. A prescrição não pode ser colocada no plano de existência, como se com ela se quisesse atacar (tornar inexistentes) os direitos, tornando-os inexistentes, porque aí a prescrição seria mais que a nulidade, o que não é correto. Ela atua no plano da eficácia, atacando a pretensão e trancando a ação que atualizaria, para o sujeito, o direito não exercido a tempo. Neste sentido, então, a prescrição não ataca o direito, negando-lhe a existência, e nem se dirige à causa destes: os fatos jurídicos (como quer o acórdão recorrido); simplesmente, quando alegada (se não é alegada não pode declarada de ofício, art. 166 do C.C.) retira a eficácia à pretensão extinguindo-a, e por decorrência, inviabilizando a ação, causa de extinção do processo, como é reconhecida na lei adjetiva (art. 269, VI do C.P.C.)

7. Daí porque, a orientação dominante no Excelso Supremo Tribunal Federal, com a ressalva das ações de estado, imprescritíveis, as reais e as de prazo menor, forte no texto do Dec. 20.910, de 06 de janeiro de 1932 e do Dec.-Lei 4.597, de 19 de agosto de 1942, é reconhecer a ocorrência da prescrição, no prazo de cinco anos, para toda e qualquer ação dirigida contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, tenham ou não conteúdo patrimonial.

Desta forma o discrimine essencial dos elementos específicos de cada lide para a verificação da ocorrência de prescrição consiste em determinar se a lide versa o próprio reconhecimento do direito ou se pretende e se discute apenas direito às prestações periódicas.

8. Viu-se, com as transcrições anteriores da decisão recorrida, parte expositiva (fundamentos) e decisória, que, para a espécie, não foi considerado, no exame da preliminar

de prescrição, se a lide se assentava em direito reconhecido pela administração, caso em que a prescrição atingiria somente as prestações periódicas ou se era o próprio direito a percepção da vantagem, consistente no abonamento do sexto quinquênio militar, que estava em causa, porque, se assim fosse, a prescrição, necessariamente, deveria inviabilizar a ação, por ser causa de extinção do processo como preceitua o art. 269, IV, do C.P.C. De todo ao contrário, a veneranda decisão recorrida, exibindo-se idene a toda a evolução da jurisprudência do STF, neste sentido, afirma, taxativamente que... "Ser reconhecido ou não ser reconhecido não tira e nem dá direito a ninguém, é questão de percepção para o cientista" ("sic", r. decisão p. 3, autos fls. 152) "e dever do Estado que assegura a proteção coação..." ("idem")), e, em tese, havendo "a possibilidade de direito já formado" negou a aplicação ao art. 1º, do Dec. 20.910/32.

9. Inobstante, à toda evidência, a espécie não versa simples direito a parcelas, não se questiona, no fundamental, isto, que é uma decorrência do direito afirmado pelo autor e negado, a todo o tempo, pela administração. O objeto da presente lide é a declaração de que o autor tem direito, por poder computar tempo ficto, criado em lei de caráter excepcional, ao recebimento do 6º quinquênio militar. Contra esta pretensão é que, em caráter preliminar, o recorrente, na contestação, arguiu a prescrição, porque fluira, de há muito (mais de oito anos) o prazo quinquenal para sua irrisignação com o ENTENDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO que não lhe concedera a vantagem objeto do pedido no presente feito.

Tanto assim é que toda a questão de direito, no desenvolvimento das colocações das partes, cinge-se às condições de integração do tempo necessário ao auferimento da vantagem pretendida, não havendo qualquer dissídio quanto às prestações, quer relativamente ao número destas, quer ainda quanto ao montante. Observe-se que o próprio autor, quanto às parcelas, no pedido adequou-as à prescrição quinquenária, pedindo o pagamento das que se haviam vencido até cinco anos, antes da data de citação do Estado.

Mas a pretensão exercitada, com a presente ação, está ineludivelmente prescrita e a de decisão relevando a pretensão da prescrição negou vigência ao art. 1º do Dec. 20.910/32, passível pois de ataque, como se faz, com base no art. 119, III, letra a) da C.F.

b) Do Cabimento Pela Letra d).

10. Como anteriormente indicou-se, no desenvolvimento do cabimento pela letra a), o venerando acórdão, conferindo interpretação que torna imprescritíveis os direitos do servidor, originados de fatos "jurígenos," porque sempre que isto ocorre há, em tese, "possibilidade de existência do direito já formado"... (cfe. decisão fls. 153, autos), diverge, nesta interpretação, frontalmente, não só de outros Tribunais do País, como, muito especialmente, da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal.

Em um prisma mais amplo, no que concerne a prescrição dos direitos inseridos na relação estatutária, a decisão atacada diverge do conhecido aresto de lavras do eminente Min. LUIZ GALLOTTI, "leading" relativamente à corrente dominante naquela Excelsa Corte, contrária à desenhada pelo Min. ELOY DA ROCHA. Conheça-se a ementa:

"Verbis"

"Prescrição

Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas, se o direito às prestações decorre do direito a anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa. (Cf. Ac. no RE. 73.958, "in" RTJ, nº 63/246)

11. Especificamente, como passível de prescrição, pelo decurso do quinquênio, o Supremo Tribunal Federal, considerou a pretensão, tal como se quer na presente ação, ao recebimento de outros quinquênios. Esta possibilidade está aflorada em lide se bem não idêntica, no que concerne a prescrição serve amplamente para ilustrar o dissídio. Trata-se do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE. 86.216-SP, nele funcionou como relator o Min. 8ILAC PINTO. Vem assim redigida a ementa:

MILITAR REFORMADO (SP)

Pretensão ao recebimento de outros quinquênios, implicando assim em retificação do decreto de reforma. Caso em que não se aplica a regra segundo a qual só prescrevem as prestações quando se trata de relação jurídica de trato sucessivo.

Recurso extraordinário conhecido e provido, julgando-se prescrita a ação ordinária.

(Confira-se "in" RTJ, nº 83, p. 293, dec. unânime da 1ª Turma do STF, em 06.10.1977)

Vê-se no voto, e da própria ementa se pode inferir, que a pretensão não reconhecida desloca o acento, para o desate da questão da prescrição, da qualificação da relação jurídica: como que se tem trato sucessivo. Assim é que no voto se traz à baila o acórdão proferido no RE. 66.295, publicado do D. J. de 1.7.1970, pág. 2.769, sendo rel. o Min. AMARAL SANTOS, na qual enfaticamente se diz que "A prescrição quinquenal (Decreto 20.910, de 1932, art. 1º) alcança o próprio direito e não apenas as prestações periódicas dela decorrentes. (...)" (Cf. RTJ 93/296).

A vista das venerandas decisões do Supremo Tribunal Federal que se trouxe à colação se vê amplamente comprovado o dissídio, o que justifica o cabimento do apelo extremo-pela letra d), item III, do art. 119 da C. F.

III – DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL

12. O instituto da prescrição, categoria jurídica do direito comum, tal como o da "coisa julgada" tem uma acentuada significação para todos os ramos do direito especializado, bem como assim, seu estabelecimento liga-se a critérios de justiça distributiva, fator importantíssimo que é da estabilização das relações sociais. Não interessa somente ao direito público, tem inegável projeção no direito privado; não favorece somente o Estado, mas igualmente ao cidadão: lhe confere a confiança de não ver-se eternamente sujeito a questionamentos por fatos do mediato pretérito.

A fixação pois do entendimento uniforme das regras que desenham para cada caso o perfil da prescrição é questão federal de alta relevância.

13. Assim que, dada a repercussão, quer pelo número de feitos em que é discutido, quer pelos reflexos no patrimônio público, o art. 1º do Dec. 20.910/32 deve comportar, tanto quanto possível, uma interpretação exata de sua extensão, evitando-se o dissídio, já a esta altura injustificável, no nível em que se apresenta, com cerce a firme intervenção do Supremo Tribunal Federal, que pela destinação constitucional (CF. art. 119, III letra d)) é o único capaz de estabelecer o desejável nivelamento e uniformização que se fazem necessários neste campo tão importante, no qual como frizou o Min. RODRIGUES ALCKMIN, acenando com a opinião do Min. DJACI FALCÃO, no RE 68.447, "*a prescrição, medida de política jurídica em prol da harmonia social, visa exatamente afastar incertezas nas relações jurídicas.*" (Cf. voto no RE. 80.913/RS – Tribunal Pleno – RTJ 84/193).

14. Pelo exposto, neste título argüi, pois, ao acendrado conhecimento do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 308, e na forma do item I de seu § 4º do R.I.S.T.F., a relevância da questão federal, como causa de exclusão da admissibilidade do Recurso Extraordinário interposto.

REQUER

se digne V. Exa. determinar o processamento do presente recurso, e negado o seguimento, em decorrência da letra d), do item IV, do artigo 308 do R.I.S.T.F., o processamento da ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA para efeitos de acolhimento pela instância extraordinária e consequente seguimento do recurso interposto.

Superada favoravelmente ao recorrente a fase preliminar (juízo de admissibilidade) PEDE, com o processamento do recurso extraordinário em todos os seus termos, o provimento do mesmo para reconhecer-se a ocorrência da prescrição, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau de jurisdição.

Requer, outrossim, o traslado das peças a seguir indicadas para formação do instrumento de relevância:

1. Inicial, f.s 2 a 6;
2. Requerimentos administrativos de fls. 8 e 8 v., 9, 10 e 10 v.
3. Resposta de fls. 32 "usque" 41,;
4. Doc. de fls. 43;
5. Decisão colacionada de fls. 44 a 47
6. Sentença de fls. 119 e 120;
7. Contra-razões de fls. 127 a 133
8. Doc. de fls. 134;
9. Parecer do Procurador da Justiça fs. 143 "usque" 146.
10. Relatório de fls. 147 e
11. ACÓRDÃO RECORRIDO de fls. 149 a 156.

NN. TT.

P. DEFERIMENTO.

PORTO ALEGRE, 22 de setembro de 1980.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA DA
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

AÇÃO: ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO
AUTORES: ERCI DAS DORES E CLÁUDIO ANTENOR SCHUCH
RÉU: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Nº: 01181046572

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pelo Procurador abaixo firmado, CONTESTANDO a ação acima identificada, vem perante Vossa Excelência para dizer e requerer o quanto segue:

PRELIMINARMENTE

1. É o contestante parte ilegítima no presente feito, vez que, a se ter em conta o articulado na inicial e, muito principalmente, nos documentos que a acompanham, nos quais os Autores sempre alegaram a atuação dolosa do Órgão do Ministério Público, se dano houve, a responsabilidade por seu ressarcimento é pessoal deste, e não do peticionário.

2. Com efeito, nos termos do artigo 85 da Lei Processual Civil:

"O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude."

Do conteúdo de precitado dispositivo infere-se que os autores deveriam ter dirigido seu pedido, não contra o Estado, ora réu, e sim, diretamente contra a pessoa que, segundo eles, foi a responsável pelos danos por eles sofridos, por ter atuado dolosamente, ainda de acordo com suas alegações.

3. A ilegitimidade de parte emerge do que está assente em doutrina, assim como de reiterados pronunciamentos de nossos Pretórios.

Assim, SILVIO RODRIGUES, comentando Acórdão do Supremo Tribunal Federal em que foi versada a matéria, esclarece:

"O aresto do Supremo proclamou a tese da irresponsabilidade do Estado por atos decorrentes do exercício da atividade jurisdicional pelo Poder Ju-

diciário. Sustentou que o JUIZ PODERÁ RESPONDER PESSOALMENTE, NO CÍVEL E NO CRIME, SE ESTE AGE COM DOLO OU FRAUDE (grifei), ou quando omite, retarda ou recusa, injustificadamente, providências que deva ordenar ex officio ou a requerimento da parte (Código de Processo Civil, artigo 121). Nessas mesmas hipóteses contudo, INEXISTIRÁ RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, OU PRINCIPAL, DO ESTADO (grifei)." (In "Responsabilidade Civil", volume 4, Saraiva, São Paulo, 1975, p. 90).

No mesmo sentido HELY LOPES MEIRELLES que ao discorrer sobre a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos e judiciais, a exclui, admitindo, entretanto, a responsabilidade direta do magistrado, na hipótese que menciona, *verbis*:

"Ficará, entretanto, o juiz, individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do artigo 733 do Código de Processo Civil, MAS ESSA RESPONSABILIDADE NÃO SE TRANSMITE NEM SOLICITA A FAZENDA PÚBLICA." (grifei) (In "Direito Administrativo Brasileiro", 4ª edição, atualizada, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 610).

4. E não se argumente que a hipótese acima seja inerente apenas às atividades do Magistrado, deixando de se estender aos membros do Ministério Público.

Pelo contrário, a mesma responsabilidade pessoal é extensiva a estes últimos, enquanto exercitem atos de natureza ou de conteúdo judicial.

A esse respeito e com muita precisão diz PAULO SALVADOR FRONTINI, ao discorrer sobre a responsabilidade pública por atos jurisdicionais:

"Fazia-se necessário, assim, intercalar, no estudo da responsabilidade civil dos órgãos do Ministério Público, esse enfoque relacionado às implicações do tema quanto à atividade jurisdicional. É que, na imensa maioria dos casos, a atuação do Ministério Público se desenvolve perante o Poder Judiciário, de modo, que os atos do Ministério Público — conquanto partidos de um órgão enquadrado no Campo do Poder Executivo — somente atingem os particulares após encampados pelo Judiciário."

A relevância desse pormenor, vinculado à peculiaridade do Ministério Público agir quase sempre (mas não sempre) por via judicial, faz com que a doutrina equipare o tratamento às duas espécies de manifestações estatais, sem que, efetivamente, essa equiparação possa ser sempre reconhecida." (In "Responsabilidade Civil do Órgão do Ministério Público", Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, ano VII, nº 27, JAN/MAR, p. 24).

ANTE O EXPOSTO, e com base no artigo 295, II do Estatuto Processual,

REQUER a Vossa Excelência o indeferimento in limine da inicial, com a condenação dos Autores nas custas processuais, verba advocatícia e demais cominações de lei.

II — NO MÉRITO

1. Não pode prosperar a presente ação, visto pecar a mesma por falta de base, quer legal, quer doutrinária ou, ainda, jurisprudencial.

2. Já se demonstrou, ao trazer a pêlo na preliminar levantada, a natureza jurisdicional das atividades dos órgãos do Ministério Público e, via de consequência, a aplicação a este, dos mesmos princípios que informam a atuação dos membros do Poder Judiciário, quando o exercício de sua atividade for de molde a causar prejuízo aos jurisdicionados.

Desta sorte, as manifestações legais, doutrinárias ou jurisprudenciais pertinentes a estes últimos, são aplicáveis in totum, também aos primeiros, ressalvadas as peculiaridades inerentes à órbita de atuação de cada qual.

3. Assente essa premissa, vejamos o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, quando comenta o artigo 107 da Constituição da República:

"Responsabilidade por atos legislativos e judiciais — Para os atos administrativos, já vimos que a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração, mas quanto aos atos legislativos e judiciais a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional que só se refere aos agentes administrativos (funcionários), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados) que não são funcionários da Administração Pública, mas sim membros de Poderes do Estado."

O ato judicial típico, que é a sentença não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, salvo na hipótese única do artigo 630 do Código de Processo Penal, uma vez obtida a revisão criminal. Nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento por eventuais danos que acarretem às partes ou a terceiros. Essa doutrina é tradicional no direito pátrio e está remansada na jurisprudência de nossos tribunais em atenção à coisa julgada e à liberdade decisória dos magistrados, que não poderiam ficar à mercê de responsabilizações patrimoniais pela falibilidade humana de seus julgamentos." (op. cit., p. 609/610).

4. Na mesma direção, MARIO GUIMARÃES, que na obra "O Juiz e a Função Jurisdicional" (Forense, Rio, 1ª edição, 1958, págs. 239, 240, 241, 243 e 244), preleciona:

"147. Em princípio, não são os juízes responsáveis pelos danos que decisões erradas acaso venham a produzir. Com amarga finura já se disse que o poder de julgar envolve o de praticar injustiças.

Razões mais fortes, porém, aconselham a irresponsabilidade. Primeiramente, uma de política social: os juízes pagam tributo inexorável à falibilidade humana. Erram porque são homens. Se obrigados a ressarcir, de seu bolso, os danos causados, ficariam tolhidos, pelo receio do prejuízo próprio, na sua liberdade de apreciação dos fatos e de aplicação do direito.

Nem se coadunaria com a dignidade do magistrado, coagi-lo, a descer à arena, após a sentença, para discutir, como parte, o acerto de suas decisões.

149. O princípio da não-responsabilidade, com apenas as exceções previstas, é hoje quase dogma nas legislações modernas.

150. A regra da não-responsabilidade sofre, entre nós, também duas exceções, pois que o artigo 121, do Código de Processo Civil, reproduzindo o artigo 55 do Código Italiano, preceituou que será o juiz civilmente responsável quando:

I — No exercício de suas funções, incorrer em dolo ou fraude.

A forma adotada pelo legislador brasileiro foi precisa e concisa. Fora de seus termos, nenhuma responsabilidade se poderá admitir.

A norma do artigo 159 do Código Civil, não terá aplicação à espécie. Nem haverá responsabilidade por erro. Somente o dolo e a fraude, no caso do nº 1, e a denegação ou retardamento da Justiça justificam a ação contra o juiz."

5. Afinando com a mesma linha de orientação escreve PAULO SALVADOR FRONTINI:

"Uma primeira colocação há que ser feita considerando o problema da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. É evidente que não tem aplicação às atividades estatais ENQUANTO FUNÇÃO JURISDICIONAL

(grifei) as preceituações expendidas nos itens anteriores, relacionadas com as atividades estatais, enquanto função administrativa. Isso porque, ao aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, ou seja, ao declarar o direito aplicável à lide, e, correlatamente, exercendo assim a jurisdição, o Estado está refazendo, ou reconstruindo, uma situação de desequilíbrio causada por ato daquele sobre o qual recaem os ônus da atuação da vontade da lei. O fato, quando o Estado faz justiça, aplicando o direito a uma lide, está, apenas, recolocando em seu lugar os direitos de quem estava sendo vítima da resistência injusta de uma sua pretensão.

DAÍ A CONCLUSÃO DE QUE O ESTADO NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO PATRIMONIALMENTE PELOS DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE SUA ATIVIDADE JURISDICIONAL, POR ESSA ATIVIDADE REPARA OS DANOS AO INVÉS DE COMETÊ-LOS." (grifei) (op. cit., p. 24).

Por fim, arremata SILVIO RODRIGUES (op. cit., p. 89 usque 90):

"A opinião prevalecente, entre os escritores brasileiros, é no sentido contrário, ou seja, no sentido de não ser o Estado responsável pelos danos derivados da atividade jurisdicional. Tal ponto de vista é o certo e decorre da idéia de independência de poderes que inspira o nosso sistema constitucional. Se o Executivo não pode interferir na órbita do Judiciário, é óbvio que não pode responder pelos atos por este praticados."

7. Não é outra a posição assumida, por nossos pretórios, em numerosos pronunciamentos.

Assim, cita HELY LOPES MEIRELLES, os seguintes julgados: STF RDA 59/335, 105/217, 114) 298, RF 194/159, TJSP RDA 50/239, 53/183; RT 259/127.

8. Também nos Embargos à Apelação Cível nº 6.806, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, foi versada a matéria, tendo julgado a seguinte ementa:

"RESPONSABILIDADE CIVIL — Inexistência — Atos judiciais e do Ministério Público.

O Estado não é responsável pelos danos decorrentes de atos judiciais, ainda que exercidos na jurisdição graciosa ou contenciosa; essa irresponsabilidade se estende aos atos do Ministério Público, quando cobertos pela decisão Judicial."

9. Já em plena vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, julgou o STF o Recurso Extraordinário nº 69.568, ementado nos seguintes termos:

"Responsabilidade civil. Não a tem o Estado pelo prejuízos decorrentes de atos judiciais." (R. T. J., nº 56, p. 273).

No corpo do Acórdão, encontram-se, dentre outras, as seguintes considerações:

"Nessas condições, os dissabores e os danos sofridos pela Autora são contingências da própria atividade que exercita no meio social, sujeita que está à fiscalização do órgão do Ministério Público; assim como um réu não pode pedir indenização pelo período em que esteve preso preventivamente em razão do processo no qual foi absolvido a final, apesar dos danos que tal prisão lhe haja acarretado, também, nos feitos civis é possível, é de todos os dias, a ocorrência de danos que não são indenizáveis, muito embora se alegue e se prove o erro da decisão judiciária que foi a cauda dos danos" (op. cit., p. 276).

10. Finalmente, analisando-se a hipótese fáctica que ensejou o presente feito o que vislumbra?

Quanto ao processo de interdição requerido pelo órgão do Ministério Público, constata-se que aquele só tomou tal iniciativa diante dos documentos que lhe foram apresentados pelo Ministério da Aeronáutica, assim como de informações que lhe foram prestadas por aquela entidade, os quais davam conta da falta de condições psíquicas por parte do Autor ERCI DAS DORES, para reger pessoalmente seus próprios interesses.

Portanto, o Representante do Ministério Público, ao assim agir, nada mais fez do que cumprir com seu dever de ofício, aliás determinado pela lei.

Relativamente aos processos-crimes instaurados contra os autores, com a máxima isenção, pode-se afirmar que tiveram origem em culpa exclusiva deles, autores, quando, com o ânimo exaltado dirigiram contra aquele órgão uma série de acusações, conforme comprovam diversos documentos juntos aos presentes autos, pelos próprios requeridos.

11. Assim, ainda que se faça *tábula rasa* de todos os argumentos antes expendidos, no sentido de se descartar a responsabilidade do Poder Público Estadual, não há como se cogitar do ressarcimento de danos alegadamente sofridos pelos autores, quando a causa dos mesmos teve origem em ato seu.

Com efeito, mesmo que se admita a responsabilidade civil do Estado por atos praticados pelo Ministério Público, aplicando-se à espécie a teoria do risco administrativo, estaria ela aqui descartada em vista da existência de hipótese excludente, reconhecida pela totalidade dos doutrinadores e Tribunais: a culpa da vítima.

ANTE O EXPOSTO,

REITERA o pedido anteriormente formulado, no sentido de ser o ora postulante declarado parte ilegítima no presente feito,

REQUER, ainda, caso não seja acolhida a preliminar levantada, o que admite apenas para argumentar, seja declarada improcedente a presente ação, com a condenação dos autores nas custas processuais, honorários de advogado e demais pronunciações de lei.

PROTESTA pela produção de todo o gênero de provas em direito permitido.

Pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 29 de junho de 1981.

SUBFATURAMENTO NA REMESSA DE SUCATA ACÓRDÃO

**IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS.
SUCATA DE COBRE:**

O tributo incide nas saídas de sucata de cobre para fora do Estado ainda que se destinem à transformação em lingotes, a serem devolvidos pelo estabelecimento transformador. A base do cálculo deve ser o valor real.

MÚTUO DE MERCADORIAS

Nas saídas de mercadorias fungíveis, registradas como mútuo na contabilidade do remetente, a base do imposto é o valor real do produto e, na falta de menção exata deste, o preço corrente das mercadorias no mercado atacadista do remetente.

FRAUDE FISCAL

O registro de operações de mútuo por cerca da metade do valor real das mercadorias constitui fraude fiscal equivalente à falta de registro da diferença respectiva.

CRÉDITO FISCAL

Pela Legislação do Estado do RS, a entrada de peças de efêmera duração, incorporáveis ao maquinário como acessório suscetível de fácil desgaste, não autoriza crédito fiscal.

Sentença confirmada.

Aplicação das Leis nºs 6373/66, 6485/72 e 6537/73 do Estado do RS.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 35.089

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL — PORTO ALEGRE

PIRELLI SUL COMPANHIA INDUSTRIAL SULRIOGRANDENSE, APELANTE:

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

O presente acórdão confirmou a sentença publicada na p. 238 e seguintes da R. P. G. E nº 27.

Acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento à apelação, o que decidem pelos fundamentos e nos termos expostos nas notas taquigráficas, em anexo, que incorporam ao presente aresto.

Custas, ex lege.

Participou, também, do julgamento o eminente Desembargador CRISTOVAM DAIELLO MOREIRA.

Porto Alegre, 24 de março de 1981.

DES. CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR
Presidente e Relator.

DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO.

RELATÓRIO

O DES. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR-RELATOR) — A Fazenda Pública Estadual, conforme processo administrativo instaurado face ao auto de infração de fls. 52 e seguintes, procedeu lançamento fiscal de débito da apelante, relativamente a:

I — multa prevista no art. 71, III, da Lei Estadual nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, correspondente a 20% sobre o imposto de circulação de mercadorias, do valor de Cr\$ 1.037.349,40, tido como recolhido fora do prazo previsto em lei.

— a apelante adquiria sucata neste Estado, com imposto deferido e a remetia para outra empresa, integrante de seu grupo econômico, estabelecida em São Paulo, para ser transformada em lingotes de cobre, que lhe eram, posteriormente devolvidos industrializados para serem empregados na fabricação de produto sem similar, isento do ICM.

— nas remessas, faturava a sucata por preço inferior ao real do mercado.

O Fisco considerou atrasado o recolhimento da diferença (entre os valores faturados e o real), tido o tributo como recolhido ao ser aproveitado o lingote.

II — imposto e a multa prevista no art. 7, I, e da Lei Estadual 6.537/73 correspondente a diferenças de preço de produtos industrializados remetidos para o Porto de Santos à Pirelli S/A a título de devolução de mercadorias registradas como emprestadas. A apelante faturava os produtos por preço inferior aos que na mesma data vendia, mas igual ao contabilizado por ocasião do empréstimo.

III — valores correspondentes a

a) créditos do ICM registrados através de emissão de notas contábeis de descontos, relativos a mercadorias tributadas em notas fiscais, que haviam mencionado ICM sobre o total respectivo.

O Fisco glosou os créditos e aplicou à apelante a multa prevista no art. 7, I, letra f da Lei 6.537/73.

b) créditos ICM registrados como relativos à devolução de mercadorias, efetuados por clientes sem a respectiva comprovação, nem emissão de documento fiscal apropriado.

c) aproveitamento de créditos do ICM relativos à entrada em estabelecimento de feiras, que o Fisco entende integrarem o ativo fixo da apelante, como ferramentas.

d) idem quanto ao aproveitamento, relativo à retificação das mesmas feiras.

e) aproveitamento de créditos do ICM não destacado em notas fiscais de compra.

f) imposto não recolhido, embora destacado em notas fiscais (item VI do auto).

Com o objetivo de anular esse lançamento e, após esgotada a esfera administrativa, a apelante propôs esta ação contra o Estado do Rio Grande do Sul, em que alega a não incidência do tributo nas operações de remessa da sucata, sendo, por isso, inaplicável a multa, imposta pelo alegado atraso; a licitude da fixação de valores baixos para as mercadorias relativas às operações registradas como empréstimos gratuitos e licitude do aproveitamento dos créditos fiscais glosados. Argui a decadência do direito à cobrança dos valores destacados nas notas fiscais e não registrados e a inaplicabilidade da multa prevista no art. 7, I, letra e, pois esse dispositivo a prevê para os que deixarem de registrar operações, coisa que não teria ocorrido. Houve registro em bases menores.

A ação foi contestada e instruída, como descrito na sentença de fls. 1.147/1.162, que julgou a ação improcedente e cujo minucioso relatório tenho como integrante deste.

Irresignada, a apelante, em tempestiva apelação, recebida, respondida e regularmente processada, reabre o debate de 1º grau, postulando a reforma da sentença, que também critica por ter fixado os honorários dos advogados da R. em 20 % sobre o valor da causa.

Os representantes do Ministério Público no 1º e 2º grau emitiram pareceres no sentido de ser negado provimento ao apelo.

É o relatório.

VOTO

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR-RELATOR) — Examine pela ordem da inicial as alegações da apelante.

Item I: para livrar-se da imposição da multa prevista no art. 71, III, da Lei Estadual nº 6.537/73 pelo "pagamento fora do prazo" do imposto correspondente à diferença para menor do preço que fixou nas remessas de sucata de cobre para outra sociedade, que as transformava em lingotes e os devolvia à apelante, esta sustenta a não incidência do tributo sobre as próprias remessas, embora tenha recolhido valores cuja devolução não postula.

A instrução da causa demonstrou, e chega a não haver dúvida a este respeito, que a apelante nas notas fiscais relativas a tais remessas, fixava o preço da sucata em valor correspondente a quase metade do vigente no mercado atacadista desta capital, destacando o ICM sobre este valor reduzido.

O raciocínio expendido pela apelante ao propósito peca pela base. Se admite o dever de recolher a parcela do tributo correspondente aos valores arbitrários que fixou, é porque reconhece a incidência. Correta, a meu ver, a argumentação de fls. 621, desenvolvida pela Dra. REJANE BRASIL FILIPPI, Consultora do Estado, que me permito adotar, reproduzindo-a: "A hipótese é claramente de incidência do imposto traçado em lei (Lei 6.485, de 1972, com a alteração da Lei 6.518, de 1972, em seu art. 1º): 'art. 1º — o imposto sobre operações relativo à circulação de mercadorias (ICM) tem como fato gerador: I — a saída de mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor'. Diz o Código Tributário Nacional art. 114: 'fato gerador da obrigação tributária é a situação definida em lei como suficiente à sua ocorrência'. A lei tributária faz escolhas entre situações de fato e jurídicas como determinantes da ocorrência de fatos geradores. No ICM, o legislador elegeu a saída das mercadorias do estabelecimento comercial, industrial e produtor (situação de fato) ou a transmissão de propriedade quando essa não transitar pelo estabelecimento do transmitente (situação jurídica). No caso em foco, estão presentes todos os elementos do suporte fático da regra jurídica. A autora promove saídas de sucata para industrialização, esta passa à disponibilidade de estabelecimento distinto, situado fora do Estado, que a transforma e lhe agrega valor. Os bens em questão são mercadorias e é inegável que a operação concretiza transferência de sua titularidade". (vol. 5º, fls. 621/622).

Observo que o Estado do Rio Grande do Sul, desde o Decreto nº 20.148, de 04.02.70 (art. 7º, I) e da Lei nº 5.373, de 27.12.66 (art. 4º, I), considera incidente o tributo por essa forma de circulação de mercadoria. Dentro do Estado, difere a incidência e o respectivo pagamento para etapa posterior; fora do Estado, precisamente porque a mercadoria remetida para fins de industrialização foge ao seu controle, sempre exigiu o pagamento, na remessa para tal fim.

Incidente o tributo, que o Fisco considerou posteriormente integrado no preço dos produtos fabricados pela apelante, embora isentos do ICM, porque sem similar, comprovado o atraso, cabe a multa, "ex vi" do disposto no art. 7º da Lei Estadual 6.537/73.

II) O documento de fls. 662 — nota fiscal de faturamento de cobre em lingote — retrata "per se" a natureza das operações contabilizadas pela apelante como empréstimo. O documento de fls. 663, a sua vez, revela a verdadeira operação que a apelante, mercê de sua condição de participante de um grupo econômico poderoso, com várias empresas ligadas economicamente, esconde do Fisco. Consta nesse documento o seguinte: "lingotes de cobre eletrolítico 250 lp. Rf memorando tal. Confirmamos nosso interesse na compra dos 37 lingotes de cobre eletrolítico 250 lp. Assunto dos mesmos em referência". E a seguir, está manuscrito: "Despachar como Dev. empréstimo".

Esse documento é um autêntico pedido de mercadorias. "O pedido mediante o qual um comerciante solicita de outro a remessa de determinadas mercadorias", que traduz comprovação do contrato de compra e venda mercantil" (J. X. Carvalho de Mendonça, "Tratado", vol. 6º, 2ª parte, nº 623), e que é "a prova escrita do contrato de compra e venda (Waldemar Ferreira, "Manual do Comerciante", pág. 188).

Precisamente devido à circunstância de a apelante integrar um grupo econômico dentro do qual giram os valores objeto dessas operações, logrou registrá-las como empréstimo. Recorreu ao vocábulo *empréstimo*, que abrange o comodato e o mútuo. Fala em "operação a título gratuito" para sugerir a existência do comodato, que as Ordenações do Reino já esclareciam não poder ocorrer "de coisas que consistem em número, peso e medida, assim como dinheiro, vinho, azeite e outras semelhantes, que com o uso se consomem e não se podem tornar as mesmas em espécie" (Ordenações, 453, princ. e § 1º, apud Carvalho de Mendonça, obra e local citada, nota 1ª, pág. 315).

No comodato a coisa "é tomada como corpo certo, na sua identidade; e deve ser restituída a mesma" (Clóvis, "Comentários ao Código Civil", art. 248, vol. 4º, pág. 437, da 6ª edição).

Fora de dúvida, por conseguinte, que as operações registradas na contabilidade da apelante configuram mútuo com as consequências do art. 1.257 do CC, isto é, com a transferência do domínio de coisa mutuada. Sob o aspecto fiscal, portanto, as mercadorias remetidas sob a rubrica *empréstimo* circulam com os mesmos efeitos da venda mercantil apenas entre os contratantes, na circulação entre eles realizada, em cada operação, "pouco importa o valor que tenha a coisa no momento da entrega ou no momento da restituição. O aumento ou a diminuição de seu preço não exerce a menor influência sobre a obrigação do mutuário". (Carvalho de Mendonça, obra citada, vol. 6º, 2ª parte, nº 946).

Com a opção pelo mútuo, em operações que normalmente, fora do grupo econômico da apelante, se revestiriam necessariamente das características de compra e venda recíprocas, a apelante se garantiu e garantiu à sua consorte a restituição das mercadorias no mesmo número, gênero e espécie, mas as fez circular. É sobre essa circulação que incide o imposto na forma prevista pela lei, no caso, o art. 2, II, do Decreto-lei nº 406/68, recolhido pela legislação estadual. E precisamente porque, por ato das partes, entre elas se tornou indiferente o valor das operações, que passou unicamente a seu valor contábil, como

doutrina Amílcar Araújo Falcão, "a tributação terá que resultar da lei. O que se quer é que não fique reconhecida à imaginação fértil do contribuinte a faculdade de decidir do modo e do montante pelo qual serão pagos os tributos. A lei, o seu comando, a sua determinação, sem acréscimos, sem reduções, são aqui chamados a incidir à toda a sua inteireza, sejam quais forem as manobras, os expedientes ou as fórmulas adotadas" ("Introdução ao Direito Tributário", Parte Geral, pág. 106, nº 12).

Para efeito do ICM, até mesmo para as transferências entre estabelecimentos do próprio remetente ou do seu representante, esclarece o egrégio Supremo Tribunal Federal que o preço das mercadorias deve ser o real (RTJ, 68/404). Na espécie, o preço real é o corrente da mercadoria no mercado atacadista da praça do remetente, e é a apelante que o fornece, como pondera o Estado na contestação de fls. que a perícia comprovou: "ao mesmo tempo que remetia mercadorias a S. Paulo a título de solução de mútuo, vendia paralelamente matéria-prima da mesma espécie e qualidade à firma daquele Estado. Para ambas as operações — devolução e compra e venda — eram utilizados valores diversos. Assim as notas fiscais nº 5508 e 2042, emitidas na mesma data e documentando saídas da mesma mercadoria para S. Paulo, mas versando operações de natureza distinta, evidenciam o complô fiscal, para não dizer a fraude fiscal, aliás, bem urdida pela demandante. Nota fiscal nº 5508, valor Cr\$ 19,50; nota fiscal nº 2042, valor Cr\$ 8,65, que é a devolução e o preço".

Como acentuei, a perícia demonstrou essa verdade.

Procede, pois a exigência fiscal. O Fisco tem o direito a cobrar essa diferença apurada nos livros da apelante.

No que se refere à imposição da multa, não se pode desvincular a apelante de sua atuação, tendente a diminuir a incidência do tributo, que reduz ao seguinte raciocínio: Para fugir à certeza da incidência sobre o valor real das mercadorias, a apelante, ciente e consciente de que deveria recolher o tributo sobre esse valor real, primeiro registrou autêntico negócio de compra e venda como empréstimo; segundo, no registrar nos documentos fiscais a devolução deste empréstimo, registrou a operação por valor reduzido cerca da metade.

Como contribuinte do ICM, a apelante, em tais operações, estava 'obrigada a adotar o caminho tributariamente mais oneroso'. Todavia, 'escolhendo um outro caminho', em que 'violou regra jurídica, praticou fraude fiscal' (Walter Augusto Becker, "Teoria Geral do Direito Tributário", § 3º, nº 38, págs. 122 e 123).

Tipificou-se, assim, a infração prevista no artigo 7º, I, letra e, de vez que na verdade, para sonegar o tributo, "não registrou a parte da operação correspondente ao preço real, que escondeu do Fisco". Para livrar-se da imposição desta multa, a apelante se apegou à letra fria deste dispositivo, sustentando que, havendo registrado a operação, ofereceu ao Fisco oportunidade de fiscalizá-la e que o registro em si, apesar do valor menor do que o real, afasta a incidência da multa, por retirar a tipicidade prevista na lei.

Assinala, todavia, **Ezio Vanoni** a necessidade de o intérprete das leis tributárias ter presente a finalidade específica que o preceito legal se propõe a realizar e o caminho através do qual a lei busca realizar o seu fim. "No campo do Direito Tributário, talvez mais do que em outros ramos do Direito, impõe-se, para uma exata compreensão da norma, o estudo das finalidades a que esta se propõe. A dificuldade de regular fenômenos em contínuo movimento, como o são os da vida econômica, através da fórmula da lei, faz com que somente seja possível atribuir a norma do seu inteiro alcance quando se leva em conta a função que a lei pretende exercer e os fins por ela visados" ("Natureza e Interpretação das Leis Tributárias", tradução de Rubens Gomes de Souza, pág. 242).

Para verificar a finalidade da lei tributária estadual em exame ao estabelecer sanções para o seu descumprimento, basta cotejar as várias hipóteses compreendidas no inc. I do citado art. 7º, bem como as previstas nos demais incisos e com as de que tratam o art. 8º e 9º. O art. 7º cuida de casos de não recolhimento dos tributos. Os demais versam hipóteses de infrações administrativas levemente punidas.

Com a finalidade de desestimular a sonegação e tirar ao sonegador ânimo para praticar fraude a lei pune severamente a prática de qualquer ato que importe em fraude fiscal própria ou facilitação de fraude fiscal alheia. O elenco das hipóteses previstas no inciso I do art. 7º revela claramente esse objetivo. Observe-se que a letra a cuida de facilitação de fraude alheia: adquirir ou possuir mercadorias desacompanhadas de documento fiscal. As letras b, c, d e e tratam de fraude do próprio contribuinte, todas envolvendo hipóteses de não recolhimento do imposto devido, em decorrência de ato do contribuinte, quer não fazendo o lançamento da operação, (letra b); quer não pagando o tributo diferido ou de que se tornou substituto legal (letras c e d); quer não registrando a operação que lhes determinaria um débito fiscal (letra e).

As hipóteses abrangidas pelos incisos II e III se referem ao não pagamento do imposto sem prática de fraude fiscal, isto é, sem o dolo, caracterizado pela intenção de fugir ao pagamento do imposto devido. É mister atentar na espécie que se trata de obrigação fiscal que o contribuinte deve satisfazer sem o concurso do Fisco, pois o ICM é pago através do chamado lançamento por homologação. O Fisco não intervém nos atos materiais relativos ao lançamento nos livros e documentos fiscais, senão para homologá-los se conformes à lei, ou revê-los se contrários a esta. Neste caso, quando surpreende a fraude fiscal, deve impor a pena prevista para a sonegação.

Incide a lição do Prof. Antônio Berliri, da Universidade de Bolonha: "Nas obrigações que devem satisfazer-se mediante o ingresso em conta corrente postal de uma determinada quantidade, isto é, nas obrigações que nascem e se extinguem sem que o sujeito ativo tenha conhecimento delas, a falta de cumprimento coincide, como se assinalou no princípio, com a falta de declaração do fato gerador, melhor dito, dado que nesses casos não existe o dever de apresentar a declaração, produz efeitos análogos aos que se dão em outros impostos (em que esta é necessária) por sua omissão. É lógico, portanto, que ante ditas declarações se acentue fortemente até fazer preponderante, respeito à função de resarcimento, a função sancionária, que, já temos visto, com relação à indenização por mora

e os encargos por descumprimento de obrigações que deveriam extinguir-se com o concurso do credor. Daí a razão porque a indenização por mora e os encargos são geralmente substituídos pela pena pecuniária, que como é sabido, tem um marcado sabor penal, inclusive de caráter civil e por isso dispõe às vezes a lei que a sanção experimente uma fortíssima redução quando o contribuinte cumpre a obrigação, ainda que com atraso, antes de que a administração financeira haja descoberto a infração. Com efeito, nesse caso, o cumprimento espontâneo do contribuinte elimina o perigo de evasão e, conseqüentemente, o retardo, com que vinha pagando o tributo, pode produzir o dano próprio a qualquer outro atraso. É típico a esse respeito o disposto no art. 30 da lei criadora do imposto geral sobre ingressos, segundo o qual a pena pecuniária de duas a seis vezes o imposto devido, aplicada por falta de pagamento do tributo, vem substituída por encargo igual a uma décima parte do imposto quando dito imposto, seja qual for a forma do pagamento, tenha sido satisfeito depois do prazo estabelecido pela lei, mas antes de haver-se descoberto a violação" (Princípios de Direito Tributário, vol. 2º, tirado em vernáculo da tradução espanhola de 1971, pág. 530 e 531, Título II, Capítulo VIII).

Na espécie, foi justamente o que aconteceu. A apelante, que deveria registrar o valor exato, registrou outro valor, com o que enganou o Fisco e, enganando o Fisco, fez mais do que não registrar, agiu dolosamente e responde pela multa que se aplica precisamente nos casos em que o contribuinte procura fugir da incidência. Conservo, por conseguinte, a multa.

Passo ao item III, nº 1 (fl. 32). Pretende a apelante creditar-se de valores correspondentes a ICM relativo ao registro contábil que fez de devolução de mercadorias sem a emissão do documento fiscal apropriado nem exibição de documento fiscal emitido pelos compradores que tenham feito a devolução. Nem na fase administrativa nem na instrução desta causa a apelante fez prova segura de que os créditos correspondiam à devolução de mercadorias tributadas. Ela vende também produtos isentos, e o perito do juiz não diz ter encontrado elementos que evidenciam não ter a autora recebido em devolução os bens em questão. Verificou-se que ela contabilizou nominalmente, os respectivos clientes, os créditos concedidos mediante ditas notas de crédito, que as respectivas duplicatas foram liquidadas com o abatimento correspondente ao crédito respectivo". Face a esse registro, também constatado pelo assistente da autora, este assistente diz que obviamente "leva à afirmação de que as mercadorias foram devolvidas pelos clientes" (fls. 823, vol. 7º).

Melhor, entretanto, parece-me a posição do perito do juiz, que diz o seguinte: "Aduz-se, pois, que o simples exame documental das operações registradas nas notas de crédito, cujas cópias xerográficas foram juntadas a fls. desse processo, não permite se responda conclusivamente tenha a autora recebido ou não as supramencionadas devoluções. De se pôr em relevo, ainda, que se houvessem as evidências de que dá conta a pergunta articulada no presente quesito, sobre ela é que fundamentaria a certeza do recebimento ou não das devoluções. Ademais disso, os elementos insertos nas precitadas notas de crédito tão-somente são capazes de servir de base para exame dos quantitativos físicos que, *in casu*, é o único que conduz à certeza. Não é de se olvidar, porém, que o exame dos quantita-

tivos físicos só em ser muito demorados, motivo por que a conveniência de sua realização está condicionada à avaliação da relação custo/benefício que, obviamente, sempre terá de ser muito bem dimensionada".

Parece-me correta a posição do Fisco, que exige a emissão de documento fiscal adequado precisamente para a comprovação de que se trata de devolução de produtos sobre os quais incidiu e foi recolhido o imposto, especialmente no caso dos autos, em que a apelante também vendia produtos isentos.

Ora, incidente o tributo, incide também a multa.

Ainda no item III, nº 2 (fls. 35 e ss.) examino as alegações sobre o aproveitamento de crédito de ICM relativo à entrada, no estabelecimento, de feiras e de crédito relativo à retificação dessas mesmas feiras, que são peças de forma cilíndrica, destinadas a bitolar o fio de cobre, espichando-o. Tem vida útil de 15 e 20 dias, comportando retificação. (Resposta do perito, fls. 750 do vol. 6º; do assistente dos autores, fls. 824, vol. 7º, anexo, e fls. 1.032).

A despeito de não integrarem o ativo fixo porque consumidas, essas feiras, no Rio Grande do Sul, não autorizam crédito do ICM, como demonstra Fernando Brockstedt, citando decisão desta Câmara, que conferi, proferida na vigência de legislação anterior, idêntica à atual. (Foi relator, o Des. Moltke Germany, presidência do em. Des. João Clímaco de Mello Filho. Está na "Revista", vol. 11, pág. 248). Pondera esse autor, após lembrar que o IPI não incide sobre o produto consumido. Na legislação do ICM do RGSul não dão direito a crédito, por não serem considerados como mercadorias, 'os bens aplicados ao consumo do estabelecimento desde que não concorram diretamente para a produção de mercadoria ou não venham a integrá-la, mesmo em forma de envoltório' (art. 2º, § 2º, da Lei nº 5.373/66)". Aduz em seguida: "Na legislação estadual do ICM se verifica que, se em geral o que é consumido no estabelecimento não dá crédito, excepcionalmente o que **concorre** diretamente para a produção gera tal direito: na diferença entre as expressões grifadas reside o 'busilis' da questão. Se ambos os termos — **consumir** e **concorrer** — têm em comum o prefixo **con**, que indica companhia, união, o radical **sumir**, (de **consumir**, que não gera crédito), indica gasto, destruição, paralela à produção da mercadoria; ao passo que **correr**, (de **concorrer**), reforçado pelo advérbio **diretamente**, (que gera crédito) indica correr em companhia, ir junto, quando o bem é consumido ao lado da mercadoria, não saindo junto com ela, a sua entrada não gera crédito (não é mercadoria), quando **concorre** diretamente com a produção da mercadoria, indo **junto com ela**, gera crédito (considera-se mercadoria) (ICM — Legislação Federal Unificada, itens 10/2 e 10/5).

Nos considerando do referido acórdão desta Câmara, que versou pretensão a créditos fiscais de correntes de aquisição de feltros, manchões e telas empregados em máquinas de fabricação de papel, que se consumiam na proporção de quatro unidades por semana, consta: "Exato que o rápido consumo pode servir, entre outros, como dado caracterizador da não incidência do tributo; não, porém, no caso "sub judice", em que tudo indica tratar-se o material apontado simples acessório, de efêmera duração, incorporado ao maquinário como qualquer outra peça suscetível de fácil desgaste".

Ainda no item III, nº 3 (fls. 37), examino o problema do crédito fiscal feito pela apelante em notas que lhe foram endereçadas sem esse destaque. O assistente da autora, para verificar se esses valores, que são de pouca monta, teriam correspondido a pagamento efetivo limitou-se a dirigir-se à sociedade que emitiu a nota, perguntando se foi ou não registrada. A resposta é que a nota foi registrada. Não me parece que dê para aceitar essa resposta da contribuinte documento, que ao que consta a (fls. 950 do vol. 7º) e essa resposta do perito (fls. 817), para admitir o uso do crédito do ICM não constante de nota fiscal de entrada.

Correta, pois, é a exigência fiscal.

Finalmente, no item III (fls. 39 e ss.) a letra f) versa decadência. Consta dos autos do processo administrativo que a "contribuinte emitia documento fiscal com destaque do ICM, não lançando o mesmo no livro de saídas, ou lançando-o na conta de "Não Tributáveis" e, conseqüentemente não recolheu o ICM devido" (fls. 92).

A apelante, na sua bem elaborada inicial, a que suas razões de recurso se reportam, sustenta que incide, nesse item, o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Expirado esse prazo sem que a fazenda pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. No caso, as saídas teriam ocorrido cinco anos antes da lavratura do auto de infração.

Essa decadência, contudo, só ocorre quando há lançamento. Se não há lançamento, não pode ocorrer. Na espécie, não há lançamento.

No auto lançamento, praticados os atos pelo contribuinte, está apurado o crédito tributário cujo pagamento antecipado se extingue sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento, diz a lei, (art. 150, § 1º). Se o fisco, entretanto, não fizer a homologação ou a revisão dos atos administrativos praticados pelo contribuinte nos cinco anos subseqüentes à ocorrência do fato gerador, o legislador os considerou como homologados e extinto definitivamente o crédito, (§ 4º do mesmo art. 150). A definitividade, que o professor RUBENS GOMES DE SOUZA diz ser adquirida pelo auto lançamento através da verificação fiscal, é adquirida, no caso do lançamento por homologação, pelo decurso no tempo. O legislador deu ao Fisco o prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador para revisar o lançamento realizado pelo contribuinte ou homologá-lo. Expirado esse prazo, diz a lei, considera-se homologado o lançamento. O decurso do prazo sem o pronunciamento do Fisco acarreta, portanto, a decadência do seu direito de pronunciar-se sobre o lançamento feito pelo sujeito passivo da obrigação tributária. O Fisco decai do direito de rever o lançamento, de conferir se houve ou não a exata constatação da hipótese de incidência.

É para revê-los, e para poder revê-los é obviamente necessária que existam. Anoto a diferença fundamental para tirarem-se conseqüências jurídicas entre o lançamento direto

feito pelo Fisco e o lançamento por homologação resultante de atos do próprio contribuinte, a que o Fisco dá a sua aquiescência, aperfeiçoando-o. No lançamento direto, o Fisco não tem direito à livre revisão, não pode suplementá-lo posteriormente se não comprovar erro de fato relativo a circunstância ou situação preexistente. No lançamento por homologação, a regra é em sentido contrário: como o Fisco não intervém nos atos materiais relativos ao lançamento nos livros e documentos fiscais porque esses atos configuram auto lançamento sujeito à homologação, o Fisco tem sempre o direito de revê-los, independentemente dos motivos que invoca. É esse direito de revisão que caduca se não for exercido no prazo de 5 anos a contar dos fatos geradores. No caso não há lançamento a rever ou a homologar. Por conseguinte, não é hipótese de decadência.

No que se refere aos honorários, dada a complexidade da matéria, que ocupou oito volumes e se arrastou por vários anos, a revelar sua complexidade, me parece que a aplicação do percentual de 20% sobre o valor da causa é moderadíssimo, especialmente porque a inflação esvai esse valor, que deve ser recolhidos aos cofres do Estado.

Por essas razões, que já estão longas, nego provimento à apelação.

O DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — De pleno acordo com V. Exª.

O DES. CRISTOVAM DAIELLO MOREIRA — Sr. Presidente. Pela finalidade de industrialização da sucata, a saída configurou circulação econômica. Indispensável a transformação da sucata em mercadoria, contudo, passasse aquela à disposição do industrializador, e ao tipificar-se a disponibilidade via transferir, integrou-se o fato gerador.

Ainda que se qualificasse aqueles atos como empréstimo de coisas fungíveis, a base do cálculo deveria atender o valor imperante no mercado e não o estimado pela apelante, ultimando a evasão tributária.

Ao Direito Tributário aplica-se o princípio da reserva legal, mas o disposto na letra e do art. 7º da Lei 6.537, de 27.02.73, incide sobre os fatos operados pela apelante.

Comina-se a pena de multa aos que deixarem de registrar, mas, igualmente, aos que registrarem incorretamente as suas operações, ex-vi da interpretação lógica e discursiva do art. 7º, letra e, da Lei nº 6.537/1973.

A apelante, desconforme com a lei, registrou os fatos; sujeitou-se à imposição da pena.

Inserindo-se o dolo na ação ou na finalidade, consoante moderna orientação, por qualquer uma delas o dolo impregnou atividade comportamental tributária da apelante, ut revelam as notícias das infrações materializadas nos autos.

Pedindo vénia a V. Exa. para subscrever os demais argumentos, nego provimento.

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR) — Apelação Cível nº 35.089, de Porto Alegre — "À UNANIMIDADE NEGARAM PROVIMENTO".

ÍNDICE

AÇÃO — Possibilidade jurídica do pedido, por Sérgio Gischkow Pereira	61
ACUMULAÇÃO DE CARGOS — Remuneração com mandato eletivo, por Ana Maria Landell de Moura — Parecer nº 4.370/PGE	111
ACUMULAÇÃO DE CARGOS, por Marisa Soares Grassi — Parecer nº 4.622/PGE. .	145
ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS — Auxílio funeral, por Eunice Nequete Machado — Parecer nº 4.689/PGE	149
ACUMULAÇÃO DE CARGOS — Exercício de vereança com emprego em fundação, por Marília de Oliveira Azevedo — Parecer nº 4.732/PGE	177
ALTERAÇÃO DE DIVISAS DE MUNICÍPIOS, por Maria Isabel R. Fonyat — Parecer nº 4.765/PGE	171
ALVIM, Rui Carlos Machado. Eleição dos prefeitos das estâncias hidrominerais — Parecer	181
AMORIM, Aderbal Torres de. Lacuna da lei previdenciária — pagamento de salário do ajudante extrajudicial. Razões de apelação	209
AMORIM, Aderbal Torres de. Reconvenção e revelia	47
ANISTIA — Aposentadoria com base na lei da, por Manoel André da Rocha — Parecer nº 4.690/PGE	85
APOSENTADORIA — Contagem recíproca de tempo de serviço, por Rosa Maria de Campos Aranovich — Parecer nº 4.680/PGE.	85
APOSENTADORIA COM BASE NA LEI DA ANISTIA, por Manoel André da Rocha — Parecer nº 4.690/PGE	85
APOSENTADORIA — Proventos, por Jorge Alberto Diehl Pires — Parecer nº 4.666/PGE	121
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Contagem recíproca de tempo de serviço — Parecer nº 4.680/PGE	153
ASSINATURA DO LIVRO-PONTO, por José Quadros Pires — Parecer nº 4.687/PGE. .	131
AUXÍLIO FUNERAL, por Eunice Nequete Machado — Parecer nº 4.689/PGE	149
AZEVEDO, Marília de Oliveira. Exercício da vereança com emprego em fundação — Parecer nº 4.732/PGE.	177
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. Recurso hierárquico em concurso público — Parecer nº 4.788/PGE.	117
BEM IMÓVEL — Cessão de direitos de posse, por Eliana Donatelli de Moura — Parecer nº 4.118/PGE	139
CARGOS — Acumulação de, por Marisa Soares Grassi — Parecer nº 4.622/PGE. . . .	145

CESSÃO DE DIREITOS DE POSSE, por Eliana Donatelli de Moura — Parecer nº 4.416/PGE.	139
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS PARLAMENTOS — Estudo comparado, por Françoise Mendel.	11
CONCURSO PÚBLICO — Recurso hierárquico em, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer nº 4.788/PGE.	117
CONTAGEM RECÍPROCA DE TEMPO DE SERVIÇO, por Rosa Maria de Campos Aranovich — Parecer nº 4.680/PGE.	153
CONVERSÃO DE FÉRIAS EM PECÚNIA, por Caio Lustosa — Parecer nº 4.678/PGE.	169
CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE, por Ney Sá — Parecer nº 4.712/PGE.	107
COUTO E SILVA, Almiro do. Vantagem prometida pelo Estado — Parecer nº 4.705/PGE.	81
CRÉDITO FISCAL DO ICM EM OPERAÇÃO ISENTA, por Rejane Brasil Filippi. Contestação.	193
ELEIÇÃO DOS PREFEITOS DAS ESTÂNCIAS HIDROMINERAIS, por Rui Carlos Machado Alvim — Parecer.	181
ESTADO — Vantagem prometida pelo, por Almiro do Couto e Silva — Parecer nº 4.705/PGE.	81
EXERCÍCIO DA VEREANÇA COM EMPREGO EM FUNDAÇÃO, por Marília de Oliveira Azevedo — Parecer nº 4.732/PGE.	177
FERRAZ, Sérgio. Natureza jurídica do plano urbanístico.	33
FÉRIAS — Conversão em pecúnia, por Caio Lustosa — Parecer nº 4.678/PGE.	169
FERREIRA, Aldo Leão. Prefeito de área de segurança nacional — Parecer nº 4.679/PGE.	167
FILIPPI, Rejane Brasil. Crédito Fiscal do ICM em operação isenta. Contestação.	193
FONYAT, Maria Isabel Ribeiro. Alteração de divisas de municípios — Parecer nº 4.765/PGE.	171
FONSECA, A. Carlos. O INCRA e o imposto territorial rural.	75
FUNCIONÁRIO PÚBLICO — prescrição de vantagem funcional, por Renita Maria Hüllen — Parecer nº 4.704/PGE.	159
GALLICCHIO, Defrancisco. Prescritibilidade das pretensões à modificação de ato fixador de proventos.	215
GOULART, Adnor. Responsabilidade do Estado por ato do órgão do Ministério Público.	223
GRASSI, Marisa Soares. Acumulação de cargos — Parecer nº 4.622/PGE.	145
HÜLLEN, Renita Maria. Prescrição da vantagem funcional — Parecer nº 4.704/PGE.	159
ICM. Crédito Fiscal em operação isenta, por Rejane Brasil Filippi. Contestação.	193
IMPOSTO TERRITORIAL RURAL. O INCRA e o, por A. Carlos Fonseca.	75
INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. Multa, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer nº 4.730/PGE.	125
LACUNA PREVIDENCIÁRIA — pagamento de salário de ajudante extrajudicial, por Aderbal Torres Amorim. Razões de apelação.	209
LEI DA ANISTIA. Aposentadoria com base na, por Manoel André da Rocha — Parecer nº 4.690/PGE.	85

LIVRO-PONTO. Assinatura, por José Quadros Pires — Parecer nº 4.687/PGE.	131
LUSTOSA, Caio. Conversão de férias em pecúnia — Parecer nº 4.678/PGE.	169
MACHADO, Eunice Nequete. Auxílio funeral — Parecer nº 4.689/PGE.	149
MENDEL, Françoise. A competência legislativa dos parlamentos — estudo comparado	11
MINISTÉRIO PÚBLICO — responsabilidade do Estado por ato do órgão do, por Adnor Goulart.	223
MOURA, Ana Maria Landell de. Remuneração em caso de acumulação de cargo com mandato eletivo — Parecer nº 4.370/PGE.	111
MOURA, Eliana Donatelli de. Cessão de direitos de posse — Parecer nº 4.416/PGE.	139
MULTA POR INFRAÇÃO DE TRÂNSITO, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer nº 4.730/PGE.	125
MUNICÍPIOS — Alteração de divisas, por Maria Isabel Ribeiro Fonyat — Parecer nº 4.765/PGE.	171
NATUREZA JURÍDICA DO PLANO URBANÍSTICO, por Sérgio Ferraz.	33
NEUROSE HISTÉRICA — Reforma do policial-militar. , por Sílvia Opitz, Contra-razões do apelado.	203
OPITZ, Sílvia. Neurose histérica e reforma do policial-militar. Contra-razões do apelado.	203
PARLAMENTOS — A competência legislativa dos, estudo comparado, por Françoise Mendel.	11
PEREIRA, Sérgio Gischkow. Possibilidade jurídica do pedido.	61
PLANO URBANÍSTICO — Natureza jurídica do, por Sérgio Ferraz.	33
PIRES, José Quadros. Assinatura do livro-ponto — Parecer nº 4.687/PGE.	131
PIRES, Jorge Alberto Diehl. Proventos de aposentadoria — Parecer nº 4.666/PGE.	121
PODER LEGISLATIVO — A competência legislativa dos parlamentos, estudo comparado, por Françoise Mendel.	11
POLICIAL-MILITAR — Neurose histérica e reforma do, por Sílvia Opitz. Contra-razões do apelado.	203
POSSE — Cessão de direitos, por Eliana Donatelli de Moura — Parecer nº 4.416/PGE.	139
POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, por Sérgio Gischkow Pereira.	61
PREFEITO — Município declarado de interesse da segurança nacional, por Aldo Leão Ferreira — Parecer nº 4.679/PGE.	167
PREFEITO — Eleição em estâncias hidrominerais, por Rui Carlos Alvim — Parecer.	181
PRESCRIÇÃO DE VANTAGEM FUNCIONAL, por Renita Maria Hüllen — Parecer nº 4.704/PGE.	159
PRESCRITIBILIDADE DAS PRETENSÕES À MODIFICAÇÃO DE ATO FIXADOR DE PROVENTOS, por Defrancisco Gallicchio.	215
PREVIDÊNCIA SOCIAL — Lacuna da lei — Pagamento de salário do ajudante extrajudicial, por Aderbal Torres de Amorim.	209
PROCESSO CIVIL — conceito de ação. Possibilidade jurídica do pedido, por Sérgio Gischkow Pereira.	61
PROVENTOS — integralidade. Aposentadoria, por Jorge Alberto Diehl Pires — Parecer nº 4.666/PGE.	121
PROVENTOS — Prescritibilidade das pretensões à modificação de ato fixador de, por Defrancisco Gallicchio.	215

RECONVENÇÃO E REVELIA, por Aderbal Torres Amorim.	47
RECURSO HIERÁRQUICO EM CONCURSO PÚBLICO, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer nº 4.788/PGE.	117
REMESSA DE SUCATA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. Subfaturamento. Prejuízo do fisco estadual. Acórdão	231
REMUNERAÇÃO EM CASO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS COM MANDATO ELETIVO, por Ana Maria Landell de Moura — Parecer nº 4.370/PGE.	111
RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, por Adnor Goulart	223
ROCHA, Manoel André da. Aposentadoria com base na lei da anistia — Parecer nº 4.690/PGE.	85
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. Multa por infração de trânsito — Parecer nº 4.730/PGE.	125
SÁ, Ney. Convocação de suplente — Parecer nº 4.712/PGE.	107
SEGURANÇA NACIONAL — Prefeito de área de, por Aldo Leão Ferreira — Parecer nº 4.679/PGE	167
SUBFATURAMENTO NA REMESSA DE SUCATA — Acórdão.	231
TEMPO DE SERVIÇO — Contagem recíproca para aposentadoria, por Rosa Maria de Campos Aranovich — Parecer nº 4.680/PGE.	153
TRÂNSITO — multa por infração de, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer nº 4.730/PGE.	125
VANTAGEM FUNCIONAL — Prescrição de, por Renita Maria Hüllen — Parecer nº 4.704/PGE.	159
VANTAGEM PROMETIDA PELO ESTADO — Dever de indenizar, por Almiro do Couto e Silva — Parecer nº 4.703/PGE	81
VEREADORIA — exercício com emprego em fundação, por Marília de Oliveira Azevedo — Parecer nº 4.732/PGE	177
USUCAPIÃO — Cessão de direitos de posse, por Eliana Donatelli de Moura — Parecer nº 4.416/PGE	139
URBANISMO — Natureza jurídica do plano urbanístico, por Sérgio Ferraz	33

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