

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 Vanin, 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 20 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Promoção da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul e do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, e sob o patrocínio da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, realizou-se em Canela (RS), no período de 6 a 11 de setembro do corrente ano, o III Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.

Tendo contado com a presença do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, José Augusto Amaral de Souza, Presidente de Honra do Congresso, na solenidade de abertura, o conclave atingiu seus objetivos, com a convergência de idéias, trazidas pelos mais expressivos administrativistas do país, em torno dos temas criteriosamente escolhidos pela Comissão Executiva do Congresso.

Para a realização e para o brilho do III Congresso, foram decisivos o empenho do Procurador-Geral do Estado e Presidente do Congresso, Prof. Mário Bernardo Sesta, e da Procuradora-Geral Adjunta e Vice-Presidente, Profa. Maria Amália Dias de Moraes, bem como a participação do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, na pessoa de seu Presidente, Prof. Caio Tácito, um dos patronos do Congresso.

O êxito da realização foi assinalado pelas contribuições trazidas pelas delegações dos diversos Estados e pelos esforços dispendidos pelos congressistas em reflexões a respeito de questões difíceis e polêmicas do Direito Administrativo, representando um avanço no estudo desse importante ramo do Direito Público.

Além dos painéis, abordando os temas relativos à intervenção do Estado no domínio econômico; ao administrado e a Administração Pública; ao trabalho público, e aos bens públicos, com as exposições de renomados especialistas, entre os quais os Profs. Paulo Alberto Pasqualini e Lélío Candiota de Campos, realizaram-se intensos debates acerca das teses apresentadas, as quais resultaram enriquecidas com as inúmeras sugestões, críticas e dúvidas levantadas pelos congressistas, e que serviram para estimular a continuidade dos estudos que vêm sendo realizados.

As teses aprovadas, total ou parcialmente, no III Congresso, versaram, resumidamente, sobre os problemas jurídicos do planejamento econômico; o terceiro regime jurídico do servidor público; as peculiaridades dos regimes jurídicos dos servidores na sistemática constitucional; a extensão do conceito de bem público para efeitos de controle financeiro; a dispensabilidade do registro imobiliário dos bens públicos; os limites à discricionariedade do juiz na concessão da liminar em mandado de segurança existindo "periculum in mora"; e a responsabilidade do Estado no quadro dos problemas jurídicos resultantes do planejamento.

Um merecido destaque deve ser dado à tese apresentada pelo Prof. Almiro do Couto e Silva, administrativista de escol, um dos mais respeitados do país. Tratava a referida tese da responsabilidade do Estado pela alteração dos planos, propugnando, em síntese, a idéia de que a responsabilidade surge quando o Estado, através de promessas firmes, induz o particular a confiar num plano, com a convicção de que irá auferir os benefícios e vantagens prometidas, causando-lhe dano pela ulterior modificação do plano, acrescentando que, neste caso, a responsabilidade do Estado cinge-se à reparação do interesse negativo do particular.

Também a tese da Profa. Eliana Donatelli de Moura, propugnando a desnecessidade do registro imobiliário dos bens públicos, mereceu não apenas aprovação geral, mas unânime reconhecimento de seus méritos.

Suscitou muita polêmica a oportuna e necessária discussão do Anteprojeto de Lei Geral das Desapropriações, encaminhado pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, em primeira mão ao III Congresso, onde foi relatado pelo emitente Ministro Miguel Seabra Fagundes, cuja presença muito honrou o Congresso. O debate revelou o consenso dos administrativistas acerca da impropriedade da abordagem legal da chamada "desapropriação indireta" e das excessivas prerrogativas da Administração com a previsão do apossamento prévio nos casos emergenciais, merecendo elogios, por outro lado, as inovações propostas através da ação reversa e da ação de retorno. A sugestão final do III Congresso a respeito do Anteprojeto foi pela necessidade de uma solicitação formal ao Poder Executivo Federal no sentido de um adiamento da remessa do mesmo ao Congresso Nacional, a fim de oportunizar um estudo mais aprofundado das suas disposições.

Não tendo o Procurador-Geral do Estado podido fazer-se presente aos Atos dos III Congresso de Direito Administrativo, por motivo de saúde, a presidência do evento foi exercida pela Profa. Maria Amália Dias de Moraes, cuja atuação dedicada e desempenho admirável asseguraram o funcionamento normal do Congresso e contribuíram decisivamente para que este atingisse os resultados mais proveitosos.

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	Porto Alegre	v.11	nº 31	p. 1 a 263	1981
------	--------------	------	-------	------------	------

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.



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)

SUMÁRIO

DOCTRINA

JEAN RIVERO	As garantias constitucionais dos direitos humanos no direito francês. . .	11
MÁRIO G. LOSANO	Novas técnicas para controlar a eficácia das normas jurídicas.	27
MÁRIO NUNES SOARES	Cláusula de inalienabilidade na venda de bens públicos	83
ARMANDO HENRIOUE DIAS CABRAL	Natureza jurídica do vínculo do funcionário de fato.	87

PARECERES

NEY SÁ	Terras públicas — Parecer nº 4.674/PGE	101
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Direito adquirido a quinquênios e gratificações adicionais — Parecer nº 4.369/PGE.	107
JORGE ALBERTO DIEHL PIRES	Aposentadoria e Lei Praiera — Parecer nº 4.492/PGE	109
JORGE ALBERTO DIEHL PIRES	Aposentadoria em cargo diverso do titular — Parecer nº 4.643/PGE . .	113
JORGE ARTHUR MORSCH	Competência para fixação de vencimentos — Parecer nº 4.663/PGE . .	115
CLARITA GALBINSKI	Auxílio para diferença de caixa — Parecer nº 4.51B/PGE	121
ARMANDO HENRIOUE DIAS CABRAL	Dispensa de licitação — Parecer nº 4.579/PGE.	127
JOSÉ QUADROS PIRES	Efetivação de servidores públicos — Parecer nº 4.312/PGE	131
MARISA SOARES GRASSI	Remuneração de servidores de autarquia estadual — Parecer nº 4.652/PGE	135
VERENA NYGAARD BECKER	Despesas de condomínio no comodatário — Parecer nº 4.631/PGE	143
EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES	Descrédenciação de despachante de trânsito — Parecer nº 4.605/PGE . .	145

SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO	Publicação de editais de falência — Parecer n.º 4.624/PGE	149
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Terrenos marginais ou reservados — Parecer n.º 4.640/PGE	153
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Pensão previdenciária — Parecer n.º 4.552/PGE	159
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Visto instituído pela Lei n.º 6.884/ 80	163
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO	Impedimento temporário do magis- trado para exercer a advocacia — Parecer	171
HERON ARZUA	Revogação de isenção de ICM — Pa- recer	175

ASSUNTOS MUNICIPAIS

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Denominação de próprio municipal — Parecer n.º 4.612/PGE	191
RENITA MARIA HÜLLEN	Remuneração de vereadores — Pa- recer n.º 4.610/PGE	193
MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO	Eletrificação Rural — Parecer n.º 4.529/PGE	197
CAIO LUSTOSA	Ruídos excessivos ou incômodos — Parecer n.º 4.64B/PGE	199

TRABALHOS FORENSES

ODACI RODRIGUES FRANÇA	Usucapião sem prova de domínio particular. Contestação	203
DEFRANCISCO GALLICCHIO	Incorporação da verba de represen- tação. Contestação	217
REJANE BRASIL FILIPPI	Cartão de crédito e ICM — Memo- rial	225
MÁRIO MARTINS COSTA	Atualização do foro. Contestação . .	233
REJANE BRASIL FILIPPI	Base de cálculo do ICM nas remes- sas interestaduais. Contestação . . .	237
JACQUES TÁVORA ALFONSIN	Base de cálculo do ICM nas remes- sas interestaduais. Razões do apela- do	246

DOCTRINA

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO FRANCÊS

JEAN RIVERO

Professor na Universidade de Direito, Economia
e Ciências Sociais de Paris.

INTRODUÇÃO

1 — Os limites do presente trabalho decorrem do seu próprio título. Todo sistema de garantia constitucional dos direitos humanos supõe com efeito — como todo sistema jurídico — dois elementos: uma norma e uma sanção organizada de forma a assegurar o respeito à norma. Só é possível falar de uma **garantia dos direitos humanos** onde estes direitos são proclamados em texto de direito positivo, e onde procedimentos são ordenados para assegurar o seu respeito. Somente pode-se falar de uma **garantia constitucional**, lá onde ela está, situada no ápice da pirâmide das normas, na Constituição onde os direitos humanos estão consagrados e sua sanção organizada.

2 — Ora, por mais surpreendente que possa parecer esta afirmação, tratando-se do país que proclamou em 1789 os direitos humanos e do cidadão, a reunião destes dois elementos — texto e procedimento — é na França, o resultado de uma evolução recente e, que sem dúvida, não encontrou ainda seu termo; assim sendo, o problema da garantia constitucional dos direitos assume entre nós a mais viva atualidade.

Um rápido olhar sobre as três etapas que a história mostra é necessária para compreender esta situação.

A — 1789-1875: textos sem procedimento

3 — O problema da garantia dos direitos humanos não passou despercebido dos autores da Declaração de 1789: afirmando, no artigo 16, que "toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada... não tem constituição" eles manifestavam, claramente, a vontade de fazer desta garantia um dos objetivos essenciais de toda Constituição. Vontade seguida de efeito, aliás: a Constituição de 3 de setembro de 1971¹ no seu título primeiro, "garante, como direitos naturais e civis" o conjunto dos direitos e liberdades proclamadas pela Declaração fazendo-os assim passar ao plano do direito positivo. Mas, se este mesmo título impede ao Poder Legislativo de fazer "quaisquer leis que atentem ou

Tradução de "Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français", autorizada pelo autor e editora, por Maria Heoniza Nascimento da Silva com revisão de Susana Figueira dos Santos e José Hugo V. Castro Ramos.

(1) O texto desta e das constituições que a seguiram, serão encontrados na obra de Maurice Duverger, *Constitutions et documents politiques*, coleção "textes et documents", Thémis.

criem obstáculos ao exercício dos direitos naturais e civis garantidos pela Constituição", ele não organiza, no entanto, nenhum procedimento destinado a assegurar o respeito a esta proibição.

4 — Estes dois traços são encontrados em todas as Constituições francesas que se sucederam até a da III República². Sob formas diversas, com efeito — Declaração dos Direitos em 1793 e 1795, Preâmbulo em 1848, artigos inseridos no corpo do texto constitucional, nas Cartas de 1814 e 1830, e mesmo nas Constituições autoritárias do ano VIII e de 1852 — todas consagram, com maior ou menor precisão, o conjunto dos direitos proclamados em 1789. Mas nenhuma prevê a sanção das violações destes direitos, como se sua simples lembrança devesse ser suficiente para fazê-los respeitar por toda a Nação. Única e paradoxal exceção: as Constituições dos dois regimes napoleônicos confiam ao Senado o controle da constitucionalidade da lei, e a Constituição de 1852 faz do mesmo "o guardião das liberdades públicas" contra o legislador³. Mas, a docilidade dos senadores com relação aos dois Napoleões tirava todo o alcance prático desta disposição. Mais do que isto: a adesão de regimes autoritários ao princípio de um controle da conformidade da lei às disposições constitucionais, garantindo as liberdades, tornava este princípio suspeito aos olhos dos liberais. Estes últimos continuavam profundamente ligados à concepção — herança deformada do pensamento de Rousseau — segundo a qual a lei, expressão da vontade geral, não poderia ser questionada por qualquer autoridade, fosse qual fosse esta autoridade. A soberania do legislador, na tradição democrática francesa, era tida como dogma, e este dogma impunha-se ao próprio juiz, que, contrariamente ao juiz americano, recusou-se sempre, quando a questão lhe era apresentada, pelo recurso de exceção, a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei⁴.

B — 1875-1946: nem texto nem procedimento

5 — As leis constitucionais de 1875, que fundaram a III República, marcaram, na história das garantias constitucionais dos direitos humanos, uma nova etapa, mais negativa ainda: pela primeira vez, desde 1791, uma Constituição francesa não consagrava a afirmação destes direitos por nenhuma disposição. Conhece-se as razões históricas, ligadas às circunstâncias políticas, que explicam este mutismo contrário a toda a tradição constitucional. Com isto, a França, durante os sessenta e cinco anos que separam o nascimento e o fim da III República, só poderia ignorar, no seu direito positivo, a própria idéia de uma garantia das liberdades fundamentais ao nível da Constituição. A soberania da lei, parecia, então, tão profundamente inerente à noção mesma de democracia que, assim que no Parlamento foram, por duas vezes, em 1901 e em 1909, apresentadas proposições tenden-

(2) Id.:

(3) Constituição de 22 frimaire, ano VIII, artigos 21 a 37; Constituição de 14 de janeiro de 1852, artigos 25 e 26.

N.T.: Frimaire = Fremário, 3º mês do calendário republicano francês: correspondente a novembro, cuja contagem iniciava, mais ou menos, no dia 21, 22 ou 23.

(4) Cf. notadamente o Tribunal de la Seine, 23 de outubro de 1935; C.E., 6 de novembro de 1936, Conduet e Arrighi, Rec. p. 966.

tes a por acima das leis constitucionais de 1875, a Declaração de 1789, reintegrando-a assim no direito positivo, o Parlamento as afastou sem a menor hesitação. Todos os esforços da doutrina⁵, e a autoridade de um Duguit e de um Hauriou, conscientes da gravidade da falha assim causada no Estado de direito, nada puderam contra o imperialismo de um Parlamento que não aceitava limite a sua soberania absoluta.

6 — Desta soberania, por felicidade, os eleitos da III República fizeram uso, seguidamente, no sentido de favorecer as liberdades. As leis que, desde os primeiros anos do regime, vieram organizar o estatuto das principais delas — de imprensa, de reunião, dos sindicatos, associações dos cultos — fizeram-no dentro de um espírito tão liberal que, frequentemente, considerou-se a III República — não sem exagero — como "a idade de ouro das liberdades"⁶.

Paralelamente, o Conselho de Estado, com base nestas leis e, mais tarde, com base "nos princípios gerais de direito aplicáveis mesmo na ausência de textos", que ele deduzia, seguidamente, da ideologia de 1789, organizava por meio da jurisprudência, uma proteção eficaz das liberdades contra o arbítrio administrativo, notadamente através do recurso por excesso de poder. Mas a eficácia mesma desta proteção, conjugada com o liberalismo que inspirava em geral o legislador, contribuía para relegar a segundo plano, nas preocupações da opinião e de numerosos juristas, a idéia de uma garantia constitucional das liberdades, de vez que a experiência parecia provar que elas podiam ser eficazmente protegidas, e vividas, sem esta garantia. É ao nível da lei, e não da Constituição, que o direito positivo e o sentimento geral situavam a verdadeira garantia das liberdades.

C — 1946: um texto — 1958: um procedimento

7 — Tal era a situação do direito francês na véspera da segunda guerra mundial. Para modificá-la foram necessários nada menos do que os crimes perpetrados pelo regime nacional-socialista contra os direitos do homem. A necessidade de reafirmá-los de forma solene impôs-se às duas Assembleias Constituintes que se sucederam logo depois da Libertação. Mas o dogma da soberania da lei continuava tão forte que a Constituição de 26 de outubro de 1946, renovando a tradição anterior a 1875, e, consagrando, no seu Preâmbulo, as liberdades tradicionais, completadas por novos princípios, deixava flutuar no ar uma dúvida sobre o valor **propriamente constitucional** deste texto no qual certas pessoas só viam uma simples declaração de intenções. Além disso, os constituintes recusaram-se a ir além da afirmação dos direitos, e a organizar procedimentos próprios para garantir-lhes a efetividade.

8 — Foi preciso, para por um termo nestas incertezas, ver nascer, enfim, um tal procedimento, uma mudança de regime: a Constituição de 4 de outubro de 1958, rompendo

(5) Sobre os debates doutrinários durante este período: J. Rivero, *Les Libertés Publiques*, t. 1, Paris, 1973, p. 145.

(6) Sobre as liberdades na III República, cf. Centenaire de la III. (Actes du Colloque de Rennes) Paris, Delarge — Editions universitaires, 1975, p. 32 (BERLIA) e 36 RIVERO: J. P. MACHELON, *La République contre les libertés*, Paris 1976.

com a soberania absoluta do Parlamento, colocou, com a criação do Conselho Constitucional, as bases institucionais de um controle da constitucionalidade da lei. Ela o fez com grande timidez: testemunho disto é a disposição de seu artigo 34 que coloca, entre as matérias reservadas à lei "as garantias fundamentais atribuídas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas", o que parece excluir, de acordo com a tradição, o caráter constitucional da matéria. Mas à medida que se firmava a autoridade do novo órgão, ele pôde pôr a competência que lhe era atribuída, ao serviço da proteção das liberdades.

9 — A França, ao final deste desenvolvimento histórico, encontra-se, finalmente, dotada hoje de duas peças das quais se compõem todo o sistema de garantia constitucional dos direitos humanos: de uma parte, os textos formulando estes direitos ao nível constitucional (I), de outra parte, um procedimento especial assegurando a efetividade desta garantia (II).

I — OS TEXTOS

10 — A Constituição de 1958, que define o direito em vigor, se inovou profundamente no que concerne à garantia dos direitos fundamentais não tentou, por outro lado, dar-lhe uma fórmula nova. Incidentalmente, certos artigos afirmam ou confirmam alguns destes direitos — igualdade diante da lei (artigo primeiro), liberdade de opinião (artigo segundo), liberdade de partidos políticos (artigo quarto), proibição de qualquer detenção arbitrária (artigo sessenta e um). Mas o essencial está alhures, no breve preâmbulo que reafirma a Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946". É, pois, a estes textos, mantidos no direito positivo, que se deve reportar. Dos dois problemas que eles suscitam, um, o da sua natureza jurídica exata, está hoje resolvido, e só merece uma breve menção. É ao outro, o do seu exato conteúdo, que será consagrado o essencial desta seção.

A — O PREÂMBULO: NATUREZA JURÍDICA.

11 — O Preâmbulo de 1946: texto de direito positivo, parte integrante da Constituição ou simples afirmação de um ideal, sem porte jurídico? Este debate, a partir de 1946, dividiu a doutrina e a jurisprudência⁷. Coisa curiosa, os constituintes, eles próprios, ao elaborarem o texto, não pareciam ter tido a preocupação de precisar-lhe a natureza. Se a jurisprudência judiciária⁸, juntamente com a maior parte da doutrina, tendia a reconhecer-lhe um pleno valor jurídico, o Conselho de Estado se mostrava bem mais reticente⁹.

(7) Sobre este debate: J. Rivero, *Les libertés publiques*, t. I, p. 146 e seguintes.

(8) Trib. Civ. Seine, 22 de janeiro de 1947, *Gazette du Palais*, 1947, I, 67.

(9) C. E. 7 de julho de 1950, Dehaene, R.D.P., p. 1950, p. 691; F. também 11 de julho de 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. p. 317. Sobre a posição do Conselho de Estado com relação ao Preâmbulo, F. R. Odent, *Contentieux Administratif*, 1970, 71, t. v. p. 1347 et s. b.: sobre a evolução posterior da jurisprudência F.C.E. 26 de junho de 1959, *Syndicat des ingénieurs conseillers*, R.D.P., 1959, p. 1004

Ele tinha tido, nos anos precedentes, a audácia e o mérito de elaborar sua famosa teoria dos "princípios gerais do direito público francês, aplicáveis mesmo na ausência de textos". Graças a ela, ele pode, na espera da Constituição, impor ao Poder Executivo o respeito a alguns princípios de 1789. Fazia-se necessário, a constituição promulgada, abandonar uma construção que se tinha revelado fecunda, e fundar as censuras àqueles atos do executivo que violassem uma liberdade fundamental não mais na violação de "um princípio geral do direito", mas sim sobre o texto doravante inserido na Constituição? O Conselho, durante muito tempo, recusou-se a isto. No Preâmbulo, ele viu não um conjunto de regras de direito positivo, mas um documento no qual ele podia inspirar-se livremente para dele retirar os "princípios gerais", tirando sua força, não do ato que os enunciava, mas de seu reconhecimento pelo Juiz.

12 — Esta atitude, se permitia ao Conselho de Estado proteger eficazmente os direitos fundamentais contra o Poder Executivo, apresentava um grave inconveniente: reduzidos à qualidade de princípios gerais do direito", as disposições do Preâmbulo não vinculavam, evidentemente, o legislador.

Para que os direitos fundamentais fossem protegidos, não somente contra o governo e a administração, mas também contra a lei, era necessário que fosse reconhecido plenamente o caráter constitucional do Preâmbulo.

A Constituição de 1958 trouxe argumentos novos aos sustentadores desta tese. O Conselho Constitucional pôs fim ao debate: ele reconheceu ao Preâmbulo uma plena autoridade constitucional¹⁰. Ele faz, desde então, parte integrante da Constituição. É, pois, no seu texto, isto é, de um lado na Declaração reconfirmada de 1789, e de outro lado, nos princípios novos pelos quais os constituintes de 1946 resolveram completá-la, que é preciso procurar a relação dos direitos garantidos pela Constituição.

B — OS DIREITOS GARANTIDOS: 1º — A DECLARAÇÃO DE 1789.

13 — É inútil um estudo minucioso dos princípios de 1789. O texto da Declaração é suficientemente conhecido de todos para que se possa limitar a uma simples invocação dos direitos que ela consagra: liberdade entendida como o poder de "fazer tudo o que não prejudique aos outros" (artigo quarto), no seio da qual são especialmente explicitadas a liberdade de opinião, principalmente em matéria religiosa (artigo 10), e a liberdade de expressão de opiniões pela palavra oral, escrita e impressa (artigo onze). Segurança, isto é, proteção contra o arbítrio na repressão penal, de onde decorrem o princípio "nullum crimen, nulla poena, sine lege" (artigos 7 e 8), a não-retroatividade da lei penal (artigo 8), e o grande princípio da presunção de inocência (artigo 9); igualdade "nos direitos" que têm como consequência a igualdade diante da lei (artigo 6), a igualdade diante do imposto (artigo 13); propriedade finalmente, o único direito econômico previsto na Declaração, mas que o artigo 16 declara "inviolável e sagrado".

(10) *Infra*, n.º 30

14 — Destaca-se neste catálogo, algumas falhas: a da liberdade do comércio e da indústria, mas principalmente as liberdades coletivas, de associação e mesmo de reunião, o que é explicável pelo individualismo da ideologia de 89 e sua desconfiança em relação às Corporações e Associações.

Nota-se, aí também, uma generalização na formulação que é inerente ao caráter mesmo do texto, declaração de direitos naturais não fazendo referências nem a um tempo nem a um país, mas que, se assegurou a irradiação universal da Declaração, não deixa, no entanto, de criar problemas delicados, quando se trata de aplicá-la à situações concretas: assim, por exemplo, a aplicação da igualdade diante do imposto da qual todo especialista em finanças públicas sabe quais os problemas que provoca.

Enfim, não se pode desconhecer os problemas decorrentes da aplicação de certas fórmulas de 89 às realidades presentes; "inviolável e sagrado" o direito de propriedade? Como conciliar este princípio com as necessárias limitações que impõem, a este direito a legislação sobre urbanismo, sobre habitação, sobre remembramento rural, para se limitar a alguns exemplos? "Igual para todos", a lei? Mas sabe-se muito bem quais as desigualdades de fato, para não dizer iniquidades que acarretam a aplicação de uma lei idêntica a situações de fato diferentes e que obstáculos oporia à política de intervencionismo econômico, necessariamente discriminatória segundo os ramos da atividade, o tamanho das empresas e sua implantação geográfica, uma estrita igualdade de tratamento.

C — OS DIREITOS GARANTIDOS: 29 — OS PRINCÍPIOS NECESSÁRIOS AO NOSSO TEMPO

15 — Consciente destas dificuldades, consciente também da necessidade de juntar às liberdades tradicionais, as únicas consagradas em 1789, direitos de um tipo novo, também essenciais para o desenvolvimento do homem, estes "poderes de exigir" que lhe conferem um crédito sobre a sociedade, os constituintes de 1946 tentaram, no Preâmbulo, ao mesmo tempo que reafirmavam sua fidelidade à Declaração, completá-la enunciando "princípios econômicos e sociais particularmente necessários ao nosso tempo"¹¹.

Destes princípios, alguns têm os caracteres jurídicos das liberdades: assim, o do direito de greve e da liberdade sindical, já consagrados pela lei, mas promovidos à dignidade constitucional. Outros somente explicitam de um modo especial os princípios de 1789: igualdade, em todos os domínios, do homem e da mulher, condenação das discriminações raciais, garantia da liberdade de opinião dos trabalhadores. Outros, enfim, mais inovadores, conferem ao homem o poder de pedir à sociedade os auxílios concretos necessários a sua vida e ao seu desenvolvimento: direito ao trabalho, à proteção da saúde, ao lazer, ao repouso, à instrução, à formação profissional, à cultura.

(11) Sobre estes princípios: G. Vedel et J. Rivero, *Les Problèmes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946*, coleção "Droit Social", 1947, t. 310, R. Pelloux, "Le Préambule de la Constitution de 1946", R.D.P., 1947, p. 346.

16 — Se os dois primeiros grupos não apresentam problemas novos quanto à garantia dos direitos a eles ligados, não acontece, evidentemente, o mesmo no que concerne aos créditos contra a sociedade. Alguns dentre eles foram enunciados em termos tão gerais que se torna difícil apreender-lhes o conteúdo exato: assim, as fórmulas pelas quais a nação garante "ao indivíduo, e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento", ou aos incapazes de trabalhar "os meios adequados de existência". Mesmo quando o objeto é mais preciso, no caso, por exemplo, do direito ao trabalho, à proteção da saúde, à instrução, a concretização do direito pressupõe uma intervenção do legislador, e a definição, para satisfazê-lo, de uma política fundada em dados econômicos e na ideologia das maiorias parlamentares. Isto significa que a colocação em prática da efetiva garantia destes direitos, reclama soluções diferentes das que asseguram a garantia das liberdades, e bem mais complexas¹².

D — OS DIREITOS GARANTIDOS: 39 — PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS RECONHECIDOS PELAS LEIS DA REPÚBLICA

17 — Este quadro de direito e liberdades, que se beneficiam de um reconhecimento constitucional, seria incompleto se não fosse invocada a particularidade de uma fórmula do Preâmbulo de 1946 que, originariamente, não parecia destinada a desempenhar um papel no direito positivo. O Preâmbulo, efetivamente, reafirma, após "os direitos e as liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração dos direitos de 1789", "os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República". Esta associação, resultado de uma emenda, era, no pensamento dos seus autores, somente uma homenagem prestada à obra liberal dos Parlamentos da III República. A jurisprudência e, especialmente uma decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971¹³, deu-lhe uma outra importância. O texto, com efeito, foi considerado pelo juiz como tendo elevado ao nível constitucional os princípios liberais formulados na legislação republicana. É assim que a liberdade de associação, que não está expressamente consagrada nem pela Declaração, nem pelos "princípios particularmente necessários ao nosso tempo", mas que recebeu seu status de uma lei de 19 de julho de 1901, viu ser-lhe reconhecida, pela decisão acima mencionada, o caráter constitucional, e isto, não somente no seu princípio mesmo, mas ainda em algumas de suas modalidades de institucionalização. Esta jurisprudência, por mais fecunda que seja do ponto de vista da proteção das liberdades, não deixa de suscitar, a quem pretende organizar uma listagem das que se beneficiam de garantia constitucional, um problema quase insolúvel¹⁴. É impossível, na verdade, determinar com antecedência, entre as disposições das leis da III República, as que o Conselho Constitucional atribui-

(12) Cf. J. Rivero, *Libertés publiques*, t. I, p. 100 et s.

(13) Far-se-á referência para o estudos das decisões do Conselho Constitucional à obra de M.M. Favoreu et L. Philips. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 1975 (citada nas notas seguintes sob a forma de: "Grandes décisions", p...) No que se refere à decisão de 16 de julho de 1971, cf. p. 269; cf. também nossa nota à *Actualité Juridique, Droit Administratif*, 1971, p. 537, e à *Crônica de M. Léo Hamon*, D. 1974, p. 83.

(14) J. Rivero, "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République: Une nouvelle catégorie constitutionnelle:", *Dalloz*, 1974, Chr. p. 265.

ria a qualidade de "princípios fundamentais", impondo-se ao legislador futuro (como preceitos constitucionais). Só a evolução da jurisprudência poderá, ao longo dos casos concretos, precisar pouco a pouco a relação.

E — OS DIREITOS GARANTIDOS: 4º — AS TENTATIVAS DE RENOVAÇÃO

18 — É necessário reconhecer que, do ponto de vista puramente jurídico a situação que se acaba de expor não é plenamente satisfatória. Tal como ela decorre do texto constitucional, a lista dos direitos garantidos não possui a precisão que é encontrada nas constituições estrangeiras, menos dependentes da história e mais preocupadas com a aplicação prática. Desta forma não deve causar admiração os esforços recentes que tentaram esclarecer esta situação.

19 — O primeiro destes esforços foi tentado no ano passado, perante o Conselho Constitucional, convidado a acrescentar, ao conjunto dos elementos acima arrolados, a Convenção Europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, ratificada pela França, em 4 de maio de 1974. Se o Conselho tivesse adotado esta solução, e reconhecido à Convenção, valor constitucional, a lista das liberdades garantidas a este nível teria sido completada, modernizada e tornada mais precisa. Ele, porém, afastou-a na decisão de 15 de janeiro de 1975¹⁵ com argumentos jurídicos que não tiveram unanimidade, não porque conteste a superioridade da Convenção sobre a lei, mas porque considerou que sua competência se limitava, de acordo com os textos que o criaram, ao respeito do texto da Constituição, e dela somente. A Convenção europeia se situa, pois, segundo esta jurisprudência, acima da lei, mas abaixo da Constituição. É, pois, aos tribunais judiciais e administrativos que caberá, a partir de agora, em caso de contradição entre a Convenção e a lei, afastar esta última para fazer prevalecer a norma intencional, aplicando o artigo 55 da Constituição que reconhece aos tratados uma autoridade superior à das leis. Uma recente decisão da Corte de Cassação deixa prever que eles não hesitarão em se engajar nesta orientação¹⁶.

20 — A segunda tentativa, atualmente em andamento, é iniciativa da Assembléia Nacional. Tendo recebido vários projetos provenientes tanto da maioria como da oposição, ela encarregou uma Comissão Especial, cujos trabalhos prosseguem neste momento, de preparar um projeto sobre o Estatuto das liberdades. Para dizer a verdade, a Comissão, até agora, parece ter se preocupado mais com o conteúdo do Estatuto do que com a sua natureza jurídica. Se o projeto do Partido Comunista confere à Carta das liberdades que ele propõe, o caráter constitucional em termos, no entretanto, não desprovidos de equívocos, o da maioria se apresenta como um simples projeto de lei. Espera-se que estas incertezas sejam prontamente dissipadas e, que o texto que está sendo elaborado ocupe, ao ser inse-

(15) Grandes décisions, p. 357; Cf. nossa nota na A.J.D.A., 1975, p. 134 e nota L. Hamon, D. 1975, p. 529.

(16) Cass., ch. misto, 24 de maio de 1975, Société des Cafés Jacques Vabre, D. 1975, p. 497, com as conclusões de M. A. Touffait.

rindo no topo da Constituição, o lugar que, possa assegurar sua plena eficácia jurídica, colocando-o no nível mais alto da hierarquia das normas.

21 — Foram mostradas sem complacência as fraquezas dos textos constitucionais consagrados às liberdades. Que não nos enganemos, contudo! Sejam quais forem estas fraquezas, é de salientar que no estado atual do direito positivo, a quase totalidade dos direitos fundamentais se beneficia da consagração constitucional. Daí a importância do procedimento de garantia destinada a assegurar-lhe o efetivo respeito:

II — OS PROCEDIMENTOS

22 — É necessário, aqui ainda, fazer uma precisão liminar. Contrariamente à prática que é encontrada em muitos países estrangeiros, os procedimentos próprios a assegurar o respeito dos direitos contidos na Constituição, não são, no direito francês, diferentes dos destinados a garantir, de modo geral, o respeito pela regra de direito.

23 — É o caso, inicialmente, dos procedimentos que, não tendo seu fundamento na Constituição, mas na lei ordinária, não podem ser considerados como "garantias constitucionais" no sentido próprio do termo e, não entram, pois, desta forma, no campo do presente relatório. É necessário, portanto, lembrar a sua existência, em razão de sua importância prática. Assim que um ato emanado do poder executivo, quer seja ele individual ou regulamentar, é contrário à legalidade, o recurso contra o excesso de poder permite a qualquer interessado solicitar sua anulação ao juiz administrativo. Ora, a Constituição está situada no primeiro escalão das normas que definem a legalidade: seu desconhecimento pelo executivo, encontra, pois, graças ao recurso, uma sanção eficaz. O mesmo acontece, no que se refere ao juiz judicial, quando este é competente para se pronunciar sobre a exceção de inconstitucionalidade que lhe é levantada relativamente a um ato administrativo, ou ainda quando, numa instância civil, uma das partes invoca contra a outra o vício de inconstitucionalidade.

As diferentes vias do direito, uma vez mais, não se aplicam somente às violações da Constituição, nem a fortiori, somente às violações das disposições constitucionais relativas às liberdades: elas estão abertas em qualquer nível da hierarquia das normas em que se situa a regra violada. Mas, por não serem especialmente concebidas em vista da proteção das liberdades constitucionais, nem por isso elas deixam de contribuir de maneira eficiente para esta proteção.

24 — Entretanto, há um obstáculo contra o qual elas se mostram impotentes: quando a inconstitucionalidade do ato levado a juízo decorre, não de uma violação direta da Constituição por este ato, mas da inconstitucionalidade da lei em função da qual o ato foi feito, o tribunal, quer seja judicial ou administrativo, se declara incompetente para decidir este ponto¹⁷: fiel à tradição, da soberania da lei, cujas raízes profundas são encontradas na nossa história, ele recusa a verificar sua conformidade com a norma constitucional.

(17) Supra, nota 4

25 — O remédio a esta grave lacuna veio com a instituição do Conselho Constitucional, na Constituição de 1958¹⁸. Trata-se, desta vez, na acepção correta da palavra, de uma garantia constitucional, criada e organizada pelo Constituinte, própria ao exame da violação da norma constitucional e desta somente. Mas, o procedimento é importante para a proteção de todas as disposições da Constituição: não há procedimento especial quando a regra desrespeitada é uma das que são garantidas pelos direitos fundamentais.

A — O PROCEDIMENTO DOS ARTIGOS 61 e 62 da CONSTITUIÇÃO.

26 — O procedimento definido pelos artigos 61 e 62 da Constituição dá destaque ao princípio tradicional da soberania da lei: uma vez que, por sua promulgação, a lei adquire a plenitude de sua força jurídica, ela escapa a qualquer contestação, seja diante do Conselho Constitucional, a fortiori, diante dos tribunais ordinários. O controle da constitucionalidade é, pois, um controle prévio: situa-se entre o momento onde o texto, devido ao voto favorável das duas Assembléias Parlamentares, Assembléia Nacional e Senado, adquiriu sua forma definitiva, e o momento em que a promulgação pelo chefe do Estado acaba de conferir-lhe sua autoridade. Neste estágio, qualquer lei pode, em virtude do artigo 61, alínea 2 da Constituição, ser submetida ao Conselho Constitucional, o qual se pronuncia sobre a conformidade da mesma à Constituição. Ele dispõe, para decidir do prazo de um mês, que pode ser reduzido a oito dias se o governo solicitar urgência. O embargo do Conselho suspende o prazo de promulgação. Se ele declara a inconstitucionalidade de uma disposição, esta não pode ser nem promulgada nem posta em aplicação: ela está, de uma certa forma, morta antes de nascer. A decisão não é suscetível de nenhum recurso. Ela se impõe "aos poderes públicos, e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais".

27 — Tal é o procedimento criado pela Constituição. Sua eficácia, para a proteção dos direitos fundamentais dependia de três fatores: o órgão competente, as condições da intervenção e a posição que adotaria o Conselho em relação ao valor jurídico do Preâmbulo. Ora, sobre estes três pontos, o ceticismo com o qual inúmeros juristas tinham acolhido a nova instituição deve ter caído diante dos fatos.

28 — Os novos membros do Conselho, são nomeados por um período de nove anos, três pelo presidente da Assembléia Nacional, três pelo presidente do Senado e três pelo presidente da República. De onde decorre o medo, seguidamente expresso, de que escolhas políticas assegurem a docilidade do Conselho face à tendências majoritárias. Prognóstico pessimista que os acontecimentos desmentiram. O Conselho tem, com prudência, mas com força, afirmado sua independência em relação ao poder, e seu caráter jurisdicional, posto em dúvida em razão das atribuições consultivas que ele exerce por outro lado, não é mais contestado atualmente.

(18) Sobre o Conselho Constitucional, a bibliografia é muito abundante; ela é apresentada de forma exaustiva na obra já citada de M.M. Favoreu et Philips, *Grandes décisions*, p. 432 e s. Será consultada mais pormenorizadamente, Franck, *Les Fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Paris, 1974.

29 — Mais grave era o problema levantado pelo caráter bastante restritivo do embargo: o direito de contestar a constitucionalidade era reservado, no texto inicial do artigo 61, às quatro mais altas personagens do Estado e somente a eles: presidente da República, presidente das duas Assembléias e Primeiro Ministro. Podia-se pensar, a priori, que eles estariam pouco inclinados a submeter à censura do Conselho textos provenientes da mesma maioria que os havia investido, e que, por falta de intervenção, o processo de controle ficaria teórico. A sorte quis que o presidente do Senado pertencesse a uma tendência política diferente daquela que dominava na presidência da República e na Assembléia: foi sua iniciativa que permitiu ao Conselho exercer sua competência¹⁹. Mas o que foi inicialmente somente o resultado de um acaso político encontrou um embasamento com a reforma constitucional de 29 de outubro de 1974²⁰. O embargo, desde então, foi aberto aos parlamentares: sessenta deputados ou sessenta senadores podem submeter uma lei à censura do Conselho. A oposição, inicialmente reticente diante da arma que lhe era assim oferecida, rapidamente compreendeu-lhe o valor e usou-a várias vezes²¹. Certos grupos da maioria também a ela recorreram²², e assim, hoje em dia, pode-se dizer que a prática do controle passou a fazer parte dos costumes e a ser aceita por todos os partidos. É, relativamente à tradição parlamentar, uma mudança surpreendente e fecunda.

30 — Um último problema, essencial para a causa das liberdades, continuava em aberto. Lembrou-se as incertezas que, durante a IV República, afetavam a natureza jurídica do Preâmbulo²³. O Conselho poderia tê-las tornado suas e, limitar seu controle em conformidade com a lei, aos artigos primeiro e seguintes da Constituição, recusando ao Preâmbulo valor de direito positivo. Uma tal atitude não teria sido juridicamente insustentável, e ter-se-ia adequado perfeitamente à prudência que se impunha a qualquer instituição nova. O mérito do Conselho Constitucional está justamente em havê-la afastado: ao afirmar, no "visto" histórico de sua decisão de 16 de julho de 1971²⁴: "Tendo em vista a Constituição e, principalmente seu preâmbulo", integrou, sem discussão possível os direitos e liberdades fundamentais à Ordem Constitucional, e erigiu-se em guardião destas liberdades diante do legislador²⁵.

B — A COLOCAÇÃO EM PRÁTICA DO PROCEDIMENTO

31 — Deste papel difícil, o Conselho, até agora, se desincumbiu, dosando, ao longo de suas decisões, a audácia e a prudência.

(19) Cf. A decisão precitada de 16 de julho de 1971

(20) Sobre esta reforma, Philips, "L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel", A. J. D. A., 1975, p. 15.

(21) Cf. por exemplo C.C., 30 de dezembro de 1974, R. D. P. 1975, p. 202; 23 de julho de 1975, A. J. D. A., 1976, p. 44 nota J. Rivero.

(22) A propósito da lei sobre o aborto, *Grandes Décisions*, p. 457.

(23) *Supra*, nº 11.

(24) *Supra*, nota 12.

(25) F. Luchaire, "Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens", *Mélanges Waline*, t. II, p. 563. O professor Luchaire, com o professor Waline foram membros do Conselho Constitucional.

A audácia verifica-se na decisão de 16 de julho de 1971: ela não se limita a afirmar a autoridade do Preâmbulo, ela dá, aos princípios gerais contidos nas leis da República, a consagração constitucional e, sobre eles que ela se apóia para censurar, em nome da liberdade de associação, a lei que lhe era submetida. Audácia ainda, numa decisão de 28 de novembro de 1973²⁶, negando ao poder regulamentar, aliás de maneira incidente, o direito de atribuir penas de prisão às Contravenções.

Prudência, de outra parte, na recusa em controlar a adequação da lei sobre o aborto, tomando por base a Convenção europeia dos direitos humanos e, no considerando pelo qual, no limiar desta decisão tomada, em 15 de janeiro de 1975, o Conselho nega-se a atribuir a ele próprio "um poder geral de apreciação e de decisão idêntica a do Parlamento" e, lembra que seu papel se limita a "pronunciar-se sobre a adequação à Constituição das leis confiadas à sua apreciação"²⁷.

A fórmula é reveladora; ela mostra até que ponto o Conselho é consciente do perigo que o espreita, como espreita a todas os tribunais constitucionais: o de ser acusado de instaurar um governo de juízes. Mas, entre este perigo e o outro inverso, o da timidez, o Conselho, até agora, soube conduzir seu barco sem risco de naufrágio. Após a liberdade de associação²⁸, ele pôde defender a igualdade diante do imposto²⁹, e a igualdade diante da justiça³⁰. Principalmente ele fez com que a opinião pública aceitasse a idéia, tão contrária à tradição política francesa, que a própria lei não teria sido capaz de impor, sobre os direitos fundamentais do homem. Este não foi, considerando-se o espaço de tempo decorrido, um resultado inexpressivo.

CONCLUSÃO

32 — O quadro que acabamos de traçar pode parecer decepcionante. Trata-se da lista dos direitos que se beneficiam da consagração constitucional? Os textos formam um conjunto pouco coerente, não desprovido de contradições, mal adaptado à aplicação concreta, recapitulação de documentos que marcam a história dos direitos humanos na França, mais do que uma síntese que coroe esta história adaptando suas aquisições ao mundo contemporâneo.

Trata-se de procedimentos? Nenhum é próprio à garantia dos direitos fundamentais. Sua violação é posta sobre o mesmo plano de qualquer outra regra legal, e não oferece às vítimas outros meios de defesa além dos que lhe oferece o direito comum, diante dos tribunais administrativos, se a violação é um fato administrativo, diante dos tribunais judiciais se provem de um particular.

(26) Grandes décisions, p. 309, e nossa nota, A.J.D.A., 1974, p. 229.

(27) Sobre esta prudência, cf. J. Rivero, "Le Conseil Constitutionnel: des juges qui ne veulent pas gouverner", A.J.D.A., 1975, p. 137.

(28) Decisão precitada de 16 de julho de 1971.

(29) C.C., 27 de dezembro de 1973, Grandes décisions, p. 339.

(30) C.C. 23 de julho de 1975, e nossa nota, A.J.D.A., 1976, p. 44.

Enfim, se é a própria lei que atenta contra uma liberdade constitucional, nenhum recurso é possível, visto que ela foi promulgada e o juiz só poderá aplicar a disposição contestada, sem questionar sobre o vício que a macula.

Quanto ao controle prévio instaurado em 1958, não é dado ao cidadão acioná-lo: as mais altas autoridades do Estado e os eleitos da nação são os únicos a poder acionar o Conselho Constitucional.

33 — E no entanto, há consenso geral, em reconhecer que a França não ocupa o último lugar no pelotão cada vez mais reduzido, infelizmente, das nações no seio das quais as liberdades são efetivamente vividas pelos cidadãos. Muitos dos que são obrigados a fugir de seu país porque neles elas foram banidas, não se enganam: é na França que eles vêm buscar refúgio. E as vozes contestadoras que denunciam com veemência e, seguidamente com razão, os atentados cometidos entre nós contra os direitos humanos e sua insuficiente proteção³¹ rendem, sem o querer, o mesmo testemunho: é só nos países livres que se pode livremente queixar-se das limitações impostas à liberdade.

34 — Esta contestação pode conduzir-se a uma conclusão ainda mais decepcionante para o jurista do que o levantamento que se acaba de fazer: se, a França, apesar das deficiências de seu sistema jurídico de garantia constitucional dos direitos humanos, vive ainda num clima de liberdade será que os textos e a perfeição das técnicas não são necessárias à proteção de um tal clima?

35 — Três observações podem, parece-me, justificar esta dúvida.

Se sobre o plano constitucional, a França limitou-se a organizar francamente a garantia das liberdades, de outro lado, os procedimentos de direito comum, já o sublinhamos, são suficientemente aperfeiçoados para os proteger efetivamente. Contra o arbítrio do executivo, o recurso contra o excesso de poder, tal como o concebeu o Conselho de Estado, é uma arma da qual não se deve subestimar o poder. É preciso lembrar: o recurso pode ser usado por qualquer interessado, contra qualquer ato de uma autoridade administrativa ou governamental, por mais alto que seja o posto que ocupe na hierarquia do Estado. A noção de ato administrativo, na França, engloba não somente as decisões individuais, mas também todos os atos regulamentares, neles compreendidos os ordenamentos feitos com base numa lei de autorização enquanto não ratificadas pelo Parlamento e, mesmo que esta lei não tenha sido adotada pelos parlamentares eleitos, mas pelo povo soberano, após um referendo. É necessário lembrar o famoso acórdão Canal³² lavrado pelo Conselho de Estado em 19 de outubro de 1962 no momento mais crucial do drama argelino? A disposição tomada em decorrência de uma lei referendada, a qual tinha instituído, para julgar os responsáveis por golpe militar, um tribunal de exceção, pôde ser anulada pe-

(31) Cf. por exemplo, R. Errera, Les libertés à l'abandon, Paris, 1975.

(32) Relatado em Long, Weil et Braibant, Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 6^a ed, 1974, p. 521.

lo Conselho de Estado, em decorrência dos excessivos atropelos que havia cometido contra os direitos de defesa. E o requerente, condenado à morte por este tribunal escapou assim ao pelotão de execução. Quando os procedimentos normais, diante de tribunais comuns, obtêm tais resultados para a proteção das liberdades, a necessidade de procedimentos especiais não se faz sentir. É, em grande parte, a qualidade das técnicas de direito comum e sua eficácia que explicam a fraqueza da garantia constitucional na França: a necessidade não tendo sido sentida, o órgão não foi criado.

36 — A segunda observação corrobora a primeira: se a França durante muito tempo ignorou o controle de constitucionalidade da lei, é porque o liberalismo que reinava no Parlamento parecia tornar este controle pouco necessário, e também porque ela viu desfilar, a partir de 1971, tantas Constituições rapidamente substituídas por outras, que a garantia constitucional parecia frágil. Em nossa história jurídica, as leis se mostraram mais duradouras do que as constituições. É, aliás, o que explica, em parte, a criação pelo Conselho de Estado, da teoria dos princípios gerais do direito: separando-os dos textos constitucionais, diminuía-lhes, sem dúvida, a autoridade, mas assegurava-lhes a duração.

Se hoje em dia o controle da constitucionalidade pôde se estabelecer com a eficácia que se lhe atribui, ao serviço das liberdades, se este controle é aceito por todos, é que, num meio político profundamente modificado, notadamente pela participação do executivo na elaboração da lei, ele se mostrou necessário: assim que a necessidade se manifestou, a técnica jurídica respondeu.

37 — A última observação se situa noutro plano, o do direito supranacional. No quadro da Comunidade europeia dos nove, no quadro mais amplo do Conselho da Europa, vê-se afirmar, progressivamente, ultrapassando a garantia constitucional dos direitos humanos, sua garantia internacional. O juiz francês, já se viu, não se julga competente para manifestar-se sobre a inconstitucionalidade da lei, mas, se uma lei se mostra contrária a um tratado, ele deve aplicar o tratado em vez da lei. Na Comunidade Europeia, é a Corte Europeia de Justiça que, quando da declaração de incompetência dos tribunais nacionais, é competente para interpretar as regras comunitárias, e especialmente as que se referem aos direitos do cidadão. Ela o fez, nestes últimos meses, com uma crescente ousadia, que coloca ao serviço das liberdades.

Assim, o desenvolvimento das garantias internacionais pode, no panorama europeu, pelo menos, remediar as eventuais insuficiências das garantias constitucionais.

38 — De tal forma que no final, o jurista pode recuperar a confiança. Seja qual for o nível em que se situem, suas técnicas não são inúteis à promoção dos direitos humanos. As liberdades, na França, não seriam o que são, sem os textos que as fundamentam e os meios jurídicos que as protegem.

Confiança, mas confiança modesta.

Textos e procedimentos são necessários, mas não suficientes. Onde não estão reunidas as condições políticas, econômicas, sociais, que se assegurem o jogo efetivo dos instrumentos jurídicos, eles não podem, por si só, fazer viver a liberdade! É preciso a outra coisa: a aspiração do povo, servida pela vontade dos governantes. Isto não depende dos juristas.

Pelo menos lhes pertence, e não é uma pequena responsabilidade, criar os instrumentos sem os quais os direitos humanos, mesmo oficialmente consagrados, correm o risco de permanecer na esfera dos ideais em vez de se incorporarem na vida das cidades livres.

NOVAS TÉCNICAS PARA CONTROLAR A EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

MARIO G. LOSANO

Professor na Universidade Estatal de Milão
Diretor do Centro de Juscibernética da Universidade de Turim

SUMÁRIO

1. Preâmbulo: A informática ante a ambigüidade das normas jurídicas.

I – Leitura das normas jurídicas

2. Conteúdo e finalidade da investigação: a leitura estrutural das leis
3. Relacionamento entre a presente investigação e trabalhos anteriores
4. A leitura lógica das leis
5. A leitura econômica das leis
6. A leitura organizadora das leis

II – O diagrama de fluxo do método legislativo italiano

7. História da diagramação do fluxo
8. O método legislativo regional
9. A determinação jurídica do método legislativo
10. O diagrama de fluxo do método legislativo lombardo (1ª redação)
11. O diagrama de fluxo do método legislativo lombardo (redação definitiva)

III – Tempo e prazos no método legislativo

12. História do PERT
13. Detalhes da estrutura e da função do PERT

Tradução de "Nuevas técnicas para controlar la eficacia de las normas jurídicas", Mexico, 1979, autorizada pelo autor; por Henriqueta K. von Wackerritt.

14. Como construir um PERT
15. A determinação da duração da atividade
16. O método legislativo do diagrama de fluxo PERT
17. O PERT do método legislativo

IV – Relação entre a análise estrutural e o projeto LEGOL

18. Uma análise semântica do texto legislativo
19. Pontos de convergência e de divergência com a investigação LEGOL
20. Finalidade de um método efetivo de ensinar LEGOL aos juristas

V – Técnicas novas e atividades legislativas

VI – Bibliografia

RELAÇÃO DAS FIGURAS

Número da figura

1. Exemplo de símbolo para a diagramação de fluxo
2. Simbologia dos diagramas de fluxo
3. Primeiro programa de fluxo do método legislativo italiano
4. Diagrama de Gantt e sua simbologia
5. Representação gráfica de uma atividade
6. Representação gráfica de duas atividades consecutivas
7. Representação gráfica de várias atividades consecutivas
8. Representação gráfica de dois eventos
9. Representação gráfica de eventos
10. Exemplo de uma cadeia de eventos e de atividades
11. Evento que encabeça várias atividades
12. Exemplo de PERT sem prazos (tiempos)
13. Exemplo de PERT com prazos para atividades
14. Exemplo de PERT com prazos nas atividades
15. Exemplo de PERT com prazos nas atividades, eventos e com indicação da forma crítica
16. Nova compilação de dados sobre as sessões do Conselho
17. PERT do método legislativo lombardo (sem prazos)
18. PERT do método legislativo lombardo com indicação das atividades sem prazo
19. PERT do método legislativo com "ilhas"¹ com prazo ou passíveis de prazos

N. T.¹ em italiano "a isole"

1. A informática ante a ambigüidade das normas jurídicas

Os estudos de informática jurídica têm se defrontado muitas vezes com o problema de estrutura "não codificável informaticamente" de certos dispositivos legais. Nesse meio tempo permanecia-se no âmbito da recuperação da informação (information retrieval), essas normas eram facilmente individualizáveis nas cláusulas com as quais o legislador levava a cabo a nova regulamentação de certos setores: "ficam derogadas todas as normas contrárias à presente lei", "permanecem em vigor as antigas disposições enquanto compatíveis com as presentes disposições", e assim por diante. Frente a essas normas de conteúdo indefinido, a função de especialista em informática é mais simples que a do jurista prático. De fato, enquanto o especialista em informática se limita a memorizar as normas, o jurista também tem de decidir qual norma deverá aplicar em concreto. O especialista em informática se limita desta forma a transferir ao interior do sistema informativo a ambigüidade que já se encontra presente no ordenamento jurídico, mostrando, outrossim, ao legislador a necessidade de não formular conteúdos tão indeterminados.

A função do especialista em informática complica-se, por outro lado, quando ele se propõe a efetuar não somente a recuperação da informação, mas também a automatizar uma série de comportamentos burocráticos (isto é, um "procedimento", como definiremos no parágrafo seguinte). Nesse caso não pode esconder-se atrás da letra da norma, passando o problema de sua interpretação ao jurista que deverá aplicar a norma que lhe é proposta pela recuperação de informação; o especialista em informática deverá analisar inteiramente o procedimento, chegando a estabelecer em concreto qual será a forma que a mesma assume.

No curso dessa análise adquiriu forma o trabalho exposto nas páginas seguintes. A coletânea completa do material, fruto da primeira etapa do trabalho, encontra-se em uma publicação editada pelo Conselho Regional de Lombardia¹. Este trabalho contém não somente a informação aqui utilizada novamente, mas, também, diagramas de fluxo, seja do iter legislativo da Região Lombarda, seja do iter das deliberações da Junta dessa mesma região. Além disso, no apêndice estão arrolados todos os textos legislativos necessários para o entendimento dos iter descritos. Uma vez que cada símbolo dos diagramas de fluxo contém uma rápida descrição do acontecimento e a remessa ao artigo específico da lei, a documentação do texto original italiano admite a reconstituição precisa das soluções adotadas frente a vários problemas políticos inseridos nos iter legislativos. Quem desejar receber a publicação completa poderá solicitá-la diretamente à Região Lombarda.

1 — Leitura das normas jurídicas

2. Conteúdo e finalidade da investigação: a leitura estrutural das leis

Nos meus estudos sobre informática jurídica tenho-me limitado, até o presente momento, a indicar marginalmente o fato de que nem todas as seqüências teleológicas da ati-

1 Mario G. Losano, Ermano Bonazzi, Alberto Bergamaschi, Diagramazione a blocchi e programmazione reticolare di procedure giuridiche, Milán, 1979, p. 171

vidade humana, individuais ou coletivas, são traduzíveis em uma série de passos finitos e unívocos, que vão desde a formulação do problema até a solução. Estas "seqüências de atividade humana" são denominadas "processos" ou "procedimentos" por aqueles que se ocupam com a análise dos sistemas. O termo é conhecido pelos juristas que, sem dúvida, deverão entendê-lo neste contexto em um sentido mais amplo do que habitualmente é utilizado em sua disciplina. O procedimento não é somente aquele regulado pelos códigos chamados exatamente de procedimentos; procedimento — como é entendido nesta investigação — é toda a seqüência final de atividades humanas, individuais e coletivas.

Em alguns casos, estas atividades podem ser delegadas, no todo ou em parte, a uma máquina, isto é, a um computador eletrônico. Esta transferência pode ser aceita somente através de uma análise do procedimento, para cujo objetivo se tenham proposto técnicas de análise capazes de produzir resultados válidos, independentemente do uso do computador. Essas técnicas, certamente, permitem dividir todo o procedimento e descrevê-lo com precisão. O uso que se possa fazer desta análise é um tema distinto e, no momento, irrelevante.

Esta investigação se propõe a encaminhar os procedimentos regulados por normas jurídicas, a fim de verificar que vantagens podem ser obtidas aplicando-lhes as modernas técnicas de programação. Em outras palavras, propõe-se aqui aplicar em esfera jurídica algumas das técnicas de planificação concebidas para a gestão de processos de produção complexos. Para dar caráter concreto a este objetivo, aplicar-se-ão duas técnicas diversas ao método legislativo seguido pelo Conselho Regional de Lombardia (mais adiante denominado, para abreviar, de "método legislativo lombardo"). As técnicas examinadas são a diagramação de fluxo e o PERT. Examinemos rapidamente do que se trata.

a) Em virtude da redação dos programas para os computadores eletrônicos, os procedimentos são dissecados em todas as suas partes, mediante a redação de diagramas de fluxo. O uso dessa técnica no âmbito do Direito permite individualizar rigorosamente as incongruências e as lacunas que impedem o desenvolvimento regular de um procedimento jurídico.

b) Ao coordenar grandes complexos de homens e empresas, é necessário levar em conta que certas atividades pressupõem o resultado (isto é, o cumprimento) de algumas outras, para evitar tempo inútil no decurso do procedimento reticular, das quais o PERT constitui um exemplo. O uso dessa técnica, no âmbito do Direito, permite individualizar os resultados a que conduz ou a falta de indicação de tempos, ou a errônea indicação, em um texto legislativo.

Nas páginas seguintes, como se afirmou anteriormente, as técnicas da diagramação de fluxo e da programação reticular (em particular, o PERT) são aplicadas a um caso concreto: o procedimento (como diriam os analistas de sistemas), isto é, o caminho (como diriam os juristas), de acordo com o qual se produzem as normas jurídicas regionais. A escolha deste caso concreto não deve fazer perder de vista, sem dúvida, que as técnicas que

aqui são expostas podem ser aplicadas frutiferamente a qualquer conjunto de normas que regulem um procedimento; por exemplo, à concessão de licenças para construir ou à modificação de pressupostos de custas para obras públicas licitadas a empresas privadas.

Tendo presente estas premissas, pareceu-me oportuno organizar este estudo dividindo-o em cinco partes. O primeiro capítulo liga esta investigação com meus trabalhos anteriores, cujos resultados a prepararam e facilitaram. Esta proposta de formalização está acompanhada de outras técnicas de leitura de normas jurídicas, que não são desenvolvidas posteriormente. Mencionamos este aspecto a fim de ressaltar que temos consciência de que se quer enfrentar somente um setor dos problemas jurídicos, enquanto que outros problemas são analisados com técnicas diversas. O segundo capítulo ilustra de modo geral a técnica dos diagramas de fluxo (em geral) e o iter legislativo da Região Lombarda. Aplicando estas técnicas a este método obtém-se um diagrama de fluxo detalhado, do qual se tanto a primeira versão aproximada de 1977, como também a versão final, e em relação à legislação de 197B, definitiva. A versão final está citada nesta colocação na nota 1 anterior. Neste capítulo também está incluído o diagrama de fluxo do método das deliberações da Junta da Região Lombarda, preparado por Ermanno Bonazzi durante uma investigação própria autônoma. Constitui, este, outro exemplo de profunda aplicação dos diagramas de fluxo a um método jurídico, muito menos formalizado do que o adotado para os projetos de leis. Também este exemplo se refere à situação legislativa em 197B. O terceiro capítulo propõe, a partir do diagrama de fluxo do método legislativo, um ensaio de PERT, isto é, um ensaio de programação de uma atividade singular, levando em conta também o tempo requerido por cada etapa. Este exame posterior permite individualizar algumas falhas na redação das normas que regulam os procedimentos legislativos. Graças à colaboração direta dos investigadores da London School of Economics, o quarto capítulo chega a estabelecer uma comparação entre a análise estrutural dos procedimentos jurídicos e o projeto LEGOL, que está sendo desenvolvido naquela universidade. O quinto capítulo, finalmente, resume em algumas páginas os resultados alcançados pela investigação e propõe algumas aplicações concretas possíveis.

As análises e as soluções propostas nesta investigação têm um valor metodológico, isto é, um valor não operativo de imediato. Sustento, todavia, que o nível de profundidade alcançado é tal que torna diminutas as dificuldades quando se passa da fase de estudo à fase de aplicação. Teria sido impossível fazê-lo de outra maneira: as regras processuais analisadas estão em permanente evolução e, portanto, o resultado da investigação deveria estar submetido a atualizações constantes. Estas últimas teriam sentido se estivesse em andamento uma aplicação prática, mesmo quando seja impossível a publicação de um texto. Por estas razões se registra a situação processual da Região Lombarda em 197B e se tenta a formalização aprofundada desse procedimento.

Visto que, ao trocar as normas que regulam os procedimentos, provoca-se uma conseqüente modificação das soluções concretizadas aqui propostas, decidiu-se não levar às últimas conseqüências a individualização daqueles segmentos que têm um valor marginal (secundário) em relação ao aspecto global do procedimento. Este último, por outro lado, tem sido objeto de grande cuidado e atenção; uma vez que somente com esta aproxima-

ção aos problemas secundários é possível ver qual é o limite imposto pelo caráter da proposta metodológica atribuído à presente investigação. Concluindo, quem desejar aplicar concretamente as técnicas aqui examinadas, encontrará nestas páginas — inclusive com indicação da literatura sobre o tema — todas as informações necessárias para formalizar o procedimento jurídico em que estiver interessado.

O trabalho foi efetuado em um lapso de tempo grande, devido também às dificuldades de organização da atual vida universitária: às minhas primeiras investigações setoriais, sobre as quais se discorre mais especificamente no parágrafo seguinte, se seguiu uma tese de graduação de Alberto Bergamaschi, apresentada à Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Milão no ano letivo de 1976-1977. Este primeiro resultado consolidou as técnicas que deveriam ser usadas e ocasionou uma primeira aplicação ao iter legislativo do Conselho Regional de Lombardia. O resultado pareceu satisfatório somente em uma primeira aproximação e se decidiu, conseqüentemente, aperfeiçoá-lo mais tarde. Desta forma, foi iniciada uma revisão profunda, efetuada primordialmente por Ermanno Bonazzi, com a ajuda de duas funcionárias do Ofício Legislativo do Conselho Regional de Lombardia, Isa Fadda e Margherita Verzegnassi. O resultado desta revisão é reproduzido nestas páginas. Dado que seria entretanto útil exemplificar o aperfeiçoamento progressivo requerido por este tipo de análise legislativa neste trabalho, destaca-se, outrossim, o primeiro resultado, por aproximado que seja, alcançado em 1977.

3. Relacionamento da presente investigação com trabalhos anteriores

A divisão entre informática jurídica (entendida em sentido restrito como uma técnica para a memorização e a localização de dados jurídicos) e modelística jurídica (entendida como a formalização de procedimentos jurídicos singulares para sua elaboração pelos computadores) já estava presente no meu livro de 1969, *Giuscibernetica, Macchine e Modelli Cibernetici nel Diritto* (Edição Einandi, Turin, 1969, pp 205). Durante muitos anos, contudo, o interesse dos juristas se concentrou principalmente nas técnicas de recuperação da informação, isto é, na criação de bancos de dados jurídicos.

O problema da modelização de procedimentos jurídicos, apesar de estar em segundo plano, foi examinado por mim em três ocasiões. Em 1971, publiquei na "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico" o ensaio intitulado: "Per un Diritto compatibile con l'elaborazione elettronica" (XXI, 1971, no. 4, pp. 1B23-1B41). Era dado aí um exemplo de automatização de procedimento para a determinação de alíquotas fiscais. Em particular exemplificava como muitas normas jurídicas contêm disposições que submetem a aplicação de alguma disposição à avaliação do funcionário. Estas normas fazem a automatização deste procedimento impossível; podem ser, porém, substituídas por uma norma que determine univocamente as condições para a aplicação da mesma norma. Por exemplo, uma redução da alíquota de imposto reservada às famílias numerosas não permite automatizar o procedimento, desde o momento em que a noção de "família numerosa" varia de indivíduo a indivíduo, e de zona para zona. Se, contudo, se especificar na norma, que numerosa é a família com mais de quatro filhos, o procedimento se converte em automatizável. Os pro-

cedimentos legislativos são ricos em casos deste tipo. O passo da formulação genérica à quantificada é possível sobre a base de uma análise precisa da realidade, que permita produzir uma nova norma.

O uso de investigações sociológicas para intervir nas normas e modificá-las, tendo por escopo a automatização, foi retomado mais difusamente em meu ensaio "I compiti della Sociologia nella ricerca giuscibernetica" (Quaderni di Sociologia, XXI, 1972, n. 1, pp. 97-110). Ao lado do tema da adequação das normas à realidade, examina-se o tema da necessidade de uma análise organizadora das funções a que se deseja aplicar a automatização. A divergência entre as prescrições legislativas e o funcionamento real é tal que a falta de uma análise sociológica precisa ameaça tornar inútil toda a atividade de automatização. Neste artigo, portanto, a investigação da realidade era aplicada tanto à revisão das normas jurídicas, como o objetivo da automatização dos procedimentos que elas regulam, como ao estudo das organizações complexas, para a automatização dos procedimentos que nelas se desenvolvem.

Estas investigações foram retomadas e sistematizadas em agosto de 1973, quando dei um curso de informática jurídica na Universidade de São Paulo, no Brasil. Tratando-se de um curso de pós-graduação na Faculdade de Direito, tinha oportunidade de contar com uma sólida formação jurídica dos participantes. Na última aula retomei o tema da formulação jurídica compatível com a elaboração eletrônica e demonstrei um quadro completo das transformações que deve sofrer o Direito tradicional para que um procedimento possa ser proposto ao computador eletrônico. O capítulo XII das "Lezioni Pauliste di Informatica Giuridica" (publicadas em italiano pela Editorial Tirrenia, Turin 1974, pp. 124-140; a edição brasileira original se intitula "Lições de Informática Jurídica", Edição Resenha Tributária, São Paulo, 1974, pp. 133-139) parte do fato de uma lei fiscal do tipo tradicional e assinala os pontos que impedem a automatização do procedimento; estas observações permitem reformular a mesma lei em termos compatíveis com a automatização, colocando, assim, o jurista frente a duas técnicas diferentes para redigir a mesma lei. O texto da lei compatível com a automatização do procedimento é prontamente transformado em um diagrama de fluxo, e este, por sua vez, em um programa em linguagem Basic. Desta forma foi possível, na última aula desse curso, submeter casos concretos ao programa, para os quais tinha sido dada a informação da carga fiscal prevista pelas normas examinadas anteriormente. A última parte destas aulas dava, portanto, uma descrição sumária, mas não imprecisa, do arco percorrido por uma norma jurídica ao passar da formulação tradicional à sua aplicação mediante um computador.

A finalidade destas propostas metodológicas foi, desta forma, limitada. Pelo que chegou aos meus ouvidos, o único trabalho em que elas foram retomadas, integrando-as com aplicações de uma gama de decisões, é no ensaio de Angelo Gallizia, Enrico Maretti e Paola Pitrelli, "Strumenti alternativi di descrizione e comunicazione del Diritto" em *Informatica e Diritto* I, 1975, nº 1, pp. 36-89.

Com os estudos até agora indicados, pode-se dizer que se deixou bem clara a técnica pela qual é possível passar do procedimento jurídico expressado em linguagem comum a

um procedimento automatizado. O verdadeiro problema que se deve superar, toda vez que deseje cumprir este passo, não é assunto informático, mas de organização: como se fez para estabelecer qual o procedimento prescrito pelas normas? De que forma o referido procedimento é efetivamente desenvolvido nos escritórios? Que nexos existem entre o procedimento prescrito em abstrato nas normas e a possibilidade de acatá-las? Corresponde, em suma, a aprofundar as técnicas pelas quais é possível passar da formulação tradicional das normas à outra formulação compatível com a elaboração pelo computador eletrônico. A esse tema está dedicada a presente investigação. Seria, todavia, errado sustentar que com isso se esgotem as novas possibilidades de leitura das normas jurídicas; indicam-se, a título de exemplo, algumas propostas de leitura lógica, econômica e organizativa das normas, que se somam à proposta de leitura estrutural exposta nesta investigação.

4. A leitura lógica das leis

Visto que as normas estão constituídas por proposições lingüísticas, aplicou-se-lhes a análise própria do campo lingüístico. Em particular, os estudos lógicos têm encontrado uma aplicação natural ao campo jurídico desde tempos remotos. Recentemente, ademais, desenvolveu-se um tipo de lógica especificamente estudado para o discurso normativo: a lógica deontica. Já existem bibliografias completas a respeito das relações entre Direito e Lógica em geral, e sobre a lógica deontica existem já bibliotecas inteiras, de modo que seria impossível traçar agora um balanço desses estudos. De forma que, no final desse trabalho, são encontradas algumas indicações bibliográficas fundamentais, enquanto aqui é oportuno limitarmo-nos a algumas verificações gerais.

Os (cientistas) lógicos formais (para nos limitarmos aos estudos mais recentes) quase não levaram em consideração a aplicação prática de seus próprios estudos, limitando-se geralmente a alcançar resultados teóricos, que não são utilizados por parte dos juristas práticos. Somente nos últimos tempos têm-se desenvolvido tentativas de dar uma saída prática aos estudos lógicos através da formalização que se faz necessária pelo uso da informática no campo jurídico. Um balanço deste estudo está em um dos tomos da revista *Informática e Direito*, dedicado justamente à lógica, informática e direito (o 1.º tomo já está publicado: IV, 1978, n. 2; o 2.º está no prelo).

Deste estudo podiam individualizar-se duas direções principais. Em primeiro lugar procura-se estabelecer quais são as condições abstratas para que um sistema jurídico apresente as características de coerência que possibilitam a automatização. Em segundo lugar, trata-se de examinar as técnicas de formulação lingüística que permitem que as normas evitem aquela ambigüidade, que é um obstáculo ao uso dos computadores.

Na minha opinião, a conjunção entre o estudo da lógica e a realidade jurídica ainda não se realizou, nem está muito claro para mim como pode ela ser produzida no futuro, ainda que não o seja, dado o extremado tecnicismo das exposições lógico-formais. Uma união frutífera se efetuará necessariamente através das técnicas de programação, enquanto que outra mais direta se ocupará da formulação lingüística de normas isoladas. Em ambos

os casos — dada a própria natureza da disciplina — a contribuição da lógica só pode ser formal; este enfoque estará integrado com as técnicas para a análise concreta do Direito, de que este capítulo em breve se ocupará.

5. Leitura econômica das leis

A partir de 1960, desenvolveu-se nos Estados Unidos uma nova técnica para a análise econômica das leis; partindo de teses próprias da economia do bem-estar, tem-se perguntado qual a eficácia econômica das normas jurídicas. Desta análise derivam indicações seja para o legislador, seja para o juiz; convida-se o primeiro a regular uma certa situação de um modo e não de outro; ao segundo indica-se a direção a tomar na interpretação que se deve dar a certa norma. Para ambos os casos, se trata de alcançar um emprego do Direito que permita uma ótima utilização dos recursos econômicos presentes em determinado contexto social. É óbvio que este enfoque não é, de fato, um uso alternativo do Direito, mas se trata de um modo de converter em funcional o sistema normativo para um certo tipo de situação econômica. Quando se fala, portanto, de um "uso ótimo" dos recursos econômicos, tem-se presente um modelo econômico bem preciso (a teoria do bem-estar), e se considera positivo o fato de que nele se inspire toda a atividade social.

Por outro lado, é justamente a adesão a uma precisa realidade social que salva esta leitura econômica das normas da generalidade que caracterizava os estudos anteriores sobre as relações entre economia e direito. Karl Marx, Roscoe Pound, o socialismo jurídico italiano, etc., falaram sempre das relações entre uma totalidade abstrata, denominada Direito, e outra totalidade abstrata denominada Economia; com tais premissas só é possível alcançar conclusões gerais, segundo as quais a economia influi sobre o Direito, ou melhor, o Direito é uma entidade pura não contaminada por influências sociais ou econômicas. Estas interpretações tradicionais das relações entre economia e direito são, contudo, atualmente, as mais difundidas na ciência jurídica européia, mas indubitavelmente não contribuem para explicar por que certas normas não são concretamente aplicadas, ou, então, por que produzem aqueles resultados ruins que tanto surpreendem aos pais da pátria que as produziram.

A análise proposta pela escola americana é mais precisa e, como tal, mais relacionada com uma específica opção ideológica; não se pode pretender resolver os problemas concretos sem aceitar, até o âmago, um modelo entre os quais aqueles encontrem uma (e não a) solução. O problema que se coloca a esses estudiosos, é o individualizar a solução ótima de um problema concreto a respeito de um certo modelo sócio-econômico. Daí o caráter específico da investigação; não se trata do Direito em geral, mas das normas sobre a contaminação, sobre a legislação anti-monopólios, sobre a responsabilidade civil, etc. Por exemplo, se uma indústria produz resíduos contaminadores, pode-se prever uma norma que a obrigue a indenizar o prejudicado pelas emanções nocivas; ou melhor, uma norma que prescreva o pagamento de um imposto especial; ou então, uma norma que prescreva a transferência da dita indústria contaminadora a uma zona distante, etc. Cada norma destas provoca despesas para uma parte e vantagens para outra. Isto se torna evidente à pri-

méira vista, mas não basta certamente para justificar a promulgação de uma norma em lugar de outra (como freqüentemente acontece). A escola americana propõe aprofundar-se na questão do custo econômico resultante da aplicação destas normas, escolhendo finalmente aquela norma que — em relação ao modelo social considerado recomendável — revela a distribuição mais equilibrada de custos e vantagens.

Uma análise tão detalhada traduz a confiança e a impressão adequada própria da teoria econômica aceita por aqueles que efetuam a análise em questão. Além disso, enquanto as imprecisões são perceptíveis principalmente nos gráficos macroeconômicos e nas previsões a longo prazo, a análise de modelos precisos, regulados por prescrições jurídicas, revela possível tanto ao legislador como ao juiz uma série de indicações sobre a compatibilidade entre algumas soluções propostas e o comportamento dos operadores econômicos enquadrados por essas normas. A análise econômica das normas jurídicas permite, finalmente, prever, com uma certa precisão, se seus destinatários aceitarão as regras propostas, ou se não dão atenção a elas. Por este método pode-se, portanto, prever fundamentalmente a eficácia de um determinado conjunto de normas que regulam um âmbito economicamente relevante.

A incongruência entre a vantagem de violar a lei e o custo da eventual sanção está baseada na aplicação errônea de numerosas normas; pense-se, por exemplo, na especulação edilícia e nas normas que estabeleciam multas para quem não respeitasse os projetos aprovados pelas autoridades municipais. A disparidade entre a vantagem econômica derivada da construção de plantas ou de edifícios inteiros no abuso das normas, e as multas certamente ridículas que estavam previstas para esta situação têm contribuído para modificar o aspecto das cidades italianas

A escola americana, que se dedicou originalmente a esse estudo, foi a dirigida por Robert Coase, da Universidade de Chicaco. Outros centros se juntaram posteriormente: a Yale University, com Calabresi e Ackermann; Miani, com Manne; e na Europa, Londres e Oxford. Os principais textos para auxiliar esta análise econômica do Direito estão enumerados na bibliografia no final deste trabalho. O leitor italiano, no entanto, encontrará uma certa dificuldade na leitura dessas obras. Em primeiro lugar, elas pressupõem um conhecimento profundo da teoria econômica, algo que quase sempre falta aos juristas; por outro lado, o Direito a que se referem as situações descritas nos textos é o Direito anglo-norte-americano, em cujo âmago o jurista europeu se movimenta com certa dificuldade, não tanto pelo conteúdo das instituições em particular (que no fundo não são muito diversas das do Direito europeu continental), mas pelo próprio modo de expor os problemas. Em minha opinião, um exemplo típico, no qual a riqueza prática está unida a esta dificuldade de leitura é o excelente manual de Richard Posner.

6. A leitura organizadora das leis

Nos anos que se seguiram ao final da 1ª Guerra Mundial, a linguagem política italiana rechaçava rigorosamente toda a palavra que evocasse alguma forma de organização da

atividade econômica, seja pública, seja privada; toda a referência à noção de "planificação", enquanto própria da economia coletivista, parecia incompatível com a economia liberal que deveria ter caracterizado o mundo ocidental. A evolução dos acontecimentos levou logo a aceitar uma noção de planificação, inclusive na área da economia não coletivista, apesar de recorrer ao termo distinto de "programação". Hoje não há organização política que não retenha como prerrogativa própria levar a cabo a programação das atividades sócio-econômicas que sejam sua incumbência. Assim, o problema foi invertido; todo o ser aspira cumprir atividades de programação, a ponto de se tornar difícil encontrar alguém disposto a apoiar a atividade de traduzir na prática os planos ou programas.

Esta modificação da mentalidade política se reflete inclusive na legislação; ela tende a regular aspectos muito vastos da vida econômica e social e, em particular, dita também disposições sobre como desenvolver atividades planificadoras complexas. Como se verá melhor no capítulo III, também dedicado às técnicas de planificação dos processos produtivos, o setor privado tem de manipular processos cada vez mais complicados; a mesma situação se apresentou também no setor público, naturalmente com referência a diversos objetivos. A economia privada escolheu instrumentos de planificação e controle que têm dado bons resultados em relação à finalidade para a qual haviam sido previstos; por outro lado, a administração pública (e não unicamente a italiana) ainda não descobriu o uso das técnicas modernas de planificação e controle, mas continua operando de acordo com as velhas estruturas burocráticas baseadas no controle jurídico-formal. Esses controles demonstram ser ineficazes enquanto que as leis tomam a forma de seqüências processuais para alcançarem determinados objetivos sociais ou econômicos.

Através dos partidos e da representação popular, as exigências da sociedade civil ingressam no interior dos textos legislativos, dos quais atualmente se requer que assegurem o sucesso de certos objetivos e não somente a garantia de respeito a certas normas jurídicas. Concretamente, entretanto, verifica-se uma discrepância entre a nova exigência de eficácia operativa e a estrutura unicamente garantidora insita na estrutura tradicional das leis. Estas assumem, assim, uma estrutura híbrida, na qual o formalismo jurídico e a eficiência operativa se equilibram e com freqüência se criam obstáculos em maior volume. Desta heterogeneidade espiritual, insita nas leis, derivam logo dificuldades de aplicação, por conseguinte, o descrédito para o organismo político que se revelou impotente.

O órgão legislativo deseja de fato alcançar certos objetivos concretos, para fazer frente às exigências dos eleitores. O instrumento de que dispõe é a lei, que prescreve com que meios e através de quais procedimentos pode-se alcançar o objetivo colimado. Estas prescrições tomam corpo, sem dúvida, no decurso de um debate, no qual, através do sistema de modificações, a formulação lingüística e estrutural da lei sofre modificações freqüentemente imprevisíveis. Quando finalmente a lei é aprovada, encontramos-nos frente a vários problemas: o procedimento que ela prevê permite alcançar o objetivo pré-estabelecido? em caso afirmativo, admite alcançá-lo de maneira eficiente? em caso negativo, como se podem individualizar os obstáculos para o alcance do objetivo e como se podem saná-

los? Toda essa problemática é clara também aos juristas e aos políticos, mas mais do aspecto do sentido e da intuição política, que de uma análise rigorosa do procedimento proposto pela lei.

Um estudo interessante para transferir as normas do mundo da inquietude política ao universo da precisão planificatória foi efetuado por um grupo de pessoas, ligadas ao comitê para a Organização e Informática e ao Serviço Organizador da Junta Regional Lombarda. Em 1978, foi editada a Lei Regional nº 34, de 31 de março, intitulada "normas sobre procedimentos de programação, sobre orçamento, e sobre contabilidade da região." Dado que a região é institucionalmente um organismo de programação, os procedimentos pelos quais a região faz frente ao desenvolvimento de tal função é lei consagrada, e ao mesmo tempo, traça o quadro das relações entre a atividade de programação e outras atividades regionais fundamentais, como, por exemplo, as contábeis. É a esta lei complexa que Adriano de Maio, do Comitê de Organização e Informática, Giampaolo Bonanomi, Luigi Ceruti, Michele Invernizzi e Franco Salinitro do Serviço de Organização decidiram aplicar as técnicas para a análise das organizações. Esta leitura, na tonalidade organizadora das normas referentes ao procedimento de programação, fixou exposta em um documento amplo, por enquanto de uso interno.

O estudo se propõe a individualizar aquelas medidas que são necessárias adotar para que "o procedimento administrativo" (contido na lei) possa se transformar realmente em "um procedimento de gestão"; tem-se notado que a norma geral e abstrata deve ser integrada com regulamentos, ordens de serviço, módulos, etc., sem os quais permanece como letra morta. Contudo, a determinação dessas disposições específicas exige uma análise de organização de todo o procedimento proposto pela lei, para evitar distorções ou comportamentos administrativos desviados.

O estudo procede, portanto, a análise dos temas institucionais da programação; dos instrumentos da programação e da contabilidade regional; dos órgãos que têm de intervir e da competência planificadora que lhes são outorgadas pela mencionada Lei nº 34; das funções que devem ser encomendadas a cada escritório, para que a atividade planificada possa desenvolver-se corretamente. O quadro, assim traçado, respeita os preceitos da lei, mas está estruturado de modo a admitir a redação de alguns diagramas de fluxo. O primeiro representa as grandes linhas do progresso da programação, levando em conta a seqüência lógica das fases particulares, dos documentos de entrada e de saída, e das relações face a face. Além do Plano Regional de Desenvolvimento, integrado com aquelas partes dos orçamentos bianuais e anuais, que se referem à programação, são dadas indicações a fim de redigir um diagrama de fluxo que indique a seqüência de intervenção dos escritórios particulares e a relação entre operadores e escritórios. O material, assim reorganizado e formalizado em diagramas de fluxo, revela problemas que a simples leitura da lei havia ocultado aos juristas.

Por exemplo, é necessário que o legislador distinga nitidamente o objetivo que quer alcançar, dos instrumentos com os quais quer alcançá-lo. O exemplo clássico entre estes

dois aspectos é fornecido pelo plano para a construção de asilos infantis. A construção de 500 asilos infantis em cinco anos, na região lombarda, é o instrumento para realizar o objetivo de assistência a um certo número de crianças, e, através de um determinado nível de assistência, garantir, conseqüentemente, trabalho a certo número de assistentes de crianças. Como a lei, por sua vez, estabeleceu como objetivo a construção dos referidos asilos, resultou que muitos municípios não estavam dispostos a aceitar a subvenção regional ou estatal para esta construção, pois teriam logo graves dificuldades para fazer frente aos gastos da gestão. Esta falta de êxito parcial desta lei podia ter sido evitada se tivesse previsto os meios econômicos necessários para alcançar os fins acima mencionados, deixando a cada entidade liberdade de estabelecer qual instrumento, em cada caso concreto, seria o mais eficaz para atingi-lo.

Uma coluna na margem do texto enumera os artigos da lei a que se refere a análise organizadora, enquanto se expõe junto aos mesmos, em linguagem comum e com todos os pormenores, as operações unitárias que devem ser executadas. As fichas redigidas desta forma cobrem cerca de uma centena de páginas e, no decurso desta análise detalhada, é fácil perder de vista a linha geral do procedimento. Para ele um diagrama grande de fluxo resume as grandes linhas das atividades previstas no plano regional de desenvolvimento, relacionadas com as do orçamento anual e plurianual e não somente com o plano sócio-econômico mais amplo. Os símbolos e a finalidade deste diagrama de fluxo são distintos dos diagramas de fluxo (a quadros) a que se dedica o segundo capítulo desta pesquisa: o diagrama de fluxo, devendo pôr em evidência as linhas processuais que talvez sejam dificilmente perceptíveis na formulação verbal da norma, tem um caráter fortemente sintético; os diagramas por blocos, como se verá, têm, por outro lado, uma função ex-tretamente analítica.

A parte efetuada da análise organizadora da Lei regional 34, de 1978 não é senão a primeira parte de uma análise mais complexa, da qual podem-se indicar somente as linhas direcionais. As quatro fases, enunciadas sinteticamente, em continuação, constituem um esquema válido para a análise organizadora das prescrições de qualquer lei. Examinemos, agora, estas etapas separadamente.

Em primeiro lugar, efetua-se análise formal da organização tal qual resulta das normas; assim são obtidas uma série de indicações organizadoras e fôrmais, que podem esclarecer problemas, por exemplo, de coerência, de factibilidade, de desenvolvimento temporal;

— em segundo lugar, observa-se em sua realidade, as variadas entidades formalmente individualizadas: papéis, relações, recursos, objetivos individualizados na primeira análise formal, são coerentes com a situação efetivamente dada? Por analogia? A organização examinada não é isolada, mas só pode operar concretamente se estiver funcionalmente relacionada a outros setores organizativos? Existem estas relações? São possivelmente eficazes ou seria mais oportuno voltar a delinear as conexões? Em suma, nesta segunda etapa utilizam-se, concretamente, dados formais expostos na primeira etapa;

— em terceiro lugar, procede-se á análise das variantes: admitindo-se haver individualizado qual a situação regida por essa estrutura, como reage ás modificações e ás perturbações? De fato, a validade de um esquema organizador está também ligada à sua capacidade de fazer frente a variações. Este problema é bastante interessante para os juristas. Retomando o exemplo dos asilos infantis, pode-se afirmar que a organização prevista pela lei regula mal até a situação estática ou de baixas demográficas atualmente em andamento, enquanto que a falta de relação como uma análise precisa da situação edilícia (e, em particular, com a atual crise habitacional) tem impedido de levar em conta a dispersão dos novos núcleos familiares, a qual reduz bastante a utilidade da concentração dos abrigos infantis no centro urbano. Por outro lado, as análises demográficas deste tipo devem também examinar o fato de que o número de casamentos não é necessariamente relevante, desde que vão aumentando o número de uniões livres, que, por isso, deixam de ter filhos. Outro exemplo da falta de consideração de possíveis variações é a rigidez com a qual as normas regulam o financiamento dos projetos, e, em particular, a revisão dos preços. Em período de grande inflação, o longo caminho burocrático de aprovação de uma habilitação leva certamente ao resultado de responder a uma soma que já não corresponde ao custo real do momento em que deve efetuar-se a obra. Se o procedimento de revisão dos preços não estiver bem equilibrado, inicia-se um amplo processo de revisão, assim como se demorar a aprovação do gasto comum, resulta encontrar-se, no fim do processo de revisão, exatamente nas mesmas condições de que havia iniciado. Daí a existência de fundos jamais gastos e de obras públicas jamais construídas, mesmo que formalmente aprovadas.

Em quarto lugar, de maneira semelhante ao que sucedia com a primeira e segunda etapa, é necessário utilizar em concreto a análise das variações próprias da terceira etapa. Esta utilização consistirá em adequar a estrutura organizadora às perturbações individualizadas, intervindo seja sobre a formulação da lei, seja sobre a estrutura da organização. Voltando ao exemplo anterior de delonga excessiva da revisão dos preços, este inconveniente pode ser obviado intervindo, seja sobre os momentos de revisão dos preços, seja sobre o caminho de aprovação geral (eliminando aquelas causais de indeterminação ou de demora que serão expostas nas páginas seguintes). Dependendo da via que se escolha, é em todo caso necessário operar com instrumentos mais precisos que a atual volta ao bom senso ou ás experiências do passado.

Uma avaliação precisa dos efeitos de uma lei dependerá do uso, não somente de uma destas técnicas, mas de sua combinação. De fato, o gráfico substancial organizador e econômico deverá ser demarcado através de uma análise formal das estruturas e dos prazos (exemplificados nos próximos capítulos) e formulado, finalmente, em palavras que não violem, no plano lingüístico, os resultados alcançados através da análise.

II — O DIAGRAMA DE FLUXO DO MÉTODO LEGISLATIVO LOMBARDO

7. História da diagramação de fluxo

Os computadores eletrônicos e sua programação constituem agora o objeto de uma disciplina histórica que vai selecionando e sistematizando informações sobre pessoas e

acontecimentos da fase pioneira do processamento automático dos dados. Existem histórias das máquinas de calcular e histórias da programação. Não se tem, entretanto, redigido com exatidão a história da diagramação de fluxo (em blocos).

A noção de divisibilidade do trabalho intelectual remonta a Charles Babbage e seguramente foi mencionada pelos estudiosos que se ocuparam da programação dos primeiros computadores eletrônicos. É somente no fim dos últimos anos da 2ª guerra mundial que se pode situar o surgimento da atual diagramação por quadros, junto com a construção dos primeiros computadores e com sua programação. De fato, no passar de uma formulação em linguagem ordinária de um procedimento, a uma formulação em linguagem programada, é necessário poder dispor de uma representação intermediária, que, por um lado, seja mais rigorosa que a expressa em linguagem ordinária, mas que, por outro lado, não alcance ainda a complexidade do procedimento programado, na qual cada atividade por separado deve estar indicada em prazos explícitos e semelhantes. Para alcançar esta última situação, deve-se fazer análises cada vez mais profundas do problema, durante as quais o procedimento examinado é progressivamente dissecado em suas particularidades mais ínfimas.

FIGURA 2 – SIMBOLOGIA DO DIAGRAMA EM FLUXO

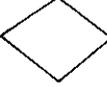
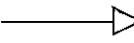
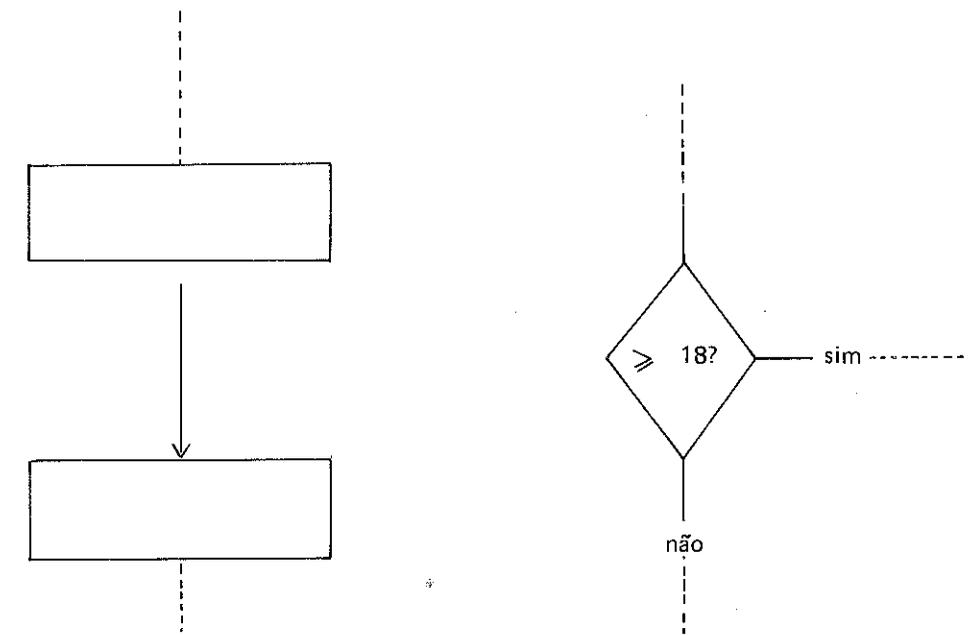
	Indica o ponto em que tem início o diagrama de fluxo e o ponto em que termina o diagrama inteiro ou uma ramificação sua.
	Indica a atividade que vem efetivamente desenvolvida.
	Coloca uma pergunta, introduzindo duas respostas possíveis, uma positiva e uma negativa. É denominado "sinal de análise" ou "if".
	Indica o ponto que o procedimento apresenta uma lacuna, e em consequência, indica também a impossibilidade de proceder através daquela ramificação. É um sinal anômalo concernente àquelas tradicionalmente usados nas diagramações de fluxo.
	Indica uma vinculação à outra parte do diagrama de fluxo.
	Remete à página seguinte.
	Rutina: indica um procedimento composto de diversas etapas que ainda não estão explicitadas ou estão explicitadas em outro lugar.
	Indica a direção da seqüência lógica de execuções das atividades individualizadas.
	Indica o ponto em que convergem mais seqüências lógicas de execuções.

FIGURA 1. Exemplo de símbolos para a diagramação de fluxo.



Para esclarecer mais o procedimento, os passos singulares de que se compõem são transcritos em linguagem ordinária no interior dos símbolos gráficos. Cada um destes símbolos representa um único passo do procedimento. Se a um passo segue necessariamente outro, esse segmento de procedimento ficará indicado com um retângulo unido a outro mediante um segmento orientado de reta.

Se de um passo podem derivar duas conseqüências possíveis, será ele representado com um rombo¹, que permite certamente ter duas saídas, geralmente caracterizadas pelas respostas "sim" ou "não" à pergunta escrita no interior do rombo (cf. figura 1). Combinando estes dois sinais com outros é possível formalizar procedimentos complexos: uma tabela de todos os sinais convencionais usados nesta investigação se encontra na figura 2.

Os símbolos adotados para a diagramação de fluxo não são sempre rigorosamente iguais, pois de um autor para outro podem sofrer leves variações, ou melhor, o mesmo símbolo pode ser utilizado para expressar situações diversas; por isso, antes de examinar qualquer diagrama de quadros, é aconselhável consultar sempre a tabela dos símbolos que são utilizados.

¹ N.T. "Rombo" — figura geométrica retilínea de 4 lados iguais e de ângulos desiguais.

8. O iter legislativo regional

A técnica da diagramação de fluxo, tal como se assinalou no parágrafo precedente, será aplicada ao iter através do qual se formam as leis da região lombarda.

Do ponto de vista jurídico, a noção de "lei regional" coloca uma série de problemas que não podem ser tratados aqui. Por exemplo, qual será a posição das leis regionais na hierarquia das fontes jurídicas de nosso direito, ou melhor, quais são os conteúdos lícitos de uma lei regional? Para estes e outros problemas utilizamos as obras de direito constitucional e regional citadas na bibliografia que finaliza este trabalho. Esta utilização não significa, espero, que quem desejar dedicar-se à aplicação destas técnicas a setores específicos do direito pode por isso eximir-se do estudo da literatura jurídica de base; somente por motivo de concisão (brevidade) é que deverá dá-la por já conhecida.

De fato, no decurso da análise do iter legislativo resultará evidente que a determinação de certas seqüências de atividade pressupõe a precisa solução de questões jurídicas sutis.

Repete-se desta forma uma das dificuldades já encontradas nos experimentos de informática aplicada ao direito; aos depositários das noções técnicas faltam freqüentemente os instrumentos jurídicos para alcançar uma aplicação correta, enquanto que os juristas escapam muitas vezes da possibilidade de aplicação de certas técnicas, ou, ao contrário, os limites dentro dos quais o uso de um certo instrumento pode dar resultados aceitáveis. A solução destes problemas de comunicação entre as duas culturas será procurada no trabalho de grupo.

Muitas vezes, outrossim, sustenta-se que este último seria por si suficiente para superar a dificuldade. A experiência já deveria ter demonstrado de forma clara que o trabalho de grupo só mostra seus benefícios alcançados quando os indivíduos que fazem parte do grupo efetuam um esforço individual para apropriar-se parcialmente das noções estranhas à própria disciplina. Por esta razão, no caso específico da análise do iter legislativo, o jurista não poderá excusar-se de conhecer os fundamentos da diagramação por quadros, enquanto que o analista de sistemas deverá conhecer os manuais jurídicos.

O objeto da proposta de formalização mediante diagramas de fluxo é a via (iter) segundo a qual se forma uma lei regional lombarda. Este iter está regulado por uma série de disposições jurídicas que por ora será oportuno examinar brevemente na linguagem ordinária.

Como a legislação estatal, também a regional contém diversas etapas em cujo decurso o projeto de lei inicial se aperfeiçoa e se converte por fim em lei, em sentido formal. A primeira etapa deste procedimento é a da *iniciativa*: durante a mesma, determinada pessoa — a Junta Regional, os conselheiros regionais, as entidades locais, os cidadãos da região — tem — direito de apresentar um projeto de lei ao órgão legislativo da região, que é o Conselho Regional. Na etapa de *aprovação*, o projeto de lei é primeiramente examinado

pelas comissões do Conselho, logo aprovado ou vetado pela assembléia em uma sessão plenária. Se o projeto de lei for declarado urgente, segue um caminho abreviado, diferente do anteriormente indicado. A lei aprovada pelo Conselho Regional passa logo ao exame do Procurador do Governo¹, que pode aprová-la ou vetá-la, se a considerar contrária aos interesses do Estado ou de outras regiões. A Corte Constitucional também pode intervir entre as relações do Procurador do Governo e o Conselho Regional, para esclarecer definitivamente a legitimidade de uma lei regional. Findos estes controles, a lei é *promulgada* pelo Presidente do Conselho Regional, e logo *publicada* no Boletim oficial da região, de acordo com um procedimento que é muito próximo ao caminho percorrido pelas leis estatais.

O iter aqui reproduzido de forma sucinta está regulado por uma pluralidade de normas que não foram reunidas em um único texto, sendo todas elas relevantes para a formação correta da lei regional. As matérias sobre as quais a região pode ditar leis estão taxativamente delimitadas no artigo 117 da Constituição; o procedimento de formação da lei regional se encontra, por outro lado, descrito no Estatuto de cada região, que fixa a extensão estatutária do Conselho Regional. Justamente por isso, as disposições estatutárias são integradas com as normas do Regulamento do Conselho Regional, isto é, com as normas com as quais o Conselho Regional regula seu próprio funcionamento interno. Por fim, existem leis regionais que regulam a iniciativa popular na apresentação de projetos de lei. Todo este conjunto de normas deve ser analisado a fundo para encontrar um iter único. Desta forma, quem pretender aprofundar as técnicas com as quais se passa um texto em linguagem ordinária a um texto formalizado em um diagrama de fluxo, terá todos os elementos ao alcance da mão.

Nesta tarefa de integração de normas jurídicas provenientes de diversos textos podem-se encontrar lacunas jurídicas. Deixando, sem julgar de antemão, o problema filosófico de se as lacunas jurídicas são possíveis ou não, é necessário salientar que, em relação ao uso dos diagramas de fluxo, as lacunas são um inconveniente que se costuma encontrar com tal freqüência que é necessário criar um símbolo adequado na diagramação; trata-se do semicírculo com o interior com raios, incluído com os demais símbolos na figura dois, que será encontrado com certa freqüência nos diagramas de fluxo do iter legislativo.

Uma das formas de superar a presença de lacunas das normas que regulam um determinado iter é o recurso à análise sociológica das que utilizam essas normas: a "prática burocrática" proverá nestes casos o material com o qual se preencherá a lacuna. No caso do iter legislativo, entretanto, muitos aspectos têm ficado sem solução, porque jamais se criou ou regulou o caso. Isto explica porque o procedimento funciona, em sua linha mes-tra, inclusive em presença de âmbitos não regulados. Na análise do iter das deliberações da Junta, por outro lado, a regulamentação é menos formal, de forma que o exame do comportamento concreto das instituições permitiu criar um diagrama de fluxo sem lacunas.

Determinado desta maneira o material legislativo sobre o qual se trabalhará e esclarecida a presença concreta de lacunas no procedimento, pode-se então examinar como se

N. T.¹ em italiano "Commissario del governo"

chegou à construção do diagrama de fluxo do iter legislativo da região lombarda. Enquanto que a descrição genérica deste iter, desenvolvida nas páginas anteriores, se adapta a quase toda a região italiana, o rigor formal e aprofundamento analítico do diagrama de fluxo que será construído nas próximas páginas valem somente para a região lombarda e, em particular, reflete somente aquelas normas processuais fixadas nos textos legislativos.

9. A determinação jurídica do iter legislativo

Ao determinar o iter legislativo da região lombarda, o primeiro passo a efetuar se cumpre entretanto, em plena esfera jurídica, e consiste em incluir em um único texto as normas tiradas de várias fontes, indicadas no parágrafo anterior. Ao efetuar esta operação, deve-se levar em conta dois objetivos: a) redação de um documento jurídico que englobe todas as regras presentes nos textos legislativos e que, por consequência, permita uma primeira determinação das eventuais lacunas macroscópicas (e, em geral, superável mediante uma análise sociológica da prática burocrática); b) preparação de um documento em linguagem ordinária que facilite o diálogo entre técnicos e juristas e que, concomitantemente, constitua um ponto de referência nas sucessivas construções do diagrama de fluxo.

Para ter a certeza de que nenhuma das disposições provenientes do legislador contenha erro, a fusão das normas individuais se efetua com algum alcance prático, que permita evitar omissões. Por exemplo, tem sido útil fotocopiar os textos legislativos e cancelar passo a passo as normas individuais utilizadas, usando uma planilha que não impossibilite uma leitura eventual, mas se evite um eventual uso duplo. Quando a seleção de textos está suficientemente avançada, este sistema permite também menos perda de tempo na busca das normas que também serão utilizadas.

O material assim extraído da legislação vigente é organizado de maneira sistemática sobre uma folha apropriada, tendo cuidado de voltar a copiar o texto literal do artigo assim como a indicação precisa que permite identificá-lo. O jurista estaria tentado a organizar este material como se fora uma nova lei, ou melhor, como se ele estivesse redigindo um texto único (em inglês = consolidation).

Esta solução é aceitável, não facilita todavia a redação sucessiva do diagrama de fluxo; além disto, parece obscura para os analistas que se ocupam do problema sem contar com uma preparação jurídica específica. Por tudo isto, o material legislativo foi incluído em retângulos, unidos entre si mediante segmentos orientados de reta. Resulta um esboço que não é, entretanto, um diagrama de fluxo, mas, tampouco, é um texto legislativo tradicional. Os retângulos e as flechas são insólitos para o jurista, — que sem dúvida encontra no âmagô dos símbolos o texto jurídico original, ao qual está acostumado, desta maneira se facilita a transição da linguagem ordinária à diagramação de fluxo. O analista de sistemas desfrutará, em troca, de vantagens simétricas; o conteúdo dos símbolos lhe parecerá desesperadamente pouco conciso (apesar de, ao menos, ser compreensível), enquanto que os símbolos lhe darão uma primeira idéia de como organizar a representação gráfica do procedimento.

Um instrumento auxiliar deste tipo demonstra ser útil, inclusive, nas etapas sucessivas da diagramação de fluxo, porque é possível voltar a ele para retomar o fio do discurso quando este ficou perdido no decorrer de uma longa análise detalhada, ou melhor, porque ele constitui um ponto de referência suficientemente claro para analistas e juristas, quando surgem dúvidas ou incompreensão no texto. Trata-se, pois, de um instrumento auxiliar na redação de um diagrama de fluxo, cuja reprodução neste lugar é ditada pelo desejo de indicar por completo o modo recorrido para passar os vários textos legislativos à diagramação. Dado o caráter instrumental desta sinopse, não existem regras gráficas precisas a seguir; originariamente, por exemplo, os símbolos eram alinhados paralelamente na margem da página, porque isso permitiria contar com mais espaço para correções e integrações. Na edição italiana, por outro lado, o mesmo texto foi estruturado graficamente de modo compacto, para ocupar menos espaço, enquanto que seus símbolos eram lidos agora do outro lado da folha.

10. O diagrama de fluxo do iter legislativo lombardo (1ª redação)

A unificação das disposições legislativas no documento reproduzido no parágrafo anterior nos provê do material com o qual podemos empreender a verdadeira e propriamente dita atividade de diagramação. Ler as normas isoladas corresponde a dividir cada uma delas em todos os passos que as constituem, isto é, corresponde individualizar todas as ações que regula explícita ou implicitamente. Assim, cada artigo da lei termina por revelar sua natureza heterogênea; corresponde ao analista colocar na seqüência lógica correta as ações singulares reguladas em partes diversas dos textos legislativos. Enquanto que no parágrafo sete deste capítulo se havia assinalado o uso de alguns símbolos para descrever os procedimentos, neste ponto é necessário definir de modo unívoco os símbolos que serão utilizados nas páginas seguintes. Estão enumerados na figura 2; ao lado de cada um se dá uma breve descrição de sua função no diagrama.

Uma vez que o espaço disponível dentro de cada símbolo resulta muito limitado, necessário se torna incluir textos bastante sintéticos. Nos diagramas das páginas seguintes, dois critérios deverão permitir integrar as breves notas contidas nos símbolos: em 1º lugar, as denominações que se apresentam com maior freqüência são abreviadas de forma sempre igual; em 2º lugar tratou-se de indicar o artigo que regula a ação unitária todas as vezes que essa referência se torna possível. Isto permite ao leitor referir-se ou às normas, unificadas no parágrafo anterior, ou ao texto original reproduzido no apêndice do original italiano. A redação sintética contida no símbolo permite, portanto, recorrer às fontes e eliminar as dúvidas derivadas da leitura do diagrama de fluxo.

Se se pretender a reprodução por escrito das discussões que acompanham a adoção de um texto legislativo em um primeiro diagrama, teríamos que escrever um manual de direito regional. De fato, à medida em que a análise dos dispositivos normativos aumenta em profundidade, aumentam também os problemas de interpretação das normas existentes, ou as dúvidas sobre seu significado efetivo. Deverá ser o próprio leitor, neste ponto, quem deve verificar, passo a passo, de que modo o artigo singular foi transformado em

uma parte do programa de fluxo. Esta transição se realiza por aprofundamentos sucessivos. Em conseqüência, depois de haver unificado as disposições legislativas se procede a redação de um 1º diagrama de fluxo, que é sempre *aproximativo* e que, devido a alguns aspectos, pode ser *errôneo*. Estes 2 adjetivos serão explicados. A *aproximação* do diagrama de fluxo se refere não a uma hipotética discordância com respeito ao texto legislativo, mas à sua adequação com respeito aos cânones de uma correta descrição de um procedimento. Em geral, um diagrama aproximado é mais preciso que o texto legislativo correspondente; contudo, o procedimento que descreve apresenta ainda passos que são desenvolvidos e divididos em uma pluralidade de ações específicas. O procedimento estará suficientemente descrito quando as ações singulares já não podem mais ser divididas. O caráter *errôneo* do diagrama se refere, por outro lado, a uma destas possibilidades de erro: ou a técnica de diagramação foi corretamente aplicada a uma norma, da qual, sem dúvida, se tenha dado uma interpretação equivocada, ou a interpretação correta foi levada ao diagrama com um erro no uso dos símbolos. Em ambos os casos, os erros podem ser descobertos e corrigidos simplesmente recorrendo novamente, várias vezes, ao procedimento descrito no diagrama (colocando assim bem claros os equívocos técnicos) e confrontando o diagrama com o texto dos artigos (descobrendo assim os erros jurídicos).

Seria, sem dúvida, ilusório esperar superar estes inconvenientes mediante uma grande etapa preliminar de meditação e de análise textual. A técnica mais frutífera mostrou ser aquela que efetua uma repetição cíclica do texto do diagrama e as comparações entre diagramas e normas até chegar a um resultado considerado correto.

O 1º diagrama de fluxo obtido em 1977 é reproduzido nas páginas seguintes (figura 3). Confrontado, por um lado, com o texto das normas, e, por outro, com o diagrama em sua redação definitiva de 1978, o mesmo prova concretamente em que consiste o caráter gradativo na preparação de diagramas de fluxo.

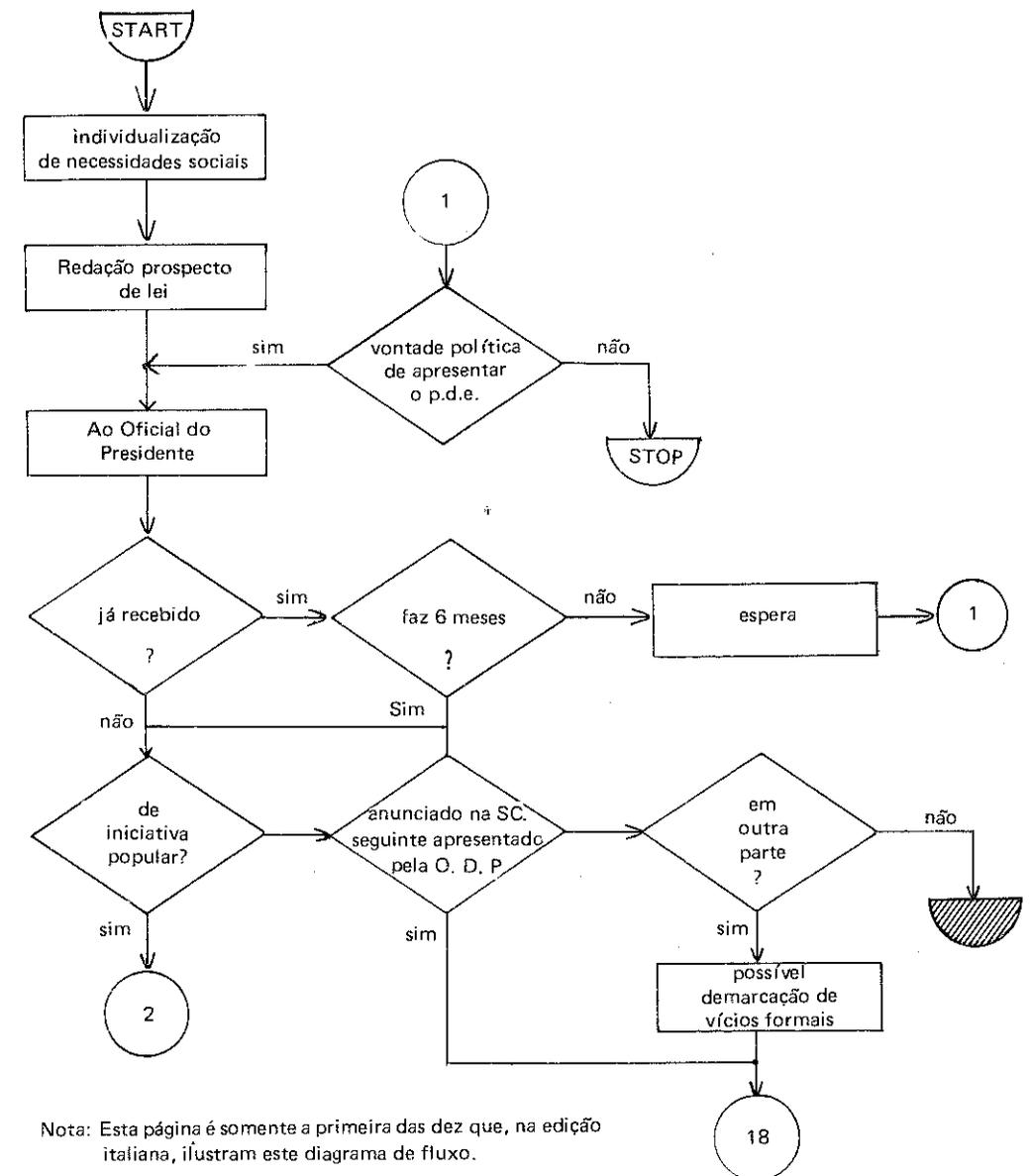
11. O diagrama de fluxo do iter legislativo lombardo (redação definitiva)

A 1ª etapa foi concluída com a redação do diagrama mostrado no parágrafo anterior. Uma verificação aprofundada efetuada com os funcionários da casa legislativa permite individualizar alguns pontos do procedimento que haviam sido descritos de forma excessivamente sumária. Ermanno Bonazzi iniciava assim uma profunda reelaboração do diagrama de fluxo. Por exemplo, no 1º diagrama, o trabalho de preparação dos projetos de lei em comissão era resultado de muito poucos símbolos, enquanto que na realidade o procedimento resultava muito mais complexo. O aperfeiçoamento da análise das leis se percebe claramente confrontando as duas partes correspondentes nas duas redações do diagrama. Esta análise mais detalhada serviu para individualizar uma série de operações que se repetiam várias vezes. Para evitar fazer o diagrama definitivo mais pesado, inutilmente introduziu-se o símbolo de costume (isto é, o hexágono da figura 2). Desenvolveu-se separadamente o procedimento singular em seus detalhes.

Na última redação do diagrama ficam ainda alguns pontos a serem desenvolvidos: por exemplo, os relacionados a projetos de lei relativos às variações das circunscrições co-

munitárias, ou melhor, os projetos de lei por iniciativa popular. Uma primeira idéia destes últimos era obtida na primeira redação do diagrama, que deverá estar em mente para uma compreensão completa do PERT ilustrado no capítulo terceiro.

Figura 3 — Primeiro programa de fluxo do iter legislativo lombardo.



Nota: Esta página é somente a primeira das dez que, na edição italiana, ilustram este diagrama de fluxo.

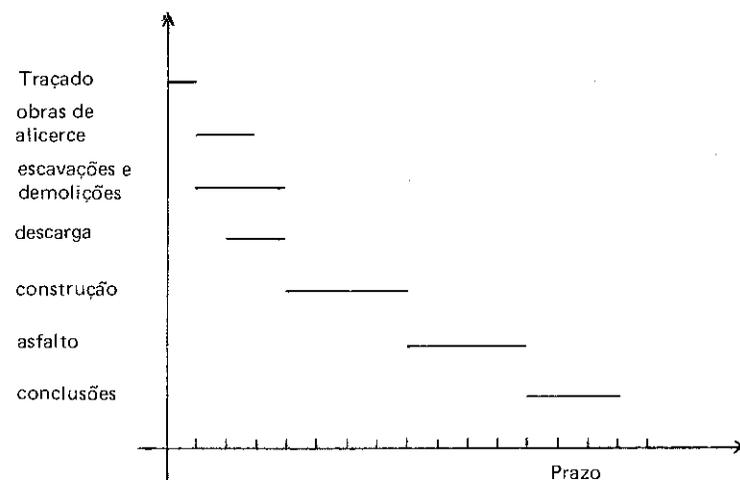
As mudanças na passagem da primeira à segunda redação se concentram na primeira parte do iter legislativo, no qual a influência da prática é mais forte, além do âmbito de discricionariedade que as normas permitem. De fato, o primeiro diagrama foi quase completamente desenhado de novo em relação a esta parte. A partir do momento da aprovação do projeto de lei pelo Conselho Regional, por outro lado, as normas se fazem mais rigorosas: suas fontes são, de fato, a Constituição e o Estatuto da região. Graças à precisão destas normas, depois da primeira redação o diagrama de fluxo é adaptável com suficiente precisão à realidade normativa.

III TEMPO E PRAZOS NO ITER LEGISLATIVO LOMBARDO

12. História do PERT

No começo de 1900, F. W. Taylor (1856-1915) efetuou a primeira investigação científica sobre organização do trabalho industrial. A economia moderna requer, de fato, instrumentos para coordenar, em boa forma, os recursos humanos e materiais, cuja trama assume uma complexidade não mais dominável com a mera intuição ou somente com a experiência administrativa. Nas primeiras décadas do século XIX nascem, assim, também os primeiros exemplos de representação gráfica dos processos industriais, como, por exemplo, os hormonogramas de Adamieki e os gráficos ou diagramas de Gantt.

O diagrama estudado por Henry Laurence Gantt é o ponto de partida de uma série de representações gráficas dos processos produtivos. Caracteriza-se por uma grande simplicidade na representação gráfica: depois de haver formulado um plano do trabalho, o espaço do gráfico é subdividido em partes, cada uma das quais representando o tempo e a quantidade de trabalho a efetuar.



Símbologia

- início de uma atividade
- fim de uma atividade
- atividade proposta
- progresso efetivo de uma atividade
- momento no qual um dado evento se verifica
- atividade não produtiva (exemplo: manutenção)

Diagrama de programação máquinas

LEGENDA	2 janeiro	3 janeiro	4 janeiro	5 janeiro	6 janeiro
fresadora					
torno					
rompedora					

Diagrama do projeto

LEGENDA	1 setembro	2 setembro	3 setembro	4 setembro	5 setembro
Subgrupo A					
Subgrupo B					
Subgrupo C					
Finalização					

Figura 4 – Diagrama de Gantt e sua simbologia

Linhas horizontais traçadas neste espaço representam a relação entre o trabalho a efetuar e aquele efetivamente realizado. (figura 4)

A evidência imediata deste gráfico, suscetível de interpretação inclusive por quem não tenha efetuado estudos de organização administrativa, tem como contrapartida o caráter estático da representação, isto é, a dificuldade de prever que mudanças no programa provocam a falta de consideração para um dos tempos previstos.

Não obstante este limite, o diagrama de Gantt teve uma notável difusão nos anos vinte, e acostumou as direções administrativas a analisar os processos de produção dividindo-os em atividades singulares com indicação do prazo. A simplicidade gráfica do diagrama permitiria, além disso, que toda a administração adotasse símbolos próprios, que responderiam às exigências específicas de um certo processo produtivo. No marco destas aplicações diferentes, dois tipos diferentes de diagramas de Gantt tomaram forma: o diagrama de desenvolvimento, apto a determinar o prazo de término de um certo trabalho cujo prazo de início foi fixado, e o diagrama de retrocesso, apto em troca para fixar o prazo de início de um trabalho do qual se conhece o prazo de término. Nestas páginas, faremos referência somente ao diagrama de desenvolvimento, que teve mais difusão.

Os limites dos diagramas de Gantt começaram a manifestar-se quando a atividade produtiva adquiriu uma complexidade inesperada no princípio do século. Por exemplo, o diagrama de Gantt exige que cada segmento singular tenha uma longitude proporcional à sua duração, para dar uma representação em escala de seqüência das diversas tarefas. Se o plano, que deve ser representado, é grande e complexo, as dimensões do diagrama crescem de forma desmesurada. Além disso, as atividades e tarefas singulares são representadas com referência somente à sua duração; quando complica o procedimento produtivo, aumenta por outro lado a importância das inter-relações entre as várias tarefas. Estas inter-relações não aparecem no diagrama de Gantt. Havia necessidade, portanto, de encontrar um sistema para reproduzir a estrutura lógica do processo produtivo, sem estar ligado a problemas de proporção gráfica entre as partes estancadas do diagrama.

Esta inovação foi executada até o fim da década de cinquenta nos Estados Unidos, onde projetos gigantescos no campo civil e militar eram efetuados. Neles, a direção tinha dificuldade para controlar os prazos de realização de um grande número de etapas de trabalho. Frequentemente, verificavam-se discrepâncias entre a planificação e a realidade.

A Companhia Du Pont de Nemours e a Marinha Militar dos Estados Unidos, um independente do outro, enfrentaram o problema criando grupos de trabalho competentes, com a missão de estudar técnicas de controle dos processos produtivos que responderam à realidade econômica dessa época. Na Du Pont de Nemours, o grupo Integrated Engineering Central Group criou em 1957 o método do "caminho crítico", geralmente denominado CPM. Como o mesmo apresenta analogias com os resultados alcançados no ano seguinte pela Marinha dos Estados Unidos, podemos nos limitar aos resultados alcançados por esta última.

Um dos campos de atividade da Marinha era o estudo, a construção, a análise pericial e a produção de mísseis e de sistemas de orientação à distância. Este setor, denominado "Fleet Ballistic Missile", era guiado pelo Escritório de Projetos Especiais, cuja competência consistia em coordenar a atividade de cerca de 1000 subcontratistas que trabalhavam no marco do projeto que conduziria à construção do míssil Polaris. Em dezembro de 1957, a direção deste Escritório, um escritório de consultoria administrativa e um representante da Lockheed (principal subcontratista do projeto) constituíram um grupo de trabalho com a denominação "Program Evaluation and Review Task"; desta forma nasceu a si-

gla PERT, que estava destinada a permanecer em uso, inclusive após a dissolução do grupo, para designar a técnica de controle da produção posta em prática pelo referido grupo em menos de um ano. O PERT (no qual, então, a palavra "TASK" havia sido substituída pela palavra "technique"), foi de fato aplicado em outubro de 1958 no campo da produção de mísseis.

Pode-se medir concretamente o êxito do método; concernente às medidas anteriores o PERT permitiu alcançar os resultados desejados com a economia de dois anos. Desde então, o mesmo foi adaptado por muitas empresas privadas, enquanto muitas administrações públicas americanas tornaram-no obrigatório para a apresentação de fornecedores que fazem uma oferta.

Este sistema toma o nome de PERT-tempo, porque se ocupa da distribuição temporal dos projetos. Em 1962 o Ministério da Defesa norte-americano e a NASA puseram em prática, também, um PERT-custos, do qual nos ocuparemos nesta investigação. Em consequência, nas próximas páginas será tratado somente o PERT, entendendo-se aí o PERT-tempo.

13. Traços da estrutura e da função do PERT

Tanto o PERT como o CPM têm a característica de serem modelos reticulares. Enquanto que para um estudo aprofundado destas técnicas fornecemos a bibliografia para este tema, neste parágrafo limitar-nos-emos a sintetizar aquela informação que permite compreender o que será exposto nas páginas seguintes.

Dado um conjunto de atividades distintas e caracterizadas por um ponto inicial e um ponto final univocamente determináveis no tempo, as características reticulares servem, antes de mais nada, para construir o modelo lógico segundo o qual várias atividades são concatenadas umas com as outras, com o objetivo de alcançar a finalidade determinada. Nesta primeira etapa de planificação ainda não se fala de prazos, uma vez que nos contentamos em submeter todas as atividades a uma análise profunda, examinando também qual seqüência permitiria alcançar os objetivos de forma excelente.

É possível também atribuir a toda atividade prevista uma certa duração, e, mais precisamente, um tempo mínimo e um tempo máximo. Isto permite calcular a duração, tanto mínima quanto máxima, do projeto.

Desta forma se determina a estrutura lógica do procedimento e sua distribuição temporal, seja das atividades singulares, seja de todo o procedimento. A análise dos prazos, por sua vez, influi sobre o desenho lógico do plano, porque se pode comprovar que algumas atividades, necessariamente presumidas por outras, têm uma duração incompatível com a estrutura lógica dada originariamente pelo modelo ou retículo (do qual nos ocuparemos no parágrafo seguinte). Este último, portanto, é revisado à luz da análise dos prazos. No final deste processo de ajuste, depois de repetidas tentativas e correções, dispõe-se de

um plano definitivo que permite alcançar os objetivos previstos dentro do término fixado. Deste plano definitivo é extraído o plano de trabalho, isto é, o elenco completo das atividades singulares que devem efetivamente ser cumpridas. Esta última planificação detalhada toma também o nome de "esquema" (schedule) das tarefas.

A atividade concreta, desenvolvida conforme o plano de trabalho, é objeto de um controle constante, realizado mediante um sistema de extração de dados. As informações sobre o estado efetivo das tarefas são contrastadas com os valores indicados no plano de trabalho. A direção pode, assim, estar em condições de descobrir um atraso tão logo acontece; mais ainda, quando se trata de coordenar entre si uma pluralidade de diversas empresas, a técnica reticular permite individualizar com precisão e oportunidade quem é responsável pelo atraso. Ao verificar-se uma discrepância relevante dos valores previstos, é possível intervir com uma série de medidas aptas a reabsorver o atraso, ou melhor, a limitar os danos. Por exemplo, o atraso de certa atividade pode ser absorvido modificando o tempo destinado a uma atividade sucessiva, que demonstre ser suficientemente elástica no curso de programação das tarefas. Se o atraso não for suscetível de absorção, pode-se limitar o dano, por exemplo, fazendo seguir por um período igual de tempo os pedidos de materiais deterioráveis, ou de difícil armazenamento, cujo emprego requer com pressuposto o cumprimento da atividade retardada.

Estas breves indicações deverão servir para esclarecer que o PERT constitui um instrumento fundamental para a planificação e o controle de processos complexos. No âmbito da análise jurídica, o interesse máximo se encontra na análise lógica dos procedimentos e em sua distribuição temporal: ver-se-á tal coisa concretamente ao se retornar nos parágrafos próximos o exemplo do iter legislativo da região lombarda.

Para completar, falta, entretanto, assinalar um aspecto do uso das técnicas reticulares que até aqui foi deixado de lado. Colocou-se o confronto entre dados planejados e dados reais. Deve, por conseguinte, haver um sistema informativo capaz de prover os dados reais desejados, de forma a ensejar à direção intervir a tempo em casos de retardamento. Em aditamento, a intervenção da direção pode requerer um reajuste dos prazos de todo o setor do retículo que segue a ação retardada; este reajuste, em geral, não consiste somente em uma dissolução em cascata do atraso, senão uma revisão de toda a distribuição de prazos do retículo residual, desde o momento que algumas atividades presumem necessariamente outras e que, em geral, o objetivo deve ser alcançado dentro do tempo máximo determinado pelo decurso das primeiras etapas de planificação do projeto.

Estas atividades complexas podem ser desenvolvidas com métodos tradicionais, os quais se caracterizam, todavia, por sua lentidão (incompatível com a rapidez em que as modificações ou intervenções da direção devem ser decididas), e sua possibilidade de erros (incompatíveis com o ajuste contínuo de retículo tão logo se verifiquem retardamentos). Por esta razão, o sistema informativo é confiado a um computador eletrônico, que memoriza também o PERT do procedimento. Programas anexos também permitem receber a informação desejada de vários setores administrativos (programas que só indiretamente interessam ao uso da técnica reticular), enquanto outros programas servem para manejar o re-

tículo e suas modificações, voltando a calculá-lo rapidamente e sem erro, em função de qualquer decisão da direção. Na terminal é possível obter o gráfico atualizado depois de cada modificação.

Indaga-se qual racionalização introduziria esta técnica na gestão da administração pública, e, sobretudo, que transparência administrativa seria sua consequência. Destes aspectos nos ocuparemos no último capítulo, enquanto que agora é necessário examinar brevemente como se prepara em concreto um retículo PERT.

14. Como construir um PERT

O retículo PERT é um modelo da realidade em que se coordenam tarefas, prazos e acontecimentos. É necessário, portanto, definir estes três termos, para logo ver de que maneira é possível representá-los graficamente.

A "atividade" é uma fase necessária, caracterizada por uma duração, por passar de uma situação a outra no marco do plano. O termo, pois, é usado em uma acepção mais ampla que a usual. Com o objetivo da construção de um retículo, a atividade não implica necessariamente *um fazer*, posto que pode estar constituída também por *um esperar*.

Do "tempo" se obtém os parâmetros que caracterizam a atividade (por exemplo, disponibilidade de instrumentos, de homens, de estruturas administrativas, etc.) e uma base mediante a qual se determina a duração de cada atividade singular.

Denomina-se "evento" o momento em que uma primeira atividade termina e aquela imediatamente sucessiva é iniciada; trata-se, portanto, de um elemento não caracterizado por uma duração (como a atividade), mas por uma data.

Os elementos assim definidos são representados graficamente de forma a serem passíveis de distinção à primeira vista. A mesma representação gráfica pode ser usada de duas maneiras: de acordo com a primeira, as atividades singulares estão relacionadas umas com as outras, de modo que todo evento seja produzido e por sua vez produza uma única atividade. Na segunda forma, várias atividades concorrem em um único evento, ou melhor, derivam dele. Falar-se-á de "cadeia" no primeiro caso, e de "retículo" no segundo. Como a representação gráfica deste último constitui um aperfeiçoamento posterior da efetuada por cadeias, examinaremos os dois casos em separado.

a) Representação gráfica de uma cadeia de eventos

Um sistema de coordenadas cartesianas permite, antes de mais nada, orientar os segmentos com os que se indicaram nas diversas atividades. Os dois extremos do segmento correspondem respectivamente à data de iniciação e à de término da atividade (figura 5). Tomando como origem da distribuição temporal a origem do sistema de eixos, o início da atividade será individualizado pelo intervalo de tempo que transcorre entre a origem e o ponto inicial do segmento. Não está excluído que, em certos procedimentos, estes dois

pontos coincidam. Uma vez conhecido o momento de início da primeira atividade, necessário se torna avaliar sua duração. No caso de um PERT aplicado a processos produtivos, a mesma se fundamenta na avaliação dos recursos materiais e humanos disponíveis e se chega a fixar uma duração plausível da atividade em questão. Em um PERT aplicado ao direito, às vezes entra o critério formal dos termos fixados pela lei; naturalmente, à falta de termos legislativos, é necessário recorrer a uma medida empírica dos tempos, ou melhor, chegar à conclusão que essa atividade não é suscetível de medida temporal (o que faz o PERT bastante incompleto, como veremos no próximo parágrafo).

Se faz coincidir a duração de uma atividade com o ponto final do segmento que a representa. Idealmente, este mesmo ponto é também o ponto de início da atividade imediatamente sucessiva, cujo ponto inicial, duração e ponto final ficam determinados do modo já visto. Pode-se, desta forma, representar graficamente também a terceira, a quarta e a enésima atividades, como se vê na figura 6.

Para maior clareza na representação, os eventos singulares são representados com círculos ou nós, unidos entre si por segmentos orientados (que representam as atividades e sua duração). No interior destes nós pode-se inscrever um número de ordem, que faz referência a uma lista adjunta de explicações, ou melhor, se pode incluir diretamente a explicação propriamente dita, quando ela for suficientemente concisa. Estas possibilidades de representação dos eventos são exemplificadas nas figuras 8 e 9. Graças a estes símbolos, o exemplo de representação gráfica da qual havíamos partido (retomado na figura 7) pode transformar-se na representação mais clara exemplificada na figura 10.

A sucessão dos eventos fica determinada pela direção dos segmentos que representam as atividades; por consequência, a orientação do segmento determina qual evento deva ser considerado anterior e qual posterior.

Toda a cadeia resultante, assim, orientada em uma direção que vai do evento inicial ao final.

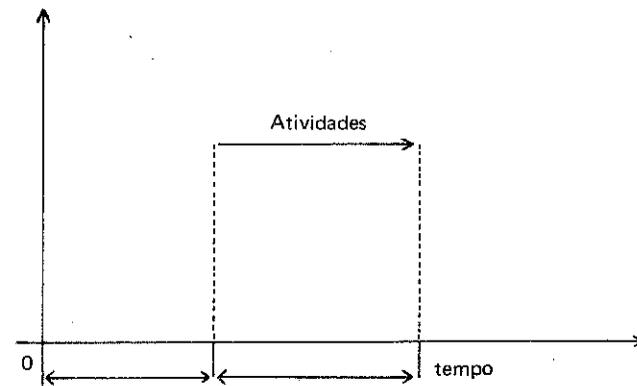


Figura 5. Representação gráfica de uma atividade.

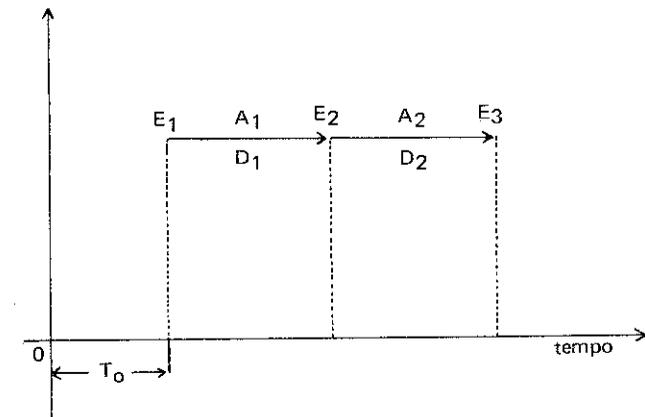


Figura 6. Representação gráfica de duas atividades consecutivas.

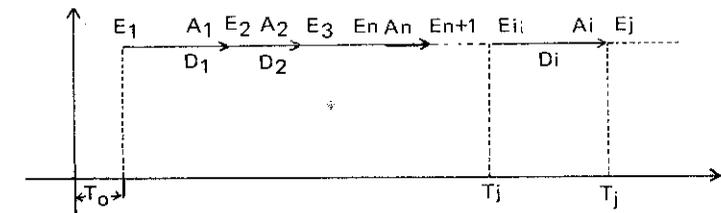


Figura 7. Representação gráfica de várias atividades consecutivas.



Figura 8. Representação gráfica de 2 eventos.

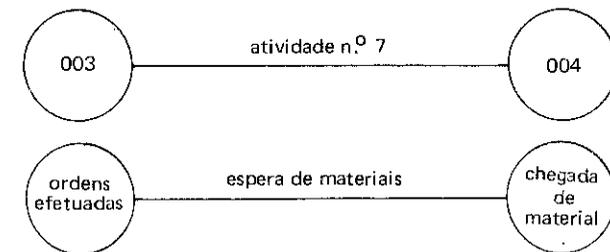


Figura 9. Representação gráfica de eventos.

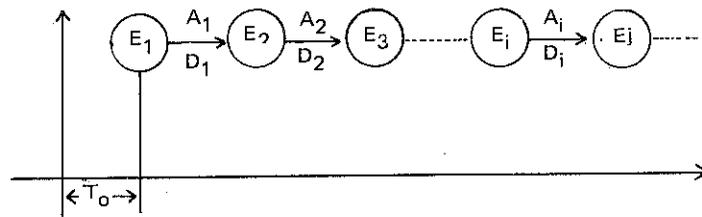


Figura 10. Exemplo de uma cadeia de eventos e de atividades.

b) Representação gráfica de um retículo

A situação representada por uma cadeia de atividades e de eventos é bastante rara; na realidade, os processos produtivos são mais complexos. Esta complexidade se expressa com o fato de que um evento pode também ser o resultado se bem que não a origem, de várias atividades (figura 11). Ao cumprir-se esta condição, a representação gráfica se complica e a cadeia se transforma em um retículo. Na mesma desaparece o sistema de eixos cartesianos que individualizam os prazos, porque a cada evento podem corresponder atividades de duração diversa. Os eventos singulares também continuam, nesta representação gráfica, a serem unidos por segmentos de reta orientados; estes últimos, contudo, representam somente a direção em que se desenvolve o procedimento, enquanto a duração das atividades singulares deverá ser indicada junto ao segmento que a representa.

Na representação reticular, o evento é o instante em que se dão por terminadas as atividades que nele convergem, e a partir do qual é possível iniciar as atividades que se separam dele. Em conseqüência, o complemento das atividades convergentes coincidirá com a duração da atividade maior; somente logo após haver sido cumprida, será possível passar ao evento sucessivo. O retículo, pois, pode ser definido como o modelo de um fenômeno real, realizado, dispondo as variadas atividades em série ou em paralelo. Nas páginas seguintes falar-se-á sempre de retículos com um único evento inicial e um único evento final; este tipo se denomina **retículo fechado**.

O exemplo ilustrado na figura 12 representa o retículo para a realização da instalação das janelas de uma construção nova. Esta atividade, chamada A₆, está condicionada por outras atividades preliminares e precisamente por:

- A₁: Pedido dos materiais;
- A₂: Fundamentos;
- A₃: Procura de mão-de-obra;
- A₄: Disponibilidade dos materiais na obra.

É coisa intuitiva que, enquanto solicito as fechaduras e espero a ordem, posso também desenvolver a atividade de contratar os operários especializados na montagem e devo, necessariamente, desenvolver a atividade de construção dos muros. Quando estas tarefas estiverem cumpridas e os tabiques tiverem chegado, poderei proceder ao início da obra se

os operários estiverem disponíveis. Concluindo, o início da obra poderá ser efetuado somente quando for cumprida a última destas operações: será, pois, o tempo de atividade maior aquela que determina a data em que deve iniciar a instalação.

O retículo que representa este procedimento, comparado com a cadeia das figuras anteriores 7 e 10, revela duas características: a) não existe correlação entre a numeração progressiva dos eventos e a numeração progressiva das atividades. Mais ainda, na cadeia o número dos eventos é sempre igual ao número das atividades, mais um, enquanto que no retículo o número das atividades não é determinável a priori, a não ser por seu limite máximo. De fato, todo evento pode ser causa ou efeito de várias atividades. O limite máximo das atividades pode ser calculado somente em abstrato, sendo igual à metade do número de possíveis disposições dos n eventos, tomados dois a dois. Em outras palavras, um retículo de 5 eventos pode incluir um máximo de 10 atividades; um retículo de 1.000 eventos, 4995000 atividades. Os retículos que representam processos produtivos reais estão notavelmente por debaixo destes valores máximos, o que permite, contudo, avaliar quão grande é a capacidade do PERT para representar situações complexas; b) já não é possível representar os eixos correspondentes a valores do tempo.

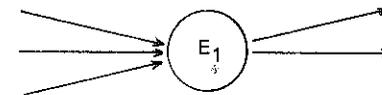


Figura 11 — Evento que encabeça várias atividades

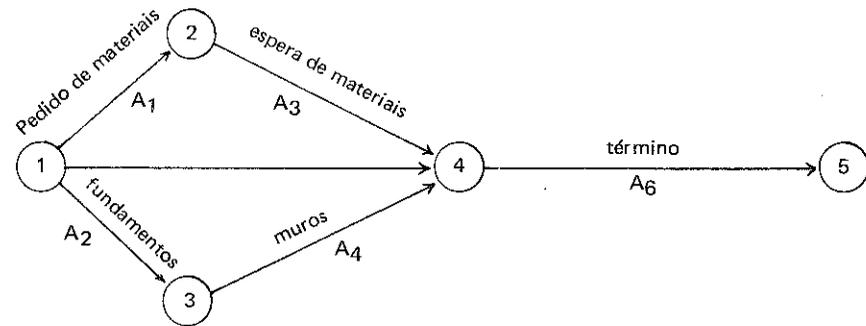


Figura 12 — Exemplo de PERT sem prazos

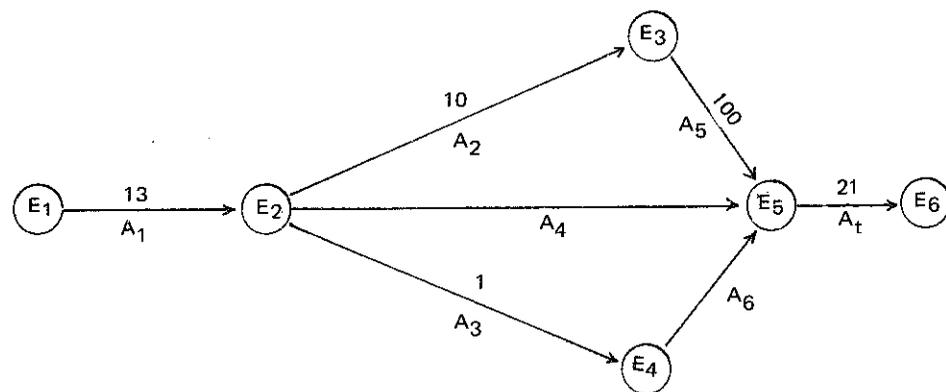


Figura 13 — Exemplo de PERT com prazos para atividades

Como se vê na figura 13, as várias atividades se articulam em paralelo com durações diversas; em uma representação bidimensional, já não é possível fazer referência unívoca a uma reta. A duração, portanto, é escrita junto à atividade correspondente, e o segmento orientado indica que a referida atividade poderá somente ser iniciada depois de ser cumprido o evento que a precede e terminará com o evento que a segue. No plano gráfico resulta, pois, preferível designar um número progressivo a cada evento (facilmente inscrito no círculo indicando em troca a atividade com a letra A, e, em forma de depoentes (testemunhas), os dois números que correspondem aos eventos com os quais ela inicia e termina). A duração, por sua parte, é diretamente expressa com um valor numérico, referido à unidade de medida que se havia tido cuidado de determinar previamente. O segmento que a atividade, a cujo lado vem escrito o valor numérico correspondente à sua duração, não tem nem forma nem longitude pré-fixadas, sendo que pode variar em função das exigências da representação gráfica. Todavia, onde for possível, a tendência é utilizar segmentos retilíneos de longitude igual.

15. A determinação da duração da atividade.

A determinação da duração é de fundamental importância para obter um PERT que fielmente reproduza a situação real. Contudo, no exemplo aplicado ao iter legislativo, do qual nos ocuparemos em seguida, esta temporalização aparece como problemática, porque não está determinada pela lei. Por esta razão a descrição das técnicas para o cálculo das durações — de fundamental importância na construção do PERT de um processo produtivo — fica aqui limitada ao mínimo indispensável.

Pelo que se afirmou no parágrafo anterior, deve dar ensejo a aceitar os dados representados no retículo da figura 14; os eventos singulares estão representados por símbolos numéricos inscritos em círculos; enquanto a duração das atividades já é estimada em valores escritos em correspondência ao segmento que representa a atividade. Se se propuser,

agora, a determinar a data mínima e a data máxima de cada evento, isto é, a data antes da qual não pode ser iniciado e a data dentro da qual deve ser cumprido, para que se respeite a previsão de prazos de todo o programa de trabalho. A data de referência é a do primeiro evento, supostamente igual a zero. O evento 2 deverá somente ser iniciado depois de cumprido o evento 1. A data mínima do evento 2 será, portanto, dada pela data do evento 1, acrescentada pela duração da atividade que vai do evento 1 ao evento 2. O retículo indica que este valor é 13 unidades (por exemplo, de dias). Em consequência, o valor 13 é posto junto ao evento 2 e subtraído uma só vez; deste modo, na figura 15, as datas mínimas de cada evento são individualizadas. O mesmo procedimento permite individualizar a data mínima dos eventos 3 e 4, enquanto a situação se complica para o evento 5, porque no mesmo convergem várias atividades. Neste caso, procede-se o cálculo da data mínima correspondente ao evento 5 para cada atividade. Como se recordou no parágrafo anterior, com o exemplo da colocação das fechaduras de janelas, a atividade final somente pode ser cumprida quando se completar a última das atividades que a condicionam. Isto significa que, entre as diversas datas mínimas indicadas para as atividades que concorrem no evento 5, deve escolher-se aquela com maior duração, a que, no caso em exame, é 1/23. Usando este procedimento é possível calcular todas as datas mínimas do retículo, indicando-o ao lado do evento correspondente, como se indica na figura 15.

Enquanto que a data mínima de um evento representa o momento antes do qual não é possível empreender a (5) atividades que dele derivam, ou dele derivaram, a data máxima constitui, em troca, o termo dentro do qual a atividade deva ser iniciada, se não se deseja atrasar todo o projeto. Enquanto o cálculo das datas mínimas se efetuava em função das atividades que precediam o evento, o cálculo da data máxima está em função das atividades que o seguem. No cálculo da data máxima se recorre, para tanto, todo o retículo partindo desta vez, porém, do evento final. O fato de que o procedimento deva cumprir-se dentro de um certo termo se expressa fazendo coincidir a data mínima do evento final com sua data máxima; esta coincidência serve para indicar que o evento final não pode verificar-se antes deste dia (data mínima) e que tampouco pode verificar-se depois dela (data máxima). Fixada, assim, a data máxima do último evento, seu valor numérico se grava com um duplo sublinhado, assim se representam as datas máximas.

A data máxima do penúltimo evento se obtém subtraindo da data do último evento a duração da atividade que liga o penúltimo com o último evento. Se do nó do retículo¹ partem várias atividades, procede-se como no caso da determinação da data mínima — calcular-se-á a data máxima própria de cada atividade, mas, entre todas, se escolherá desta vez o valor menor. Procede-se assim retrocedendo no retículo, subtraindo cada vez a duração da atividade à data máxima de seu evento terminal, até alcançar o evento inicial de todo o retículo. Neste ponto, a figura 15 fica completa com uma data máxima e uma data mínima para cada evento.

Reexaminando o retículo assim completado, adverte-se que as duas datas, que certas datas, às vezes coincidem, enquanto que outras vezes têm valores diversos. Por exemplo, o evento 4 pode verificar-se entre o dia 14 e o 19; em outros termos, neste lapso de tempo devem se cumprir as atividades que concluem o nó 4 enquanto no mesmo lapso de

N.T.¹ em italiano nodo del reticolo

tempo podem se iniciar as atividades que dele partem. A diferença entre data máxima e data mínima toma o nome de *deslizamento*. Concernente aos outros eventos do retículo, por outro lado, a data máxima coincide com a data mínima do evento, de forma que o valor do deslizamento é zero. Na prática ele significa que os eventos em questão não dispõem de lapso de tempo nenhum dentro do qual possa ser livremente colocado; se acontecerem fora da data prefixada, o evento final é correspondentemente atrasado. A estes eventos se dá o nome de "*eventos críticos*", enquanto que as atividades que os conectam tomam o nome de "*atividades críticas*". Se o evento final está fixado rigidamente, como no nosso caso, existirá pelo menos um caminho que, ligando o evento inicial com o final, seguirá um registro formado exclusivamente por atividades críticas; é o que se denomina "*recorrido o caminho crítico*", que na figura 15 é representado com um segmento em linha grossa. O caminho crítico é também o maior e determina a duração total de todo o procedimento. Se se desejar, pois, reduzir a duração de um procedimento, é sobre as atividades críticas que é necessário intervir. Para repeti-lo uma vez mais, os processos produtivos são mais fáceis de modelar que os regulados por normas jurídicas. Individualizado um caminho crítico, a direção pode tomar as medidas organizativas aptas para reduzi-lo mediante uma série de ordens informais de serviço; na estrutura administrativa, por outro lado, se o caminho crítico corresponde à atuação de disposições legislativas, não é possível intervenção alguma, salvo uma improvável modificação da legislação.

Por isso é possível terminar aqui o tratamento do problema dos prazos no PERT, problema que para sua aplicação correta mister seria falar pelo menos também do deslizamento livre das atividades, do deslizamento total, do deslizamento desvinculado, etc. Na fase atual da análise do iter legislativo, estas noções não são utilizáveis; quem, contudo, pretenda conhecê-las, encontrará as explicações nos manuais indicados na bibliografia.

Terminada assim a exposição sumária de algumas noções gerais sobre o PERT, pode-se retomar ao problema do iter legislativo, objeto da diagramação de fluxo exposta no capítulo anterior, e examinar em que medida, e se é possível, aplicar-lhe o PERT.

16. O iter legislativo do diagrama de fluxo do PERT

Tem se verificado que o PERT pressupõe uma análise precisa do procedimento que se pretende programar. No caso do iter legislativo da região lombarda, esta análise já foi realizada e formalizada com a redação do diagrama de fluxo. Este último constitui, portanto, o principal instrumento de documentação para o preparo de um PERT. Enquanto que o diagrama provê em forma já completa a estrutura processual, o PERT exige, além disso, uma análise precisa dos tempos para cumprir os passos lógicos singulares. O freqüente silêncio da lei sobre os prazos, dentro dos quais não de ser cumpridas atividades singulares, pode em parte ser superado com a análise sociológica do comportamento das instituições particulares. Um exemplo concreto demonstrará como foi possível obter o valor temporal mais provável de uma das 39 atividades de que o retículo ilustrado na figura 17 é composto.

a) Exemplo de estimação empírica de prazos

Na preparação do PERT é necessário conhecer com uma certa precisão a freqüência com que se efetuam as sessões do Conselho Regional Lombardo. Isso equivale a estabelecer qual possa ser o valor temporal mais acertado a ser levado em conta para atribuí-lo ao período que transcorre entre duas sessões consecutivas do Conselho Regional. Como o PERT é um modelo de eventos reais, é necessário efetuar uma análise estatística dos valores temporais relativos a uma série possivelmente extensa de sessões do Conselho. Resolveu-se, por fim, tomar como amostra todo o ano de 1974 e verificar em que datas do calendário se efetuaram as reuniões do Conselho. O resultado é a lista de datas das sessões do Conselho Regional Lombardo desde a sessão 125 até a sessão 164, como resulta da documentação relativa à primeira legislatura reunida no ano de 1974.

Estes dados foram depois somados para obter os *intervalos* e as *freqüências*. Por "*intervalo*" se entende o tempo, medido em dias, que transcorre entre uma sessão e a sucessiva. A "*freqüência*" é, por outro lado, o número de sessões que apresenta o mesmo intervalo; de modo puramente intuitivo já é possível estabelecer que, quando a freqüência for mais alta, se está na presença do dado mais significativo para a presente investigação. Em outras palavras, dado que 15 vezes a sessão do Conselho Regional foi efetuado 7 dias depois da anterior, pode-se sustentar que este período seja o mais típico e freqüente para as sessões. A relação entre a freqüência e o número total de sessões, igual a 100, permite expressar sinteticamente a correlação entre intervalos e freqüências. Estes dados são reproduzidos na figura 16.

Os dados numéricos assim obtidos podem ser representados graficamente com um sistema de coordenadas cartesianas; se fazia assim mais evidente ainda quais são os valores sociologicamente mais relevantes e, por fim, utilizáveis para a preparação de nosso PERT.

À primeira vista ressaltaram com clareza três freqüências unificáveis; o intervalo de um só dia se relaciona com as sessões nas quais uma ordem do dia urgente não se esgotou com uma única jornada de trabalho. A freqüência de 7 dias (que apresenta o maior número de aparições) individualiza a cadência hebdomadária típica das sessões conciliares, enquanto a freqüência de 14 dias junta todos os casos nos quais, por qualquer motivo, se havia omitido uma das sessões semanais. Esta cadência semanal está confirmada indiretamente também pela freqüência de 9 e 13 dias, que revelam uma remoção mínima da sessão semanal, devido a uma festividade ou a outras exigências organizadoras.

Desta análise se extrai, portanto, que o valor temporal mais digno de atenção para atribuir ao período transcorrido entre duas sessões conciliares é de 7 dias. Esse é, pois, o valor tomado em nosso PERT.

Figura 15 — Recompilação de dados sobre as sessões do conselho

Intervalo dias	Freqüência	Relação de Freqüência
1	8	0.22
4	2	0.06
7	15	0.34
9	2	0.06
11	1	0.02
13	2	0.06
14	8	0.22
57	1	0.02
	39	1.00

Também as outras distribuições de tempo necessárias para a preparação do PERT podem ser obtidas com procedimentos análogos dos quais seria supérfluo dar aqui uma documentação detalhada como as anteriores.

b) Preparação do retículo

Após havermos estabelecido a estrutura lógica dos procedimentos mediante o diagrama de fluxo, e após havermos fixado os tempos mediante as investigações sociológicas indicadas nas páginas anteriores, pode-se passar à realização do retículo. É, contudo, necessário previamente fixar **quatro pressupostos**, indispensáveis pelas particularidades do material jurídico tratado.

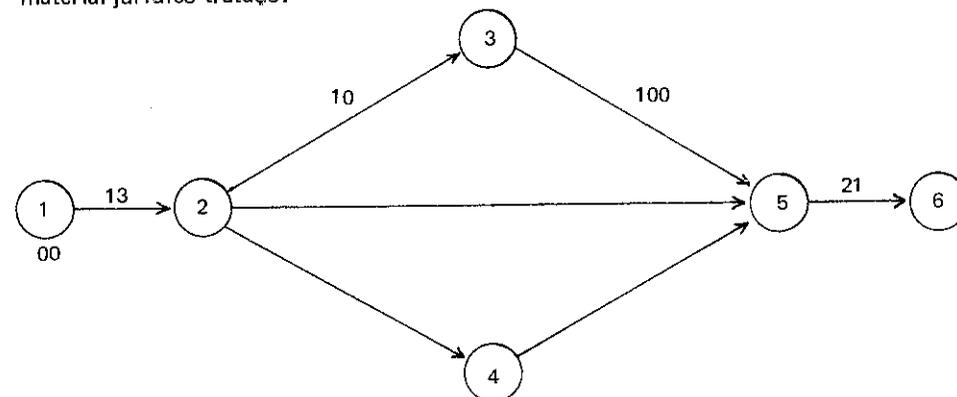


Figura 14 — Exemplo de PERT com prazos nas atividades

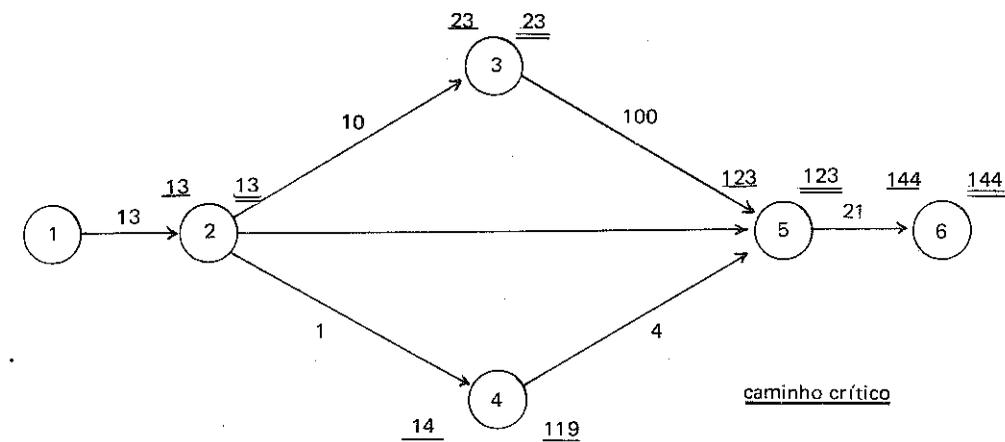


Figura 15 — Exemplo de PERT com prazos nas atividades e eventos, e com indicação do caminho crítico.

O **primeiro pressuposto** é o seguinte: na redação do PERT se estabelece que o projeto de lei seja de iniciativa popular. Esta sua característica exclui que o mesmo possa ser submetido ao exame da Comissão de Programação e Pressuposto, ou ao exame das comissões competentes, para gastos maiores ou entradas menores, derivadas da aprovação do próprio projeto de lei. Por outra parte, esta primeira delimitação da aplicação do PERT faz indispensável analisar aquela parte do iter legislativo que se refere ao controle de admissibilidade.

O **segundo pressuposto** é o seguinte: se estabelece que o projeto de lei só possa ser devolvido para um novo exame uma só vez. Esta opção evita inúteis complicações em um retículo cujo valor, nesta etapa da investigação, deve ser sobretudo metodológico.

O **terceiro pressuposto** é o seguinte: para simplificar a interdependência de algumas atividades, se estabelece que o Comissário do Governo retenha, quando seja necessário promover a comparação de projeto de lei, a única ação de legitimidade, ante a Corte Constitucional, e não a ação de mérito ante as Câmaras (Constituição 127).

O **quarto pressuposto** é o seguinte: estabelece-se que o projeto de lei, ainda que suscetível de recorrer todos os meandros do iter, não deve jamais ser rechaçado, por possuir a priori todos os requisitos para converter-se em lei regional, ou o modificamos oportunamente em tal sentido durante as várias etapas do próprio iter.

Os quatro pressupostos assim determinados **não** servem para criar um procedimento fictício e especialmente simplificado, com o fim de redigir um PERT domesticado; eles descrevem também uma situação que, na realidade, se verifica com muita freqüência. Justamente porque o PERT tem por objeto fenômenos concretos, parece oportuno oferecer

aqui um exemplo que responda à média dos iter legislativos, sem cair em uma excessiva simplificação (que tiraria fortemente o valor como exemplo) ou em uma excessiva complicação (que criaria obstáculos para uma compreensão plena das propostas metodológicas próprias desta investigação).

O diagrama de fluxo, tem-se afirmado, permite individualizar com clareza e precisão os eventos e as atividades que devem concorrer no PERT; seguindo as ramificações do diagrama que aceitam os quatro pressupostos do iter hipotético do caso em exame, redigir-se-á uma **Descrição dos eventos** e uma **Descrição das atividades**. Como já se afirmou na descrição geral do PERT, os eventos singulares serão individualizados por um número progressivo, que será reproduzido no interior do círculo ou nó correspondente. As atividades, por outro lado, serão enumeradas com número duplo de ordem, o que representa o evento inicial e final que delimitam toda a atividade.

A volta a esta enumeração em linguagem ordinária pode parecer uma duplicação inútil frente ao trabalho de formalização já realizado no diagrama de fluxo: aparentemente, nos fatos, se retorna a uma etapa pré-programatória. Todavia, é preciso ter em mente que o diagrama de fluxo, eventos e atividades (tais como as definimos para o PERT) são expostos acumulativamente, enquanto que no PERT é necessário distingui-los nitidamente com o objetivo de poder atribuir-lhes tempos. Além disso, não se afirmou que apareça uma correspondência unívoca entre os símbolos do diagrama de fluxo e os símbolos do PERT; nem sempre toda a estrutura lógica coincide com a estrutura planificadora. Ao fazer a conta dos recursos humanos e materiais realmente disponíveis, é necessário prever eventos e atividades que não provenham do diagrama de fluxo. Este último, portanto, é um guia seguro e confiável, do qual, contudo, é lícito desviar-se por razões suficientes.

Nas páginas seguintes os eventos e as atividades serão extraídas do primeiro diagrama de fluxo do iter legislativo lombardo. A razão desta escolha está ligada ao diferente grau de aprofundamento dos dois diagramas do iter legislativo apresentados neste volume: no primeiro, que é mais aproximado, aparecem menos lacunas que no segundo, mais aprofundado. Por consequência, o passo do diagrama de fluxo ao PERT é relativamente mais acessível com o primeiro diagrama. Do mesmo tiramos também as indicações que serviram para regular a **Descrição dos eventos** e a **Descrição das atividades**, reproduzidas nas páginas seguintes.

DESCRIÇÃO DOS EVENTOS

Evento Nº

- 1) Individualizam-se as necessidades sociais que devem ser reguladas.
- 2) Redige-se um texto de artigo.
- 3) Apresenta-se o projeto de lei no gabinete do Presidente.
- 4) O Gabinete do Presidente controla a admissibilidade do projeto de lei.
- 5) O Gabinete do Presidente vota por unanimidade que o projeto de lei é admissível.
- 6) O Gabinete do Presidente vota por unanimidade que o projeto de lei é inadmissível.

- 7) O Gabinete do Presidente não votou por unanimidade que o projeto de lei seja admissível.
- 8) O projeto de lei chega ao Conselho Regional para o exame de admissão.
- 9) O Conselho Regional vota que o projeto de lei é admissível.
- 10) O projeto de lei, votado como admissível pelo Conselho Regional, é devolvido ao Gabinete do Presidente.
- 11) A Comissão competente recebe o projeto de lei do Gabinete do Presidente.
- 12) A Comissão competente examina e autoriza o projeto de lei.
- 13) O projeto de lei é considerado no Conselho Regional.
- 14) O Conselho Regional examina e vota o projeto de lei.
- 15) O projeto de lei devolvido pelo Conselho Regional chega à Comissão.
- 16) A Comissão examina e aprova o projeto de lei devolvido ao Conselho Regional.
- 17) O projeto de lei autorizado pela Comissão é devolvido ao Conselho Regional.
- 18) O projeto de lei é reexaminado e votado pelo Conselho Regional.
- 19) O projeto de lei aprovado converte-se em Lei Regional aprovada.
- 20) O Procurador do Governo recebe a lei regional aprovada.
- 21) A lei regional aprovada é recebida pelo Conselho Regional em virtude da oposição do Governo.
- 22) A lei regional aprovada é devolvida à Comissão do Conselho Regional, onde é examinada e autorizada.
- 23) O Conselho Regional reexamina a lei regional aprovada.
- 24) O Conselho Regional volta a aprovar, com modificações, a lei regional aprovada.
- 25) O Procurador do Governo recebe a lei regional aprovada com modificações.
- 26) O Procurador do Governo põe seu visto de aprovação na lei regional aprovada e retornada a aprovar com modificações.
- 27) O Conselho Regional aprova com o mesmo texto a lei regional aprovada.
- 28) O Conselho Regional recebe a lei regional aprovada com idêntico texto.
- 29) O Governo promove ação de legitimação.
- 30) Examina-se e aprova-se a lei regional aprovada pela Corte Constitucional.
- 31) O Procurador do Governo coloca seu visto de aprovação na lei regional aprovada.
- 32) A lei regional é promulgada.
- 33) A lei regional é publicada.
- 34) A lei regional entra em vigor.

DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES

Atividades

- 1-2) Redação de um texto com artigos.
- 2-3) Execução das formalidades para a apresentação do projeto de lei ao Gabinete do Presidente.
- 3-4) Exame de admissão do projeto de lei pelo Gabinete do Presidente.
- 4-5) O Gabinete do Presidente notifica, por unanimidade, que o projeto de lei é inadmissível.

- 4-6) O Gabinete do Presidente notifica, mas não por unanimidade, que o projeto de lei é inadmissível.
- 4-7) O Gabinete do Presidente notifica, sem unanimidade, que o projeto de lei é admissível.
- 5-11) O projeto de lei é enviado à Comissão competente do Gabinete do Presidente.
- 6-8) O projeto de lei é enviado ao Conselho Regional para seu exame de admissibilidade.
- 7-8) O projeto de lei é enviado ao Conselho Regional para o exame de admissibilidade.
- 8-9) Exame do projeto de lei pelo Conselho Regional.
- 9-10) O projeto de lei passa do Conselho Regional ao Gabinete do Presidente.
- 10-11) O projeto de lei é enviado à Comissão competente do Gabinete do Presidente.
- 11-12) A Comissão competente examina o projeto de lei.
- 12-13) O projeto de lei passa à Comissão competente do Conselho Regional.
- 13-14) Exame do projeto de lei pelo Conselho Regional.
- 14-15) O projeto de lei passa do Conselho Regional à Comissão.
- 14-19) Votação do projeto de lei e sua aprovação pelo Conselho Regional.
- 15-16) O projeto de lei, devolvido ao Conselho Regional, é examinado pela Comissão.
- 16-17) O projeto de lei aprovado passa à Comissão do Conselho Regional.
- 17-18) O projeto de lei é reexaminado pelo Conselho Regional.
- 18-19) Nova votação do projeto de lei e sua aprovação pelo Conselho Regional.
- 19-20) A lei regional aprovada passa do Conselho Regional ao Procurador do Governo.
- 20-31) O Comissário do Governo começa o exame da lei regional aprovada.
- 20-21) A lei regional aprovada passa do Procurador do Governo ao Conselho Regional.
- 21-22) A lei regional aprovada passa do Conselho Regional à Comissão.
- 22-23) A lei regional aprovada passa da Comissão ao Conselho Regional.
- 23-24) O Conselho Regional notifica a nova aprovação com modificações da lei regional aprovada.
- 24-25) A lei regional aprovada passa do Conselho Regional ao Procurador do Governo.
- 25-26) O Procurador do Governo examina a lei regional aprovada.
- 26-32) Atividade conexa à promulgação da lei regional.
- 23-27) O Conselho regional notifica a nova aprovação, com o mesmo texto da lei regional aprovada.
- 27-28) A lei regional aprovada passa do Conselho Regional ao Procurador do Governo.
- 28-32) Atividade conexa à promulgação da lei regional.
- 28-29) Exame do Governo sobre a legitimidade da lei regional aprovada.
- 29-30) A Corte constitucional confirma a legitimidade da lei regional aprovada.
- 30-32) Atividade conexa com a promulgação da lei regional.
- 31-32) Atividade conexa com a publicação da lei regional.
- 33-34) Atividade conexa com a entrada em vigência da lei regional.

Depois da redação e a verificação precisa desta lista de eventos e de atividades, estará de posse dos elementos para iniciar a etapa quantitativa própria do PERT. As dificuldades desta operação serão expostas no próximo parágrafo, com o qual se encerra o capítulo dedicado ao PERT.

17. O PERT do iter legislativo

Para preparar o retículo derivado das observações até aqui efetuadas, uma grave dificuldade está constituída pela falta de definição dos tempos relativos a certos eventos ou atividades. Basta, certamente, que não seja possível determinar a duração de uma atividade ou a data de um evento para que este dado, inserido no retículo, não paralise o cálculo. Pode-se dizer que uma atividade resulta de valor não finito quando existe a possibilidade de que a mesma nunca se cumpra.

No caso específico de um iter regulado por normas jurídicas, duas possibilidades diversas de indeterminação dos prazos podem se apresentar: por um lado, a falta de fixação de um término por parte da norma jurídica não impediu de ser formada uma prática burocrática que permita o desenvolvimento normal do procedimento; por outro lado, não encontramos, frente à definição legislativa que falta, nenhuma prática burocrática precisa que garanta **sempre** o desenvolvimento do procedimento até seu evento final. Enquanto o primeiro caso se pode salvar mediante a investigação sociológica exposta no parágrafo anterior, no segundo caso o retículo perdeu todo o sentido planificatório. De fato, não basta que a prática garanta que em **certos casos** o procedimento possa ser levado a cabo: existem casos em que não se chega ao evento final e esta duração máxima, com tendência ao infinito, faça anular todo o PERT.

Pense-se em um caso concreto do caminho legislativo: a lei proíbe cumprir determinada atividade, mas não especifica dentro de que prazo peremptório a pessoa física ou jurídica às vezes não cumpre esta atividade (provocando neste último caso o denominado impedimento da lei). Seria um erro limitar-se aqui a uma investigação estatística análoga à realizada no parágrafo anterior com relação à frequência das sessões do Conselho Regional; neste caso, de fato, a atividade objeto de investigação (as sessões) sempre se efetuava, enquanto que nesse caso a atividade pode ou não realizar-se. Em face dessa indeterminação, corresponde a ter presente que o término de uma legislatura deixa sem efeito, e envia para arquivar, os projetos de lei não aprovados. Em consequência, não é possível planejar o desenvolvimento de um procedimento cujo ponto final resulta indeterminado no tempo.

Concretamente, a maior parte dos projetos de lei chega à sua conclusão; portanto, é possível individualizar valores médios e comportamentos habituais que permitem terminar com o iter legislativo. Contudo, é certo ter deixado claro preliminarmente quais são as atividades determinadas com base em levantamentos estatísticos corretos (como no primeiro caso), e quais, em troca, são fruto de uma valorização subjetiva sobre a probabilidade em que se verifica um comportamento que, em concreto, poderia não dar-se (como no segundo caso).

Uma das vantagens do PERT aplicado ao iter legislativo consiste justamente em pôr a descoberto os pontos temporais indeterminados, e, também, a natureza dessa indeterminação. Se bem que a análise sociológica permite desde logo superar o problema, parece

oportuno redigir o PERT do iter legislativo da região lombarda recorrendo a um critério formal: quando o diagrama de fluxo assinala como prescrita determinada atividade, ainda que não esteja sancionada juridicamente, aceitar-se-á que a atividade tenha um valor temporal não finito. De fato, ainda que cumprida, a mesma não provoca nenhuma correção jurídica no sistema, o qual, em consequência, admite a inércia, vale dizer — no plano da organização — a paralisação por tempo indeterminado do procedimento. Na redação de nosso PERT esta situação será colocada em evidência muito particularmente, como se verá no fim deste parágrafo.

Desta maneira, o PERT aplicado ao iter legislativo individualiza os pontos nos quais o procedimento jurídico é colocado ao arbítrio na burocracia ou dos corpos representativos. Esclarece-se, desta forma, a interrelação entre direito e política, e se pode escolher o instrumento mais adequado para intervir. Esta intervenção pode ser dirigida a culminar o evento final ou então a não cumpri-lo: no caso do iter legislativo, as duas soluções são admissíveis, enquanto que estaria fora de cogitação planificar um processo produtivo no qual uma parte dos recursos humanos e materiais fosse utilizada para não alcançar o objetivo. Por isso, tanto no diagrama de fluxo, assim como no PERT do iter legislativo, nos encontramos frente a obrigações não sancionadas juridicamente: é aqui que a política se insere no procedimento jurídico, introduzindo um elemento de discricionariedade que permite orientar o procedimento jurídico tanto em uma direção como em outra. Por exemplo, não se prevê sanção alguma para o caso em que o gabinete do presidente do Conselho se absteinha de decidir sobre a admissibilidade de um projeto de lei de iniciativa popular; no caso em que o presidente do Conselho Regional não transmita uma lei regional aprovada pelo Commissariado do Governo; no caso em que a Corte Constitucional ou as Câmaras não examinem uma lei regional contra a qual o governo havia promovido uma ação de legitimidade ou de mérito, etc.

A planificação da atividade legislativa da região lombarda resulta desta maneira impossível com o PERT, porque, já depois do evento nº 3, encontramos-nos na presença de uma atividade com valor temporal não finito. De fato, existe um prazo dentro do qual o gabinete do presidente do Conselho Regional deve examinar a admissibilidade de um projeto de lei de iniciativa popular. Por causa desta dificuldade de determinação do tempo, a construção do PERT é apresentada em três aspectos gráficos distintos.

A figura 17 ilustra o retículo como deveria ser se o PERT fosse normal. Em outras palavras, essa figura mostra a concatenação lógica sem duração de tempo, dos 39 eventos individualizados no parágrafo anterior. O cômputo da duração das atividades se efetua de diversas formas: a atividade $A_{1,2}$ (esta é a redação de um projeto de lei) pode avaliar-se em 30 jornadas; a atividade $A_{2,3}$ (isto é, as formalidades para apresentar esse projeto ao gabinete do presidente do Conselho Regional) pode avaliar-se em sete dias, que é aproximadamente o tempo que transcorre entre duas sessões sucessivas do Conselho, como se verificou no parágrafo anterior; a atividade $A_{3,4}$ (isto é, o exame de admissibilidade do projeto de lei) não é possível estabelecer-lhe um prazo finito e, em consequência, a partir desta atividade, nosso PERT se faz impraticável. Por isso, figura 18, todo o retículo foi construí-

do com segmentos negros para as partes com duração de prazo¹, enquanto que as não passíveis de prazo² são indicadas com linhas riscadas.

A redação mais realista do retículo (que, sem dúvida, não é tal) é a da figura 19, que mostra um PERT com "ilhas". No mesmo, os grupos de atividades com valores temporais finitos se encontram reunidos em blocos compactos, separados entre si por zonas de falta de tempificação. Frente a este arquipélago de eventos e de atividades, no qual a navegação fica confiada à benignidade dos ventos políticos e à consistência dos sargaços burocráticos, são possíveis diversas regras:

- * Usa-se o PERT com ilhas como um mapa para identificar os pontos do iter legislativo nos quais é possível que sejam verificados atrasos ou impedimentos dos projetos de leis; entretanto, utilizam-se os instrumentos políticos tradicionais para intervir na direção desejada.
- * Os blocos de atividades e eventos corretamente tempificados são utilizados para introduzir uma planificação, seja setorial pelo menos, a parte mais estruturada do procedimento, o que permite fazer ressaltar com maior nitidez os atrasos provocados por outros setores;

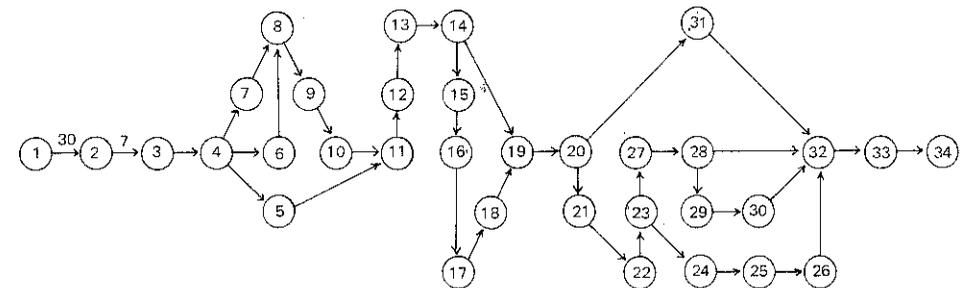


Figura 17. PERT do iter legislativo lombardo (sem prazos)

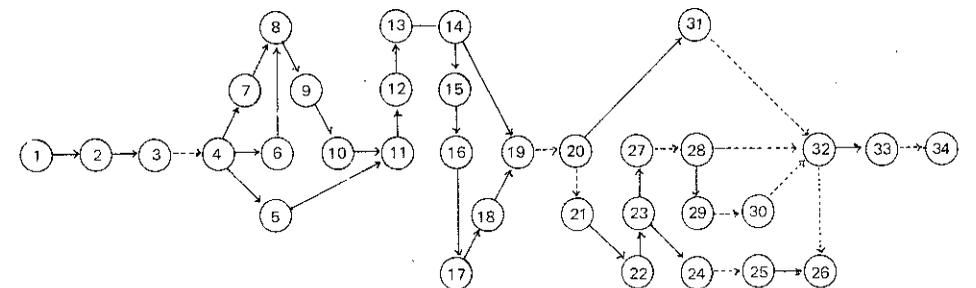


Figura 18. PERT do iter legislativo lombardo com indicação das atividades sem prazo

N.T.¹ em italiano: parti tempificabili
N.T.² em italiano: non tempificabili

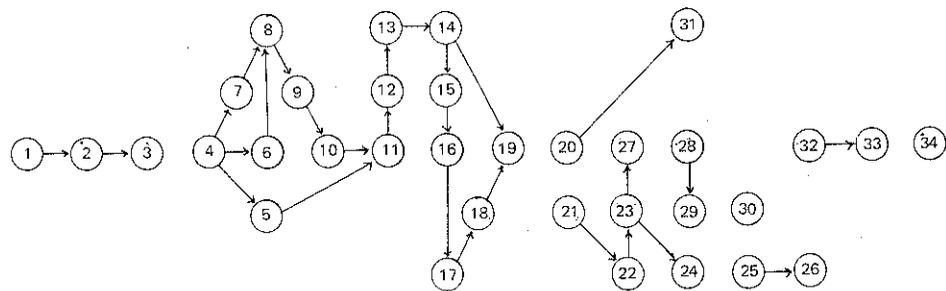


Figura 19. PERT do iter legislativo lombardo com "ilhas" com prazo ou passíveis de prazos.

* se utiliza a inadequação organizada posta a lume pelo PERT em pontos bem precisos do retículo para propor uma intervenção racionalizadora do legislador. Por exemplo, regulando explicitamente A_{3,4}, A_{19,20} e A_{28,29} se chegaria a racionalizar quase por inteiro todo o retículo.

Os problemas do uso do PERT não são, portanto, unicamente técnicos, nem seu uso deve limitar-se — no âmbito jurídico — somente à programação das atividades. É possível utilizá-lo para uma infinidade de objetivos, mas ao mesmo tempo seu uso pode provocar resistências e problemas presentemente ausentes das estruturas jurídicas. É necessário distinguir o uso do PERT nos procedimentos regidos pelo direito, pois dependem sobretudo de considerações econômicas e organizativas (por exemplo, a referida concessão de obras públicas), do uso do PERT no iter legislativo. No primeiro caso, o recurso PERT pode ser feito sobretudo para planificar de modo racional a consecução dos objetivos desejados pelo procedimento: nesta atividade prevalece, pois, o elemento organizativo sobre o político. No segundo caso, o elemento político prevalece sobre os outros. Por ora, o capítulo final limitar-se-á a avaliar as vantagens e os problemas delineados pela técnica de diagramação de fluxo e pelo PERT no âmbito da atividade legislativa, que foi especificamente analisada com este escopo. Estudos futuros especializados poderão ser dedicados a procedimentos jurídicos com um caráter organizativo-econômico mais destacado.

IV — Relação entre a análise estrutural e o projeto "LEGOL"

18. Uma análise semântica do texto legislativo

As normas vigentes podem ser analisadas mediante técnicas já aprovadas como, por exemplo, os diagramas de fluxo e a programação reticular — ou melhor, recorrendo a novos enfoques, um dos quais é o projeto LEGOL, desenvolvido por um grupo de investigadores da London School of Economics, dirigido por Ronald Stamper. Como no primeiro capítulo deste trabalho assinalou-se a existência de análises complementares do estrutural, examinado a fundo em todo o volume, corresponde agora afirmar que o LEGOL é somen-

te um dos caminhos que vão se abrindo. Constitui um passo adiante da pura representação gráfica e racional dos eventos, quando propõe uma análise semântica da linguagem jurídica, sobre a qual embasar a construção de uma linguagem de programação de alto nível. Não se trata, contudo, de uma investigação na esfera da inteligência artificial.

A análise estrutural do procedimento e a análise semântica das normas apresentam algumas áreas comuns de investigação, até agora, na realidade, mais intuídas que definidas. Inclusive, não obstante a determinação das áreas comuns não esteja concluída, um período de colaboração com a equipe de trabalho no projeto LEGOL (Ronald Stamper e, com ele, Sandra Cook, Peter Mason e Clara Tagg) permitiu-me definir com maior precisão os pontos de contato e de separação das duas atividades.

Este esclarecimento, em nossa opinião, é importante para delimitar, por um lado, os setores específicos aptos para evitar as frustrações específicas derivadas de esperanças sem fundamento.

Nestas páginas é impossível explicar como funciona o LEGOL para analisar enuncia-dos jurídicos. Constitui, hoje, contudo, tema de numerosas publicações (não somente em inglês), que podem ser solicitadas diretamente ao LEGOL project, na London School of Economics (veja-se a bibliografia final deste volume). Os temas próprios da análise estrutural dos procedimentos jurídicos estão exemplificados nas páginas anteriores, e o leitor que tenha seguido a exposição não terá dificuldade em guardar as conexões sugeridas nos parágrafos seguintes. Neles verá, sobretudo, que se indica uma lista de pontos de contato entre os tipos de investigação; ademais, dado que efetivamente há necessidade de uma melhor compreensão entre juristas e técnicos em computação (tanto para melhorar a análise estrutural dos procedimentos jurídicos, como o formalismo do LEGOL), o parágrafo final intenta chegar a uma conclusão, ainda que provisória, em que se propõe um esquema de plano de estudo para os juristas que desejem desenvolver análises relacionadas de alguma maneira com a informática.

Esses temas foram recentemente reunidos em um informe meu, apresentado em setembro de 1979 em um curso sobre informática e direito, desenvolvido na Universidade de Swansea (Grã-Bretanha), patrocinado pela comunidade econômica européia. As atas da reunião estão abaixo impressas pela Cambridge University Press.

19. Pontos de convergência e de divergência com a investigação LEGOL

Tanto o projeto LEGOL como o projeto de Milão estão interessados em uma análise formal dos procedimentos jurídicos. LEGOL sublinha, sem dúvida, a análise do conteúdo das disposições legais, de sorte que o procedimento se torna justamente um meio em direção a um fim específico, a saber: o resultado efetivo da aplicação de uma disposição em particular a um caso específico. Muitos exemplos de "individualização" de uma norma geral tirada de uma lei podem facilmente ser encontrados nos documentos publicados até agora pela equipe LEGOL. Neste sentido, LEGOL se aplica principalmente a normas **substantivas**, em lugar de normas **processuais** (ou, como se diz no continente, a normas for-

mais). Essa afirmação não deve ser entendida como se LEGOL não estivesse de modo algum interessado em analisar procedimentos jurídicos; nas ações, está interessada em procedimentos jurídicos na medida em que são úteis para definir as regras exatas que se aplicam a casos individuais.

Esta especificação talvez pareça óbvia ao jurista da "common law", mas é aconselhável formular nitidamente para os juristas continentais, posto que seu raciocínio jurídico tende a nítidas dicotomias filosóficas.

A análise estrutural da equipe de Milão, pelo contrário, somente examina regras processuais, independentemente do conteúdo da legislação examinada. No final de nossa análise, obtemos um modelo de todo o procedimento mostrando suas orientações principais, os movimentos desnecessários, e suas lacunas — mas todo ele sem referência a um caso específico. Para análise estrutural, o ponto de importância semifinal é o próprio procedimento jurídico, enquanto que para o LEGOL, pelo contrário, se necessita de um procedimento jurídico claramente definido para resolver casos individuais.

Este enfoque diferente pode, talvez, ser ilustrado corretamente com a imagem de duas formas diferentes de olhar um canal. A análise estrutural se preocupa pelos bancos, molhes, etc., sem se preocupar com o líquido que circula pelo canal; seja água ou vinho, tudo deve ser apto a funcionar sem perdas nem bloqueios. O projeto LEGOL se preocupa pelos usuários finais do líquido transportado, de sorte que tem de definir quem tem direito a ser um usuário, assim como o tipo de líquido distribuído pelo sistema de canais. Claro está que o último deve ser uma entidade conhecida.

Para resumir, o procedimento jurídico constitui o último passo para a análise estrutural, enquanto que somente é um meio para a análise LEGOL. Estes objetivos diferentes de ambos os projetos de investigação serão agora enumerados detalhadamente para esclarecer em que medida a cooperação pode ser frutífera.

A investigação estrutural da equipe de Milão e, antes de qualquer coisa, um auxílio para ajudar os funcionários redatores de uma instituição legislativa dentro de um órgão de tipo parlamentar mostra as inconsistências e lacunas no procedimento, servindo assim para melhorar o desenho de um projeto ou fazendo advertências contra modificações que, se aceitas, poderão perturbar a estrutura lógica do projeto. Uma lei logicamente bem estruturada servirá melhor, obviamente, para computar o setor jurídico interessado, mas quem utilizar o computador — no que tange à nossa análise estrutural — se encontra, contudo, envolto na névoa de projetos futuros condicionados por eventos políticos. LEGOL, pelo contrário, é uma linguagem de programação, de sorte que sua conexão com o computador é direta. A primeira etapa de "modelagem dos dados" é parcialmente coincidente com a análise estrutural, uma vez que LEGOL tem de definir entidades, atributos de entidades, relações de tempo, etc. Ao fazê-lo, pode acontecer de se descobrir inconsistências ou lacunas, como sucede com os diagramas de fluxo. Todavia, aqui termina a coincidência. A segunda fase da análise LEGOL — "redação de normas" — é muito diferente da primeira,

ainda que nela fundada. As regras formalmente definidas (como nos diagramas de fluxo) permitem a LEGOL ir mais longe e estabelecer um modelo dinâmico de um sistema que "descreve" as regras em exame. Este modelo é dinâmico, posto que pode ser aplicado a casos-padrão. A discussão com a equipe LEGOL assinalou que o modelo assim alcançado pode ser melhorado no que diz respeito à velocidade de computação, sendo sempre logicamente controlável por seres humanos. Partindo destes pressupostos — no que ambas as equipes estão de acordo — podem estabelecer-se algumas atividades complementares para futuros projetos de investigação.

O elemento crucial em toda equipe de investigação é estabelecer o trabalho de tal maneira que cada um possa cumpri-lo inteiramente, mas somente sua tarefa específica, isto é, a investigação para a qual tenha sido treinado. Isto é especialmente verdadeiro com respeito a equipes mistas formadas por juristas e gente que se ocupa de computação. Dado que o formalismo não é evidente por si só aos juristas, e dado que as disposições jurídicas não estão sempre inequivocamente definidas para o pessoal de computação, o primeiro passo nesta cooperação deve ser uma definição precisa das normas jurídicas atualmente vigentes. Um exame da sinopse jurídica descrita acima no parágrafo cinco mostra sua utilidade potencial para analistas de sistemas sem treinamento jurídico.

Por conseqüência, a primeira etapa da análise LEGOL (isto é, o arranjo de dados) poderia ser muito simplificada devido ao fato de que na análise estrutural os artigos de uma lei específica são divididos em suas unidades temáticas, e que essas unidades são rededicadas a uma seqüência lógica, e que, somente em pequenos setores, se sobrepõem à ordem jurídica original. O jurista cumpriu seu trabalho, definindo quais normas e qual seqüência de normas refletem a realidade da prática jurídica. Sobre este fundamento seguro, o analista de sistemas pode começar sua análise semântica.

Posteriormente, as equipes LEGOL e a de Milão poderiam talvez procurar formalizar as leis italianas relativas a subsídios para mestres em diferentes cidades e escolas, ou estabelecer uma lista de pessoas com direito a uma habitação operária. Em ambos os casos, a preparação de uma sinopse plenamente digna de confiança (assim como sua tradução inglesa) seria uma condição *sine qua non* para estender a análise LEGOL aos países de direito continental.

O arranjo de dados se inicia com os substantivos que aparecem na disposição jurídica analisada. Outro mecanismo para melhorar a velocidade e a precisão do referido arranjo de dados poderia ser oferecido por programas de concordância aplicados às disposições jurídicas sob análise. Neste terreno, vale a pena recordar que o Istituto per la Documentazione Giuristica, de Florença, do Conselho Italiano de Investigações (CNR), iniciou há quase dez anos um programa extensivo orientado para o vocabulário jurídico italiano. As habilidades aprendidas pela equipe de investigação em Florença, se forem corretamente controladas, poderiam contribuir grandemente para esclarecer a conexão e a utilidade efetiva da lingüística computacional, como um instrumento para a análise semântica LEGOL. O que pensamos verdadeiro para um *diagrama de fluxo*¹ detalhado, também será verdadeiro para as formas compactas de resumir diagramas de fluxo e retículos brevemente descri-

N.T.¹ em inglês "flow-charting"

tos no parágrafo 19. Estes recursos são aptos, em minha opinião, para introduzir o estudo nos mistérios do LEGOL e do pensamento jurídico, dando-lhe, depois de um breve treinamento, a escolha entre duas possibilidades: ou melhor, ao haver captado as noções básicas deste tipo de análise, e obtendo, em conseqüência, um treinamento que lhe permita compreender passivamente os maiores desenvolvimentos produzidos por especialistas; ou iniciado, sobre essa base, um treinamento severo e técnico com o objetivo de converter-se em um especialista que contribua ativamente neste tipo de investigação.

Nossa atenção se centraliza nos pré-requisitos de tal treinamento, posto que nem as escolas de direito italianas, nem as britânicas, estabeleceram matérias de computação nos currículos dos futuros advogados.

20. Para um método efetivo de ensinar LEGOL aos juristas

Se estou corretamente informado, a ciência da computação não recebeu reconhecimento acadêmico nas escolas de direito, com a notável exceção da República Federal da Alemanha. Em outros países europeus as atividades acadêmicas relacionadas com os computadores e o direito têm que superar ainda certas dificuldades antes de ser plenamente aceitas nos currículos tradicionais. Como questão de fato, sucede que, num período em que o bacharel de direito quase sempre terá de trabalhar com computadores (em bancos, em seguros ou em sociedades manufatureiras), ele sai da Faculdade de Direito sem ter nenhuma idéia sobre a estrutura e funcionamento dos computadores.

Será realista partir desta tábua rasa para elaborar os programas para os bacharéis em direito que desejem adquirir habilidades no terreno dos computadores. O ponto de partida será o conjunto usual de conferências introdutórias oferecidas pelas universidades e fabricantes de computadores: introdução à computação e à lógica de programação. Pessoalmente me atrevera a sugerir que os cursos dos fabricantes são mais adequados para os juristas, pelo menos por dois motivos: em primeiro lugar, são muito concentrados (e todo advogado, como se sabe, está sempre lutando contra a falta de tempo); segundo, sua forma de organizá-los não é estritamente matemática ou de técnica suficientemente alta para um conjunto de pessoas que tenham antecedentes culturais e de trabalho diferentes. Um Departamento de Computação que deseje estabelecer um curso para, por exemplo, cientistas sociais, deve, em minha opinião, examinar cuidadosamente a experiência de treinamento comercial para o uso de computadores. A solução justa talvez se encontre em um prazo médio.

LEGOL não pode ser entendido sem enquadrá-lo na teoria básica de relação de dados. Todos os manuais sobre dados básicos que tenho visto estão escritos para o pessoal que se ocupa de computação. Mesmo o autor mais benevolente neste campo toma como coisa natural que os leitores sejam perfeitamente capazes no mínimo em inglês e em linguagem Fortran. Infelizmente, a segunda condição não é aplicável aos juristas, de modo que temos novamente que enfrentar uma dupla escolha: ou o jurista aprende uma lingua-

gem de programação de alto nível, que lhe permita ler a literatura recente sobre dados básicos, ou tem de aceitar ser confinado a fazer um papel parcial, senão secundário, em um projeto como o LEGOL.

Na verdade, creio que a segunda alternativa é a mais viável. Delineia uma posição específica ao jurista em equipe de investigação, dando-lhe todas as ferramentas intelectuais para entender passivamente seus colegas de equipe e para contribuir ativamente em seu campo de especialização, isto é, na análise jurídica. Esse impasse pode ser logo superado mediante o desenvolvimento de nova linguagem de programação mais fácil, ou em um prazo mais curto, por um autor de boa vontade que aceite escrever uma versão simplificada de um manual de dados básicos.

A centenária disputa entre duas culturas opostas, isto é, a humanística e a técnica, ressuscitou no problema controvertido de manuais orientados para seus usuários. Geralmente, nem com respeito do usuário de orientação para a computação, nem nos orientados para os programadores: todos os que trabalharam com computadores têm em mão uma grande quantidade de histórias tristes sobre o tema. Os mal-entendidos fundam-se freqüentemente nas expectativas divergentes do escritor e seu leitor. O escritor pretende descrever como fez para contribuir com um programa poderoso, o usuário deseja somente ser capaz de alcançar um certo resultado, e não saber como ou por que as coisas são como são. Falemos brevemente a favor do usuário.

Compreender-se-á plenamente sua decepção se você imaginar um sedento que recebe uma garrafa de uísque fortemente fechada. Que diria se nas instruções para abrir a garrafa se tratasse sofisticadamente do modo pelo qual a bebida foi obtida, sem dizer palavra alguma de como tirá-la e servi-la? Assim, os manuais de dados básicos necessitam ser escritos a um nível inferior para investigadores não técnicos, a documentação sobre um verdadeiro câmbio de perspectiva, para realmente alcançar aquilo que o usuário necessita, que podem ser investigadores muito qualificados, sem ser especialistas em programação. Experimentei a frustração das expectativas do usuário em vários manuais sobre recuperação de informação e na automatização de bibliotecas — terrenos todos em que os usuários estão mais relacionados com o mundo humanístico do que com o da técnica. De certo modo, este problema também surge com a primeira e parcial descrição do LEGOL. Felizmente, sem dúvida, o trabalho se encontra ainda no início, de sorte que finalmente será possível dividir a documentação em dois manuais diferentes: documentos sobre o programa para os que se ocupam de computação, e uma descrição funcional para o usuário altamente qualificado (e no caso LEGOL para o jurista).

Se se preparasse um manual funcional de LEGOL, o jurista interessado poderia evitar com êxito a literatura sobre dados básicos, que é demasiadamente técnica para o não-especialista. Seu conhecimento dos assuntos jurídicos lhe servirão para superar algumas dificuldades na computação. Aprender LEGOL seria um substituto da aprendizagem de uma linguagem tradicional de alto nível. Ainda que o LEGOL seja complexo, é dirigido a problemas com os quais os juristas estão diretamente interessados e familiarizados.

Se os juristas se dedicarem a este campo de investigação, então a divisão de trabalho científico dentro de uma equipe de investigação seguramente alcançaria uma eficácia maior. De fato, somente a presença, aumentada e constante, de advogados — como representantes dos futuros usuários mais comuns de LEGOL, permitirá expandir e, às vezes, revisar, os seguintes desenvolvimentos do projeto.

V. Novas técnicas e atividades legislativas

A diagramação de fluxo e o PERT (ou, em geral, qualquer uma das técnicas de programação reticulares) são instrumentos indispensáveis para análise das leis. Em particular, as leis que prescrevem procedimentos podem ser modificadas em muitas de suas falhas graças ao uso destas técnicas.

Pode-se recorrer a elas tanto na etapa de preparação de um projeto de lei, como no exame crítico de uma lei já existente. Na redação de um projeto de lei, a diagramação de fluxo ajuda a não perder de vista setores do procedimento, evitando assim formação de lacunas que são obstáculos para o desenvolvimento do próprio procedimento. Inclui nas discussões que são efetuadas no próprio órgão legislativo, o diagrama de fluxo manifesta sua utilidade: permite, de fato, verificar imediatamente que repercussão tem uma modificação sobre a estrutura lógica da lei inteira. O mesmo vale para o PERT e as propostas de modificação que incidem sobre o prazo. Uma discussão legislativa acompanhada destes instrumentos leva a leis aprovadas com plena consciência de seu conteúdo e de sua aplicação, e, portanto, a uma máxima responsabilidade do órgão legislativo. A burocracia pode, de fato, ter presente em tempo que o projeto de lei em curso de aprovação foi modificado de forma que faça impossível o funcionamento de certo procedimento; inclusive o órgão legislativo pode considerar necessário conservar aquela forma imperfeita porque os equilíbrios políticos interiores não admitem outra solução. Porém, neste ponto é claro que certas lacunas, que conscientemente são deixadas na lei por razões políticas (e isso já constitui um auxílio na interpretação), e também no momento de entrada da vigência da lei, é possível saber quais são os pontos fracos da lei. Se todo o projeto de lei fosse acompanhado de seu diagrama de fluxo, a discussão do órgão legislativo resultaria mais concreta: maioria e oposição se bateriam sobre pontos singulares do projeto de lei, porém tendo presente as repercussões das emendas no todo. A responsabilidade política por certas insuficiências estruturais das leis poderia assim ser atribuída com maior nitidez.

As técnicas exemplificadas neste volume podem ser úteis inclusive para exame de leis que já estão em vigência. Sobretudo, permitem dar conteúdos precisos à batalha política a favor do melhoramento de uma determinada lei, cujas falhas formais podem ser documentadas com precisão. Se certo procedimento não alcançar os resultados previstos, esta análise formal permitiria que se verificasse se as disfunções são atribuíveis a um vício estrutural da própria lei.

Em conclusão, estes instrumentos modernos de análise e programação devem ser ensinados a estudantes de jurisprudência e devem ser utilizados cotidianamente nos órgãos legislativos.

As vantagens que apresenta é estar limitado somente ao lado formal das leis: este limite sempre está presente e permite não buscar com estes instrumentos resultados que eles não podem conseguir. Por isso o capítulo inicial dava uma série de indicações complementares às desenvolvidas no decurso deste trabalho. O conteúdo de uma norma pode ser contrastado com a direção política escolhida por uma certa maioria; logo pode ser examinado em suas implicações econômicas (no sentido mais lato) e de organização. Neste ponto se inseriria a análise estrutural e a temporização que garantiriam a realização dos conteúdos já individualizados. O conjunto destas indicações deveria ser expresso em forma lingüisticamente correta, para não errar os resultados alcançados através de várias análises.

Do uso acumulativo destas técnicas poderia nascer uma legislação do tipo novo que, entre outras coisas, seria também mais adequada para o uso da elaboração eletrônica nos procedimentos singulares regulados pelas leis. Por este caminho poderia alcançar-se um elemento de eficiência que, em parte, contribuiria para resolver a crise dos parlamentos modernos.

VI — BIBLIOGRAFIA

O que segue limita-se a textos que podem ajudar o leitor deste trabalho a aprofundar certos temas específicos: mais que uma bibliografia selecionada, a presente reproduz o gráfico das leituras que levaram a iniciar e a desenvolver essa investigação: para facilitar a consulta, as indicações bibliográficas foram distribuídas em relação ao parágrafo com o qual se relacionam mais diretamente.

Bibliografia do 1.º capítulo "Leitura das normas jurídicas"

- (4) A literatura sobre as relações entre lógica e direito está precisamente descrita em Amedeo G. Conte e Giuliano Di Bernardo, **Bibliografia**, em **Lógica, deontica e semântica**, ao cuidado de Giuliano Di Bernardo, Il Mulino, Bolonha, 1977, págs. 347-447.

As relações entre lógica, direito e informática são tratadas na revista "Informática e direito", em dois fascículos (o 1.º e IV, 1978; n.º 2, pág. 255; o 2.º se encontra na gráfica).

- (5) Richard A. Rosner, **Análise Econômica da Lei**, Little Brown and Co., Boston Toronto, 1972, pág. XI-415.

Uma aplicação desta teoria a um problema específico é Guido Calabresi, **Costo degli incidenti e responsabilità civile**, apresentação de Stefano Redotà, Giuffrè, Milão, 1975, pág. XV-419: A edição inglesa original de 1970 tinha como subtítulo a indicação **A legal and Economic analysis**.

- (6) Com respeito à leitura organizadora das leis não existem tratados específicos: se trata de uma investigação que ainda agora é necessário examinar nos escritos que a tratam, por exemplo, para a organização de um ciclo em siderurgia, considerando depois se a coisa é utilizável no campo jurídico.

Bibliografia do 2.º capítulo: "Diagrama de fluxo do iter legislativo lombardo"

- (7) Sobre a diagramação de fluxo é aconselhável ver sobretudo os cursos preparados pelas várias casas editoras sobre introdução à elaboração de dados. Siemens, Data, **Lógica della programmazione**, Milão, 1979, pág. 207 (cópia em código pela ordenação de dados Add. — 0579-024).

IBM Itália, **I Fondamenti della programmazione?** s.i., s.d., texto pp. 426; exercícios, pág. 138 (cópia, código para a ordenação de dados, IBM GR 13-1104-0; IBM GR 13-1105-0).

Ao pedir estes volumes às editoras é aconselhável verificar se, neste meio tempo, não tenha sido editado algo mais atualizado.

- (B) A literatura sobre as regiões italianas já é bastante ampla, e deve, por conseguinte, ser distribuída por temas.

História do debate italiano sobre regionalismo:
Rufili, **La questione regionale**, Giuffré, Milão, 1971.
Bassanini, **L'attuazione delle Regioni**, La Nuova Italia, Florença, 1970.

Atividades das regiões italianas:

Autores vários: **Potere statale e riforma regionale**. II Mulino, Bolonha, 1976.
Bassanini, **Le regioni fra Stato e Comunità locali**, II Mulino, Bolonha, 1976.
Autores vários, **Le Regioni tra Costituzione e realtà politica**, Fondazione Agnelli, Turin, 1977.
Autores vários, **Il complementamento dell'ordinamento regionale**, II Mulino, Bolonha, 1977 com referência à lei estatal 382).
Bassanini, Calandra, Troccoli, **Il trasferimento dell'funzioni statali alle regioni**, Lega per le Autonomie ed i poteri locali, 1972;
Mor, **Profili dell'amministrazione regionale**. Giuffré, Milão, 1974. Autores vários, **Stato e Regioni**. Utet, Turin, 1976.

A organização administrativa das regiões e as relações com as pessoas locais são descritas nos seguintes volumes:

Miele, **La regione nella Costituzione Italiana**, Florença, 1949.
Atas do Convênio, **La delega delle funzioni agli enti locali**, Pescara, 1975.
Orsi Battaglini, **Le autonomie locali nell'ordinamento regionale**, Giuffré, Milão, 1975.

A descrição do iter legislativo objeto da diagramação de fluxo se encontra também nos manuais de direito regional e de direito constitucional:

Virgam, Pietro, **Diritto Costituzionale**, Giuffré, Milão, 1975.
La Barbera, Gaspare, **Diritto pubblico regionale**, Giuffré, Milão, 1973.
Paladin, Livio, **Diritto regionale**, Cedam, Padua, 1976.
Gizzi, **Manuale di diritto regionale**, Giuffré, Milão, 1976.
Itália, Vittorio, **Problemi di diritto regionale**, Giuffré, Milão, 1976.
Tuccari, Emanuele, **Partecipazione popolare e ordinamento regionale**, Giuffré, Milão, 1974.
Tuccari, Emanuele, **Saggio per una teoria sulla legge regionale**, Giuffré, Milão, 1966.
Mazziotti, Manlio, **Suditi sulla potestà legislativa delle regioni**, Giuffré, Milão, 1961.
Saporiti, Learco, **Le competenze regionali**, Giuffré, Milão, 1973.

Bibliografia do 3.º capítulo: "Prazos do iter legislativo"

- (12) Entre toda a literatura existente sobre os diagramas de Gantt, veja-se W. Carl, **Il diagrama Gantt. Uno strumento di direzione**, Roma, 1927.

Sobre as técnicas de programação reticular encontra-se informação em todos os manuais de investigação operativa. Por sua clareza e caráter exaustivo cabe assinalar, contudo, Walter de Ambrogio, **Programmazione reticolare**, volume I: **Tecniche reticolare di programmazione**, Etas Libri, Milão, 1977, pp. 228, com bibliografia ao final de cada capítulo.

- (14) Tratados específicos sobre o PERT são, por fim, os seguintes:
U.S. Navy, PERT (**Program Evaluation Research Task**), Summary Report Phase I, Special Projects Office, Bureau of Naval Weapons, Department of the Navy, Washington 25, D.C., julho de 1958.

U.S. Navy, PERT, **Data Processing Handbook for Technicians**, Special Projects Office, (Head Program Evaluation Branch S P 12), Department of the Navy, Munitions Building, Washington 25, D.C. junho de 1960.

FAZAR WILLARD, **Program Evaluation and Review Technique "Statistical Reporter"** (Director of Statistical Standards, Bureau of the Budget, Executive Office of the President, Washington 25, D.C.) janeiro de 1959.

FAZAR WILLARD, **Program Evaluation and Review Technique**, "The American Statistician", abril de 1959.

MALCOLM, D.G. **Extension and Application for PERT as a System Management Tool**, "Operations Research Inc.", Silver Springs Maryland, 28 de fevereiro, 2 de março de 1961.

FAZAR WILLARD, **Per time VS Resources VS Technical Performance**, IBM. Educational Center, Poughkeepsie, New York, março 15 de 1961.

BECKWITH R.E., **A cost control extension of the PERT System**, maio de 1961, Aeronautic Division, Ford Motor Company.

HÄRTUNG LEONARD P., **PERT: A Dynamic Project Control Method Presented to the American Management Association (AMA)**. Sessão preparatória sobre novas técnicas para controle da administração, Saranck Lake, New York, junho 17-19, 1971.

BOULANGER DAVID G., **Program Evaluation Technique**, "Advance Management", julho-agosto de 1961.

ATHAN & MC. CORD, **Rite Sances PERT**, "Aerospace Management", abril 1962.

AVOTS IVARS, **The Management Side of PERT**, "California Management Review", junho de 1962.

Bibliografia do quarto capítulo: Relação entre análise estrutural e projeto LEGOL

- (19) Ainda não existem publicações sobre este assunto, a não ser a obra no prelo da Cambridge University Press.

Muitos artigos são dificilmente acessíveis. Por isso, quem desejar uma idéia atualizada do projeto LEGOL pode escrever a LEGOL Project, London School of Economics, Houghton Street, London WC2A (Grã-Bretanha). Nesta equipe se encontra uma lista atualizada das publicações sobre LEGOL. Este material é particularmente importante em virtude de que a investigação se encontra ainda em andamento, de forma que as partes já publicadas podem sofrer modificações ou serem completadas.

CLAUSULA DE INALIENABILIDADE NA VENDA DE BENS PÚBLICOS

MÁRIO NUNES SOARES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

QUESTÃO: Podem o Município ou o Estado federado estipular cláusula de inalienabilidade na venda de imóvel de sua propriedade?

1. Acontece de o poder público, mormente em programas de implantação de distritos industriais ou de planos agrários, introduzir nos contratos de compra e venda dos lotes a particulares cláusula da sua inalienabilidade. O objetivo desta avença é claro no sentido de procurar evitar uma eventual especulação imobiliária, desvirtuando o programa proposto especificamente a adquirentes voltados para a sua atividade fim.

O sucesso da estipulação, contudo, sugere questão para exame, e, segundo parece, não havendo segurança na sua validade, é desaconselhável a adoção da cláusula por apresentar uma garantia inconsistente, tomando lugar, quiçá, de alguma outra solução, dotada de melhor eficácia.

Vejamos o caso.

2. A cláusula da inalienabilidade entremostra os seguintes caracteres: de início emerge como ato constitutivo oriundo do consenso das partes, manifestado no contrato de compra e venda. Insere-se, depois, na área dos direitos reais por consubstanciar restrições ao direito de propriedade, significadas na indisponibilidade da coisa (jus abutendi). Finalmente, tratando-se de venda de bem público, a lei que a autoriza, na generalidade, já determina a restrição, e essa constitui uma terceira característica a considerar: advir a cláusula de determinação da lei. Em suma, enlaçam-se na questão o direito obrigacional, o direito real e o direito público.

3. Quanto à parte obrigacional, soem estabelecer os contratos condições de negócio, como seria esta da inalienabilidade do bem, não fora o fato dela conter uma tentativa de estatuir sobre o domínio.

Se, enquanto consenso que se impõe na formação do pacto, com efeito, a égide é do direito obrigacional, este todavia se retrai ao se considerar a restrição em si, instituto do direito das coisas, âmbito do direito civil, regulado em competência privativa pela lei federal.

Cumpra indagar, daí, se o legislador federal, em matéria de domínio, deixa margem à introdução da cláusula por via de contrato oneroso como é o de compra e venda.

Em outras palavras, é viável o surgimento do gravame, ou adstringe-se o instituto às modalidades com que foi concebido pelo legislador federal, mais precisamente no Código Civil?

4. Neste diploma estão previstos alguns casos em que se constitui, também por ato de vontade, a inalienabilidade, como na doação e no testamento. Não contempla a lei, todavia, a sua estatuição por meio de contrato oneroso.

A doutrina faz notar a exclusão, como se lê em Caio Mario da Silva Pereira: "Hão de provir de doação ou testamento. Não é lícita a imposição das cláusulas (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade) em contrato de compra e venda, permuta ou outra modalidade aquisitiva onerosa". (Caio Mario da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Página 105, Volume IV, 3ª Edição, Forense).

No mesmo sentido assenta Orlando Gomes: "A cláusula de inalienabilidade é a disposição mediante a qual se efetua essa limitação voluntária da propriedade.

Duas condições se exigem para instituí-la. A primeira é que seja estipulada no título que serve de causa à transmissão do bem. A segunda, que essa transmissão seja a título gratuito. Em alguns sistemas jurídicos, requer-se ainda que o motivo da restrição seja legítimo. (Orlando Gomes, Direitos Reais, Página 119, 4ª Edição, Forense).

Denota-se que assim era, igualmente, havido sob o sistema anterior ao Código Civil:

"Mas não se pode convencionar a inalienabilidade, (na compra e venda) porque tanto importaria cercear a livre disposição do domínio, estabelecendo um vínculo antieconômico e contrário a nossa constituição política." (M. I. Carvalho de Mendonça, Contratos no Direito Civil Brasileiro, Página 341, 3ª Edição, revista por José de Aguiar Dias, Forense). Idem, Clóvis Bevilacqua, in Direito das Obrigações, Página 256, 8ª Edição, Francisco Alves.

Pode-se concluir que o direito brasileiro instituiu o gravame com certa parcimônia, visando a manter a livre fruição do domínio, assegurado em amplitude na nossa organização social. Trata-se não de restringir a manifestação de vontade nos contratos, no caso um "prius", mas de resguardar o direito de propriedade cuja restrição se adscreveria como um "posterius", afetando o domínio intrinsecamente.

5. Poder-se-ia objetar, todavia, que se cuida de bem público, sendo a previsão na lei que autoriza a venda a particulares, "in casu" editada pelo estado federado ou pelo município, supressiva do óbice da lei civil no concernente à possibilidade do gravame, ou seja, estaria suprimido o óbice pela autorização oriunda da lei.

No entanto, na repartição constitucional da competência para legislar, mantém-se reservado à União o dispor sobre o regime de propriedade, abrangido na matéria civil, conforme reza o artigo 89, inciso XVII, letra b, da Constituição Federal.

Somente norma federal, em decorrência, reputa-se dotada de poder regulador do modo de exercer o domínio no direito brasileiro, onde não se inclui, como se está vendo, a possibilidade de ficar restringida por essa feição a disponibilidade de bens, nos casos da restrição provir, ou pretender provir, de contrato de compra e venda.

6. Para os bens da União é diverso.

Pode dar-se o caso da venda ser por ela efetuada e então subsiste a validade da cláusula de inalienabilidade, agora porque o legislador federal, que manda inseri-la nos contratos de compra e venda de lotes urbanos e rurais, neste momento, está excetuando o padrão geral de que não cabe o gravame na compra e venda. E assim age, e pode agir, ao verificar na sua competência legislativa o poder de estatuir sobre o direito civil, sobre o regime de propriedade e sobre as restrições e limitações inerentes. Já o mesmo não é facultado ao legislador estadual, ou às Câmaras Municipais, despojados do poder de estatuir acerca da matéria, tipicamente federal.

O fato de se negociar com bem público não altera, nada, a inadequação da cláusula de inalienabilidade no caso. A "quaestio juris" não está na espécie negociada, mas no regime de propriedade, regulado ao nível federal e intangível pelas esferas menores da partilha de competências. O adquirente disporá do domínio na amplitude assegurada no direito brasileiro, declarada a invalidade da cláusula, posto que não a legitima o regime de propriedade, nem a legitimam a lei estadual ou a lei municipal.

NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO DO FUNCIONÁRIO DE FATO

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor Assistente de Direito Administrativo,
na Faculdade Porto-Alegrense de Ciências Ad-
ministrativas
Especialista em Direito Administrativo.

INTRODUÇÃO

As figuras centrais de prestadores de serviço à Administração Pública (na relação jurídica de emprego) são o **funcionário público** (cujo regime jurídico é estabelecido em estatutos próprios da União, dos Estados, ou dos Municípios, conforme seja uma dessas pessoas administrativas a tomadora do serviço), e o **empregado público** (cujo regime jurídico é o da legislação trabalhista comum, atuando o poder público de qualquer grau na situação assemelhada ao empregador particular).

Mas, disso não decorre, necessariamente, que o prestador de serviço que não esteja disciplinado pelo estatuto do funcionalismo, por exclusão, e coercitivamente, esteja subordinado ao tratamento jurídico da norma consolidada.

A par desses **típicos** prestadores de serviço à Administração Pública (o funcionário e o empregado público), encontram-se os **atípicos**: extranumerário, colaborador eventual, agentes políticos (também ditos "condutores políticos"), particulares que colaboram com a Administração Pública, profissionais autônomos e funcionário de fato.

O funcionário de fato é instituto surpreendentemente encontrável nos quadros de pessoal da Administração Pública; para que exista, tem de haver um cargo (de que ele tenha a posse), e tem de estar em exercício.

As várias espécies de funcionário de fato podem ser reduzidas a duas: a investidura inexistente e a investidura irregular. A primeira ocorre mais freqüentemente em épocas de anormalidade institucional, quando tenha havido o desaparecimento das autoridades oficiais, e essa assunção de funções públicas pelos particulares se faz por estado de necessidade; a segunda é mais corrente em épocas de normalidade institucional, quando existe um ato formal de nomeação, mas este é viciado por algum motivo: autoridade incompetente, carência de diploma do nomeado, superveniente inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o ato de nomeação, e quejandos.

Em relação aos terceiros de boa fé, os atos praticados pelo funcionário de fato são válidos em face da plausibilidade da investidura (desconhecida a irregularidade, geralmente, pelo particular), da presunção de legitimidade dos atos administrativos, e do próprio interesse público, além do preceito latino "error communis facit jus".

Todavia, qual seria a natureza jurídica do vínculo entre o funcionário de fato e o poder público?

A resposta a este quesito é o tema deste trabalho.

1. Cargo público

Cargo público é o criado por lei, com denominação própria, em número certo, e pago pelos cofres da União (art. 29, da Lei Federal nº 1.711, de 28.10.52, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

Cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União (art. 4º, inciso I, da Lei Federal nº 3.780, de 12.7.60, Lei de Classificação de Cargos).

Estes preceitos, embora da órbita federal, geralmente são admitidos pelas normas de funcionalismo das demais pessoas infra-estatais (Estados-membros e Municípios).

Há crítica da doutrina, que repele definições legais. (1)

Neste ponto, parece-nos que a definição legal, mesmo com imperfeições, tem valor prático, porque veda, tanto quanto possível, a pluralidade de definições doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

2. Funcionário público.

2.1. Funcionário de jure.

O típico prestador de serviço público é o funcionário público, por ser detentor de cargo público.

Consoante o Estatuto do Funcionalismo Civil da União, funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público (art. 29).

Este "legalmente" significa que o funcionário tem de preencher requisitos estabelecidos em lei, segundo dispõe o art. 97 da Constituição vigente.

Cumprindo-se o iter legal dos requisitos, e investindo-se alguém no cargo público, estamos diante do funcionário de jure.

2.2. Funcionário de fato.

Por oposição ao funcionário de jure, temos o funcionário de fato.

(1) Celso Antonio Bandeira de Mello, Aposentamentos sobre Agentes e Órgãos Públicos, p. 15.

Este detém cargo ilegalmente, por não implementar os requisitos constitucionais e estatutários pertinentes.

Ele detém irregularmente o cargo, pela falta ou irregularidade do seu provimento, ou por ter sobrevivido um vício que torne irregular sua permanência no cargo.

O funcionário de fato, em sentido mais genérico, é aquele que exerce cargo público sem investidura legal, ou em virtude de uma investidura aparente. (2) Isto ocorre em casos excepcionais, em período de anormalidade institucional, quando particulares colaboram "benevolamente" com a Administração Pública, sem pertencerem ao quadro funcional; é o que acontece pelo desaparecimento das autoridades públicas regulares, em consequência de revolução, de crise política, guerra civil, libertação de território ocupado pelo inimigo, desordens, revolta, criação de um novo Estado por insurreição de uma Província, ou, ainda, por fenômenos naturais (catástrofes climáticas, terremotos e maremotos).

Todavia, o funcionário de fato pode existir dentro da normalidade da ordem jurídica, sob um governo de jure. (3)

2.3 Usurpador.

Usurpar o exercício de função pública é crime previsto no Código Penal, art. 328, (4)

Também é ilícito penal (art. 324) o exercício funcional ilegalmente antecipado (antes de satisfeitas as exigências legais), e o exercício funcional ilegalmente prolongado (continuar a exercer a função pública sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso).

O elemento subjetivo de ambas as infrações penais é o dolo, e por essa razão, o agente é punível.

Na situação de funcionário de fato não há qualquer ilícito penal, porque não há dolo.

É esse elemento subjetivo (o dolo) que separa os dois institutos jurídicos.

(2) "No common law inglês, lorde Ellenborough declarava, em 1805 (no processo Rex versus Bedford Level): um funcionário de fato é quem passa por funcionário (one who has a reputation of being an officer), quem pretende sê-lo, e que, inobstante, do ponto de vista jurídico, não é funcionário regular." Cf. Jéze, Los Principios Generales, IV., p. 494, rodapé.

(3) Jéze, Principios Generales, tomo 2, v. 1º, p. 311; e, Constantineau, Tratado, tomo 1, p. 163, 165, e seg.

(4) A usurpação de função pública pressupõe o ausência de ato da autoridade competente para a investidura no cargo.

Ac. do TJSP, in RDA 66/180.

No caso, o indiciado não tinha diploma de engenheiro, e foi nomeado.

3. Funcionário de fato: requisitos de existência.

Para existir funcionário de fato devem estar presentes em forma **simultânea** os seguintes requisitos:

- existência legal do cargo;
- estar na posse do cargo;
- exercício do cargo (sob aparência de legitimidade).

3.1. Existência legal do cargo.

Só o Estado, através de seus instrumentos jurídicos (leis formais ou materiais), pode criar cargos, empregos ou funções públicas. De modo que o cargo deve achar-se estabelecido numa norma.

Se pode haver funcionário de fato, **nunca** pode haver um cargo de fato; o cargo deve estar vigente. (5)

Se a função não existe, não se pode falar de "funcionário", seja este de jure ou de fato. (6).

O fato de a função inexistir situa o problema fora de doutrina de fato, a qual requer uma função de jure.

3.2. Estar na posse do cargo.

Para se ter uma pessoa como funcionário de fato, esta deve estar efetivamente na posse do cargo, desempenhando-o. Isto é implícito na expressão "de fato".

Um funcionário de jure pode ser ilegitimamente afastado de seu cargo, e impedido de cumprir com seus deveres, sem que se afete seu título legal; mas, para um funcionário de fato não basta a simples pretensão de ser funcionário público; quem pretenda sê-lo, como não tem título, deve estar revestido com a aparência exterior de ser o ocupante legítimo do cargo, e tal aparência não pode existir se a pessoa está fora de seu cargo, ou se o cargo está na posse de outra pessoa.

3.3. Exercício da função.

O funcionário de fato deve deter o cargo sob a aparência de legitimidade.

Esta "aparência de legitimidade, mediante a qual se objetiva a posse do estado de funcionário regular, é chamada por Jêze de "investidura plausível" (7), e "cor de título" (colour of title) por Constantineau. (8)

(5) Marienhoff, Tratado, Tomo III-B, p. 150; Constantineau, Tratado, tomo 1, p. 301;

(6) Constantineau, op. cit., tomo 1, p. 47, 49, e 53.

(7) Jêze, Princípios Generales, tomo 2º, v. 1º, p. 325-28.

(8) Constantineau, Tratado, tomo 1º, p. 47, 144, 151.

Estabelecer quando ocorre essa "aparência de legitimidade" constitui uma questão de fato, a se determinar em cada caso.

O juiz, expressa Jêze, deverá considerar as circunstâncias políticas ou sociais, nas quais o indivíduo ocupou a função, o tempo durante o qual a exerceu. Deverá investigar se o exercício da função foi público, pacífico, se se efetuou de maneira normal (em locais oficiais, utilizando registros e carimbos oficiais, p. ex.); se os habitantes consideravam o titular do cargo (funcionário de fato) como funcionário regular, se as demais autoridades públicas o tratavam como tal, etc.. (9)

Essas normas ou critérios interpretativos, aplicáveis durante a normalidade institucional, têm de ser considerados e aplicados com grande latitude e razoabilidade durante a anormalidade institucional, onde, às vezes, as duras exigências do "estado de necessidade" requerem um tratamento especial.

A pessoa que, ante o desaparecimento das respectivas autoridades regulares do Estado, em épocas de tragédia (guerra, terremotos, etc.) assume o exercício de um cargo administrativo, não é "usurpadora", senão funcionário de fato, cujos atos, quaisquer que sejam, podem ser válidos se estão presentes as condições que, em geral, se exigem para a validade dos atos dos funcionários de jure. (10)

4. Direito à remuneração.

Rigorosamente, o funcionário de fato não tem nenhum direito e nenhuma garantia. Porque sua ingerência no serviço público é desamparada de suporte legal; inexistente um ato jurídico formal de admissão, e, sua atuação apenas de fato não é jurígena (isto é, não gera direitos).

Todavia, esse rigorismo tem sido atenuado, aplicando-se o princípio que veda o enriquecimento ilícito, no caso, por parte do poder público beneficiado pela atuação do funcionário de fato.

Assim, quanto à remuneração de caráter salarial, e de conteúdo alimentar, com muito rara exceção (em sentido contrário), tem-se reconhecido o direito do funcionário de fato a ela.

Os demais direitos, geralmente usufruíveis pelo funcionário de jure, demandam exame mais cuidadoso, caso a caso, e de regra, são indeferidos ao funcionário de fato (pe-lo menos, quando reconhecido publicamente o exercício de fato).

O deferimento, ou não, de direitos ao funcionário de fato leva o investigador a perquirir dois assuntos polêmicos: o contrato tácito de emprego público, ao nível do estatu-

(9) Jêze, idem, idem.

(10) Jêze, op. cit., p. 321, e 334.

to normativo consolidado, e a aplicação da teoria civilista do quase-contrato no direito público (com adaptações).

Alguém que seja investido, mesmo irregularmente, no serviço público, pelo exercício vem perceber o vencimento mensal respectivo.

A prestação de serviços gratuitos é vedada por lei (Lei nº 1711/52, art. 4º); esta é a regra geral; todo trabalho é remunerado! Excepcionam-se poucos casos de funções públicas ad honorem, e o munus publicum (jurados, mesário eleitoral, defensor dativo de necessitado, etc.).

O T. F. R., em 1975, decidiu feito em que professor universitário pleiteava direitos trabalhistas rescisórios, reconhecendo-lhe a posição jurídica de servidor de fato.

A relação de emprego regida pela C.L.T. não foi reconhecida, porque o vínculo empregatício, no serviço público, qualquer que seja o regime jurídico disciplinante, pressupõe ato de investidura formal, emanado de autoridade competente, e, no caso, a admissão não ocorreu por falta de manifestação favorável da autoridade.

Todavia, tendo havido o fato do exercício funcional durante um período certo, não era possível deixar de assegurar ao professor demandante sua contraprestação pecuniária, sob pena de se consagrar locupletamento ilícito em favor da universidade, reconhecendo sua boa fé no agir em favor da administração, com o prévio convite para lecionar. (11)

Este pronunciamento aqui referido encontra suporte na doutrina (11-bis) e na jurisprudência (12); apenas decisões mais recuadas no tempo se inclinam pela negativa de remunerar o funcionário de fato. (12-bis)

5. Natureza jurídica do vínculo.

As espécies de colaboração de particulares para com o poder público podem ser:

- a) por atividade paralela;
- b) por participação (voluntária ou forçada); e,
- c) por ingerência.

(11) "Não cabe reconhecer existente relação de emprego regida pela C.L.T. O vínculo jurídico empregatício, na órbita do serviço público, em linha de princípio, qualquer que seja o regime jurídico a discipliná-lo, pressupõe ato de investidura formal, oriundo de autoridade competente. A investidura na função pública, sob disciplina estatutária ou da C.L.T., sujeita-se a uma certa forma definida em lei ou regulamento. No caso, o *titulus juris* de admissão da professora não veio a constituir-se, por falta de manifestação de vontade favorável da autoridade, a tanto, competente.

Restando comprovado, todavia, o fato do exercício funcional em período certo, não é cabível, em face das circunstâncias do caso concreto, deixar de assegurar contraprestação à professora pelos serviços úteis prestados à Universidade, sob pena de consagrar-se locupletamento ilícito em favor do órgão público."

Cf. Ac. TFR, in DJU de 14.10.75, p. 7438, Rel. Min. José Néri da Silveira.

(11-bis) A doutrina sustenta a aplicação da teoria do quase-contrato, que será apreciado mais adiante.

(12) "O funcionário de fato fez jus aos vencimentos do cargo". Ac. STF, in RDA 74/191.

(12-bis) Jêze, op. cit., p. 550, nota de rodapé.

Essas espécies podem ser explicadas assim:

a) por atividade paralela:
quando o administrado realiza uma atividade em benefício geral, que o Estado já tornou a seu cargo, com o caráter de serviço público.
Exs.: estabelecimentos privados de ensino, hospitalares, de previdência social.

b) por participação:

b 1) voluntária:

a intervenção do administrado se realiza por vontade dele.

O exercício da atividade pode, ou não, ter sido assumido pelo Estado.

Exs.: o concessionário de serviço público; o co-contratante da administração pública, para execução de serviços públicos; a detenção de delinquentes em flagrante; o defensor dativo gratuito; as testemunhas, num processo;

b 2) forçada:

é a prestação pessoal obrigatória.

Exs.: serviço militar, a luta contra pragas agrícolas, a vacinação de rebanhos.

c) por ingerência:

quando o administrado, sem título legal e sem mandato administrativo, realiza atos, ou executa fatos que beneficiam a administração pública, para satisfazer necessidades gerais (serviços públicos).

Exs.: pagamento de contribuição de guerra, a cargo da comuna; construção de ponte numa via pública. Isto configura a gestão de negócios, e o enriquecimento sem causa. (13)

5.1 Inexistência de relação de emprego.

O Contrato individual de trabalho, sob regime jurídico da C. L. T., pode ser tácito (art. 442).

Entretanto, quando num dos pólos da relação jurídica de emprego se acha o poder público, como tomador de serviços, sustentamos que só pode haver contrato expresso, levando-se em conta que o administrador age sob o princípio da legalidade (fazendo o que a lei lhe permite fazer, princípio oposto ao regime jurídico privado, onde o particular faz o que lhe não seja vedado), e, ainda, levando-se em consideração o Decreto Federal nº 15.783, de 8.11.1922 (Regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública),

(13) Marienhoff contraria o critério da doutrina Geral, entendendo que a teoria do funcionário de fato **NÃO É** de aplicação no caso de colaboração de particulares na prestação de serviços públicos por ingerência, porque os funcionários de fato não são, exatamente, "particulares" que colaboram na prestação dos serviços públicos. Embora "de fato", são funcionários, e não, particulares.

A classificação dessas espécies (atividade paralela, participação voluntária ou forçada, e por ingerência) feita por Marienhoff, é com apoio em Hauriou, Bernard Gény, e Garcia Gviedo. Cf. Marienhoff, Tratado, tomo III-B, p. 192.

que disciplina os contratos em que é parte o poder público, o qual exige "citação expressa, em suas cláusulas, da lei que autoriza a contratação" (art. 767, letra e, primeira parte, e art. 775, § 1º, primeira parte), vedando expressamente a celebração de contratos verbais com a Fazenda Pública, e sancionando-os com invencível nulidade (art. 778).

Este Decreto Federal nº 15.783/22 tem sido acolhido como "norma geral de direito financeiro", razão por que sua eficácia alcança os entes intra-estatais (Estados e Municípios) na elaboração de seus contratos (vale dizer: incide mesmo que seja contrato de trabalho, desde que celebrado pelo Poder Público).

Um ato administrativo de admissão de alguém ao serviço público leva em si uma certa dose de poder estatal, exercido legalmente pelo agente público: "Administrer, c'est faire exécuter la loi". (14)

Dáí, segue-se o perquirir a vontade do poder público, com origem na lei (atuante como causa jurídica, ou ato-condição que legitima o ato jurídico de admissão do prestador de serviço), e sempre expressa e formalmente. (15)

Logo, fica afastada a viabilidade de existir contrato tácito de emprego na administração pública, os quais, quando ocorrem, são nulos jure at de jure, e o prestador de serviço, com seu ato de admissão viciado, atua na situação de servidor de fato. (16) (17)

5.2 Vinculação estatutária do funcionário de jure.

O funcionário de jure se vincula ao Estado por uma relação jurídica de natureza institucional materializada na lei própria que disciplina essa relação: o estatuto do funcionalismo público.

As regras disciplinadoras tem em vista o interesse público (e não, o interesse individual do funcionário de jure), e por isso, são impostas unilateralmente pelo Estado, e ainda, são suscetíveis de serem alteradas, a qualquer tempo, sem que o funcionário possa contestar a legitimidade dessa alteração de regime jurídico. (18) (19)

(14) Cf. "Éléments du Droit Administratif en Belgique", publiés par les Auteurs du Code Constitutionnel Belge Expliqué, Bruxelles, 1837, Introduction, p. IX.

(15) "... a vinculação da Administração ao Processo Legal é condição da própria vontade administrativa, quando manifestada ou exteriorizada".

Cf. Manoel de Oliveira Franco Sobr., Introdução ao Processo Administrativo, p. 115.

(16) Esse entendimento não tem sido acolhido pelos tribunais trabalhistas, os quais entendem, sic et simpliciter, que o prestador de serviço do Estado não protegido pelo estatuto de funcionalismo, fica protegido, ipso facto, pela legislação comum do trabalho.

Agasalhando a tese oposta há o Ac. do TFR, já referido na nota (11) de rodapé.

(17) Cf. Mário Nunes Soares, "Contrato tácito de trabalho, e sua inadmissibilidade no sistema administrativo". In: RDP 27/31;

Cf. Armando Cabral, "Ato-condição no contrato tácito de emprego público", In: Anais do I Encontro Nacional de Procuradores Municipais, Recife, 1974, p. 294. Também publ. in Rev. da Consultoria-Geral do Estado do R. G. S. nº 8, p. 63.

(18) Celso Antonio, Apontamentos sobre Agentes e Órgãos Públicos, p. 11.

(19) Ac. STF, in RDP 31/88.

O entendimento de que o vínculo jurídico entre o poder público e o funcionário é contratual (contrato de direito privado, a princípio, depois, contrato de direito público) não teve arrimo na doutrina e na lei brasileira. (20)

É que não há a via consensual. O ato de nomeação é unilateral, e o agente toma posse no cargo, ato pelo qual ele aceita aquela nomeação; aqui há, é verdade, um consenso de ambas as partes, mas apenas quanto à formação do vínculo, sem alcançar (esse acordo de vontades) o conteúdo dessa relação sob regime jurídico de caráter objetivo e impessoal, de extensão abstrata, decorrente de textos constitucionais, legais e regulamentares, não envolvendo em si, como regra geral, qualquer situação de caráter subjetivo e pessoal, de extensão concreta. (21)

5.3 Quase-contrato.

A gestão de negócios é ainda uma teoria do direito privado, "transplantada" para o direito administrativo, onde rege situações diferentes.

A noção de gestão de negócios é idêntica em direito público e em direito privado, em seus elementos essenciais, mas em seu regime jurídico se encontra modificado. (22)

A gestão de negócios, em direito administrativo e em direito civil, é um quase-contrato, em virtude do qual uma pessoa, através de atividade voluntária e desinteressada e em benefício de outrem, pode receber uma indenização; esta é a consequência jurídica essencial: oportunizar ao gestor um direito a ser indenizado. (23)

Os quase-contratos que encontramos em direito administrativo são os mesmos do direito civil, mas disso não decorre, necessariamente, que estejam regidos pelas mesmas regras: v.g., os contratos administrativos não estão submetidos ao mesmo regime dos contratos civis, e, da mesma sorte, os quase-contratos administrativos podem ter regras próprias,

(20) "A doutrina alemã, hoje (1914) seguida pelos melhores expositores italianos, franceses e americanos, nega o caráter contratual àquelas relações (entre Estado e funcionário): pelo menos do contrato ordinário, cujas regras estão sujeitas à sanção do direito civil, hipótese em que o funcionário público seria um mero locatário dos seus serviços. Os fatos provam o contrário; isto é, que o ato de nomeação do funcionário não constitui um contrato, nem tem a forma disso. A nomeação, ato pelo qual a autoridade superior investida do respectivo poder, determina e fixa a escolha da pessoa incumbida do desempenho de determinada função pública, reveste-se da forma de um mandamento imperativo, e como tal, é um verdadeiro ato de autoridade". Cf. Alcides Cruz, Direito Administrativo Brasileiro, ed. 1914, p. 87.

(21) O. A. Bandeira de Mello, "Teoria dos Servidores Públicos", in RDP 1/49.

(22) "... la teoría no puede trazer un corte en las instituciones jurídicas y decir: del lado de acá de este corte está el Derecho privado; del otro lado, el Derecho público, seno que ha de respetar la conexión y el enlace que existe entre el Derecho privado y el Derecho administrativo, investigando los fenómenos hasta sus últimas ramificaciones. Sólo de este modo se podrá explicar científicamente la materia jurídica y cabrá esperar que las instituciones jurídicas se comprendan e interpretenem em sus peculiaridades propias". Spiegel, Derecho Administrativo, p. 154.

(23) Waline, Traité, p. 573.

inspiradas pelas exigências do direito público, e que os julgados determinam, transpondo as noções civilistas da gestão de negócios, do enriquecimento sem causa, e da repetição do indébito. (24)

Por quase-contrato se há de entender, de modo geral, o fato ou o ato voluntário lícito, que produz efeitos semelhantes aos contratos, sem existir acordo de vontades, nem consentimento sobre o que é matéria concreta de tal fato ou ato. (25)

O fundamento jurídico da noção de quase-contrato no direito administrativo se apresenta de dois aspectos: um, puramente jurídico; outro, jurídico-econômico. No primeiro, se consideram os quase-contratos com o caráter de fatos jurídicos subjetivos, pelo que, é de tais fatos (e não, diretamente da lei) que derivam as respectivas obrigações. De outro lado, em direito administrativo o conceito de quase-contrato poderia ter maior aplicação que em direito civil, dado que a noção de quase-contrato, quando inexistente um ato ou um contrato administrativo, pode compreender qualquer fato jurídico subjetivo idôneo para produzir alguns dos efeitos que, normalmente, são próprios do ato administrativo, ou do contrato de direito público. (26)

Assim acontece realmente: grande parte das obrigações que nascem de certos tipos de colaboração dos particulares com a administração pública na prestação de serviços públicos, encontram (ou podem encontrar) solução por meio da teoria do quase-contrato.

No segundo aspecto, como fundamento se invoca a idéia de "justiça comutativa", e, mais precisamente, o desejo de restabelecer o equilíbrio entre dois patrimônios, dos quais um se teria enriquecido, e o outro, empobrecido.

Este fundamento jurídico-econômico se relaciona mais diretamente com os casos de enriquecimento sem causa. A jurisprudência e os pareceres de órgãos consultivos do poder público têm deferido sempre ao funcionário de fato a remuneração pelos serviços que prestam, entendendo que haveria enriquecimento sem causa pelo Estado, se se admitisse a gratuidade de tal prestação. Nesta hipótese, está presente sempre a boa fé do prestador de serviço, pressuposto que lhe permite ser indenizado.

Neste caso de colaboração benévola do particular na gestão do negócio público, ou seja, de sua participação por ingerência, a remuneração pró labore facto lhe é reconhecida a título quase-contratual. (27) (28)

A natureza jurídica da relação entre funcionário de fato e poder público é o quase-contrato administrativo, o qual resolve os problemas pertinentes ao exercício da função de fato. (29)

(24) Laubadère, Traité, p. 573.

(25) Marienhoff, Tratado, tomo III-B, p. 687.

(26) Zanobini, Corso, apud Marienhoff, op. cit., p. 689.

(27) Hauriou, Précis Élémentaire, p. 119.

(28) Plantey, Traité, tomo 1º, p. 63.

(29) Marienhoff, Tratado, tomo III-B, p. 209.

Aliás, é a regra expressamente agasalhada pelo nosso Código Civil, nos artigos 1339 e 1340. (30)

6. Conclusão

A natureza jurídica do vínculo entre funcionário de fato e Administração Pública é de conteúdo quase-contratual.

BIBLIOGRAFIA

CONSTANTINEAU, Albert. Tratado de La Doctrina de Facto. Buenos Aires, Depalma, 1945, 2v.

CRUZ, Alcides. Direito Administrativo Brasileiro. 2. ed., F. Alves, Rio, 1914. (Funcionário público, p. 48).

CABRAL, Armando Henrique Dias. Ato-condição no Contrato Tácito de Emprego Público. Anais do I Encontro Nacional de Procuradores Municipais, Ed. IBDM, Recife, 1974, p. 294/301; Rev. da Consultoria-Geral do Estado n.º B, Porto Alegre, 1974, p. 63/70.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. Introdução ao Processo Administrativo, RT, SP, 1974.

HAURIOU, Maurice. Précis Élémentaire de Droit Administratif. 4. éd., Paris, Sirey, 193B. (La collaboration par ingérence, p. 118).

JÈZE, Gaston. Los Principios Generales del Derecho Administrativo. Ed. Reus, Madrid, 1928, 1 v. (Funcionário de Fato, p. 480).

Los Principios Generales del Derecho Administrativo. Depalma, Buenos Aires, 1948, 7 v. (F. Fato, tomo II, p. 320).

LAUBADÈRE, André de. Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs. Paris, LGDJ, 1956, 3v. (Ouase-contrato, tomo I, p. 15).

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, A. Perrot, 1974, 5v. (F. Fato, tomo III-B, p. 139; quase-contrato, tomo III-B, p. 6B7).

(30) "art. 1339 — Se o negócio for utilmente administrativo, cumprirá o dono as obrigações contraídas em seu nome, **reembolsando ao gestor as despesas necessárias** ou úteis que houver feito, com as juros legais, desde o desembolso".

"art. 1340 — Aplica-se, outrossim, a disposição do artigo antecedente, quando a gestão se proponha acudir a prejuízos iminentes, ou **redunde em proveito do dono do negócio**, ou da coisa. Mas nunca a indenização ao gestor excederá em importância às vantagens obtidas com a gestão".

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apontamentos sobre Agentes e Órgãos Públicos, RT, SP, 1972.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios do Estatuto do Agente Público. Rev. de Direito Público nº 1, S. Paulo, julho-setembro 1967, p. 40/53. (F. Fato, p. 43, item 11).

SOARES, Mário Nunes. Contrato Tácito de Trabalho, e sua Inadmissibilidade no Sistema Administrativo. Rev. de Direito Público nº 27, S. Paulo, janeiro-março 1974, p. 27/31.

SPIEGEL, Ludwig. Derecho Administrativo. Labor, Barcelona-Bs. Aires, 1933. (Concepción civilista y administrativa del Derecho, p. 147).

WALINE, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Administratif. 6. éd., Sirey, Paris, 1952. (F. Fato, p. 408; quase-contrato, p. 573).

PARECERES

TERRAS PÚBLICAS

NEY SÁ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Comercial da UNISINOS

PARECER Nº 4.674

TERRAS PÚBLICAS.

Os atos translativos da propriedade de terras devolutas não precisam, necessariamente, revestir a forma de escritura pública, podendo a transferência se operar através de títulos expedidos pelo Estado ou certidões autênticas dos termos lavrados em suas repartições administrativas.

Exegese do artigo 5º, do Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931.

A transcrição do título é, porém, obrigatória, pouco importando a inexistência de registro anterior, como ocorre, de resto, com relação a toda a propriedade imobiliária dos Estados, havida por obra do artigo 64, da Constituição de 1891.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, através da Supervisão de Comandos Mecanizados, da Secretaria da Agricultura, outorgou a V. O. a concessão do lote rural nº 87, da Seção Anhaia, no Município de Carazinho, transferindo-lhe o domínio sobre o referido lote rural, por Termo Administrativo registrado na Unidade de Terras Públicas e Núcleos Agrícolas, tendo sido expedido, em consequência, o Título de Propriedade nº 257, datado de 13 de dezembro de 1978.

Encaminhado tal título, pelo interessado, ao Ofício do Registro de Imóveis de Carazinho, recusou-se o Oficial Ajudante em exercício a realizar a transcrição sob a alegação de que:

"1.1 – No artigo 167, inciso I, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, está o elenco dos títulos que podem ser registrados, referentes a imóveis; no mesmo não consta o referido título.

1.2 – Se tal não ocorresse, encontraria ainda empecilho ao registro no artigo 222, da já mencionada Lei... (e no) artigo 223."

Por esta razão, a Secretaria da Agricultura pede a ouvida desta Procuradoria-Geral, tendo-me o processo sido distribuído, para parecer.

É o relatório.

Como decorre o exposto, dois são os temas a enfrentar, diante das razões invocadas pelo Oficial do Registro de Imóveis de Carazinho para negar o pretendido registro do título de propriedade expedido pelo Estado em favor de V. O.: primeiro, porque entendeu o Oficial do Registro que esse título não está autorizado por lei a ser conumerado entre os "títulos sujeitos ao registro de imóveis", adiantando o mesmo cartório presumir tratar-se de "título preparatório para a lavratura da competente escritura pública"; segundo, porque de acordo com o mesmo serventário, esse registro se faz impossível face à inexistência de registro anterior, capaz de lhe dar condições de cumprir a regra do artigo 222 da Lei dos Registros Públicos.

A matéria versada não é nova, já tendo sido objeto de acirrado debate, entre jurisprudências, como J. M. DE AZEVEDO MARQUES, MÁRIO DE ASSIS MOURA e CLÓVIS BEVILAQUA, não só a questão da forma que deve revestir o ato translativo da propriedade, como a própria necessidade do registro, nos termos da lei civil (Revista dos Tribunais, 69/277, 242 e 459).

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, em seu Tratado, resume os principais argumentos expendidos a favor e contra a tese da exigência da escritura pública, como forma a ser observada para os atos de transmissão da propriedade imobiliária, por parte do Poder Público.

Diz ele, ao se referir aos que entendem necessária a observância da forma prescrita na lei civil:

"Funda-se a sua argumentação no seguinte, a saber:

a) no artigo 134 do Código Civil;

b) na Ordenação, livro 3º, tit. 59, in verbis: todos os contratos, doações, aforamentos e quaisquer outros e por qualquer nome, por Direito ou Costumes, que quaisquer pessoas, assim públicas como privadas, fizerem sobre bens de raiz e a quantia da obrigação passar de (...) sejam feitas por escritura por tabelião público;

c) no Aviso nº 515 do Ministério da Fazenda de 25 de novembro de 1868 (24);

d) no parecer das Seções de Justiça e Fazenda do Conselho do Estado, declarando que, em relação ao laudêmio das propriedades foreiras à Fazenda

Nacional, comporta-se o Estado como qualquer particular, regulando-se as suas relações pelo direito civil (25);

e) na opinião de autores como CARVALHO SANTOS e AZEVEDO MARQUES.

a) o aforamento dos terrenos de marinha é uma concessão de direito público, regulada por lei especial, e somente nos casos omissos, como observa CLÓVIS BEVILAQUA, aplicam-se as normas do Código Civil (26);

b) deferido o pedido de concessão, o direito do concessionário tem a sua expressão formal no título expedido e do qual decorrem as relações jurídicas;

c) independente desse título, pode ser a escritura suprida por um termo lavrado na repartição, o que se justifica pela natureza pública da concessão;

d) o disposto na Decisão de 7 de outubro de 1859, que mandava lavrar um termo na Seção do Contencioso;

e) o disposto na Decisão de 27 de julho de 1902 e do Decreto nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, que também se referem a termo de aforamento e título de concessão;

f) decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente nos Acórdãos de 13 de julho de 1913 e 24 de agosto de 1917;

g) toda a tradição do nosso direito em matéria de concessões de terras públicas, consagrando o título de concessão como instrumento constitutivo de direito real sobre as terras públicas, e, portanto, também dos desmembramentos do seu domínio." (CAVALCANTI, Themístocles. Tratado de Direito Administrativo, 2ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1950. v. 5. págs. 189/190).

O mesmo THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, manifestando a sua própria opinião, refere não ter dúvida em aceitar a última corrente, mesmo porque, como alude, "o Código Civil só incidentalmente referiu-se aos bens do domínio público, para discriminá-los, deixando para as leis especiais a fixação do regime jurídico dos bens do Estado".

Com apoio em DANIEL DE CARVALHO (Pareceres. Belo Horizonte, 1919, pág. 140), observa que "o sistema da expedição de títulos não somente é da nossa tradição jurídica e administrativa, como se vê de toda a legislação sobre terras devolutas, mas ainda tem o seu similar no direito anglo-saxônico, onde as concessões (GRANTS) e as 'patents' constituem o elemento formal da transferência das terras públicas". (ID. IBID.).

E concluí, peremptório:

"(...) aprovada a concessão, nada justifica, segundo entendemos, a exigência da escritura pública:

O termo lavrado na repartição competente ou a expedição do título são suficientes para criar a relação jurídica, regulada por leis especiais que fixam as normas e o regime jurídico da concessão.

Foi a solução dada, aliás, pelo art. 109 do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, em relação aos imóveis da União." (op. et loc. cit.).

RUY CIRNE LIMA comunga do mesmo ponto de vista, como dá testemunho a sua obra sobre a História Territorial do Brasil. Referindo-se o ilustre publicista à legislação antiga sobre as sesmarias, anota que *"a expedição do título de terras reputava-se formalidade essencial ao aperfeiçoamento da concessão (...). Era o título de terras, mais do que lhe diz o nome, um verdadeiro modo de aquisição de propriedade imóvel; dispensava-se-lhe a transcrição no registro predial"*. (CIRNE LIMA, Ruy. Pequena História Territorial do Brasil. Sesmarias e Terras Devolutas).

Isto se explicava, anteriormente à República, porquanto nem a metrópole portuguesa nem o Império jamais poderiam partilhar e distribuir as nossas terras devolutas, em caráter de pessoas privadas.

Nos primeiros tempos todo o nosso território se constituía de terras devolutas e as alienações e doações que se fizeram durante séculos não lograram desfalcá-lo, senão em ínfima parcela.

Com o advento da Constituição Republicana, porém, que atribuiu as terras devolutas aos Estados, fracionando o território nacional de acordo com a nova divisão político-administrativa, este quadro se alterou, especialmente em alguns Estados, de maior população, que na partilha constitucional foram mal contemplados, face, principalmente, às concessões anteriormente feitas.

Segundo RUY CIRNE LIMA, talvez esta tenha sido a razão do surgimento da corrente doutrinária encabeçada por AZEVEDO MARQUES, que proclamava estarem erradas todas as concessões até então realizadas porque *"A concessão de domínio é sempre uma doação, quando gratuita, ou uma venda, quando onerosa 'sendo' nula, portanto, a concessão que envolver transferência de domínio sem escritura pública"*. (op. et loc. cit., págs. 106/107).

Para ser coerente, AZEVEDO MARQUES entendeu que a própria lei estadual paulista, que fez concessão de terras devolutas aos Municípios, deveria ter sido transcrita no albo imobiliário, para produzir a transferência de domínio — o que, aliás, levou CLÓVIS

BEVILAOUA a ponderar que, então, também *"o artigo 64 da Constituição da República deveria ter sido transcrito para se entender transferidas para os Estados as terras devolutas, pois, o artigo 8º do Decreto nº 169-A, de 19 de janeiro de 1890, exigia a transcrição dos atos translativos da propriedade de imóvel para que valessem contra terceiros"* (Revista dos Tribunais, 71/16 — APUD CIRNE LIMA, Ruy, op. cit., pág. 108).

De qualquer forma, como pondera o mesmo RUY CIRNE LIMA, a despeito das objeções que se levantaram contra a corrente doutrinária comandada por AZEVEDO MARQUES, ela *"tão considerável e importante, na verdade, se tornou, que a própria lei lhe foi ao encontro, para, sob a aparência de interpretar o Código Civil, introduzir na nossa Legislação as reformas propugnadas"*.

Este é, na verdade, o significado do Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931, emanado do Governo Provisório.

Segundo o artigo 5º desse diploma, *"Os títulos expedidos pelo Estado e as certidões autênticas dos termos lavrados em suas repartições administrativas, referentes à concessão de terras devolutas, valerão, qualquer que seja o preço da concessão, para os efeitos da transcrição no Registro de Imóveis (...)"*.

Vê-se, por aí, que está vitoriosa a posição provatística de AZEVEDO MARQUES, diante da determinação legal que tornou obrigatório o registro dos títulos translativos da propriedade de terras devolutas.

Consigne-se, porém, que esse mesmo texto legal afasta, definitivamente, a obrigatoriedade da escritura pública, a ela equiparando os títulos expedidos pelos Estados e as certidões autênticas dos termos lavrados em suas repartições administrativas, referentes à concessão de terras devolutas (...).

A obrigatoriedade do registro desses títulos decorre do próprio texto em exame porque submetida, como está, a matéria à regulamentação do direito privado, a transação do domínio só se opera pela transcrição, nos termos do artigo 530, I, 531 e 533, do Código Civil, motivo por que tal registro não pode ser recusado.

Quanto à segunda questão levantada, relativa a inexistência de registro anterior, não tem ela qualquer procedência.

De fato, como se teve oportunidade de aludir acima, a origem da propriedade das terras devolutas reside no artigo 64, da Constituição de 1891 — e nunca houve quem entendesse necessária a transcrição desse dispositivo, para o efeito de se operar a transferência do domínio da União para os Estados.

De tal sorte, as terras devolutas pertencentes aos Estados estão, em sua totalidade, excluídas do registro imobiliário e, assim, a ter procedência a objeção do Ofício do Registro Imobiliário de Carazinho, os Estados não poderiam, em nenhuma circunstância, praticar atos de transferência dessa propriedade imóvel (...).

A verdade, porém, está em que, como acentua AFRÂNIO DE CARVALHO:

"(...) embora às vezes sejam referidos como exceções ao princípio da continuidade, os títulos envolventes de transição entre a propriedade pública e a particular na verdade escapam desenganadamente ao seu âmbito, caracterizando-se antes como casos de manifesta inaplicabilidade do princípio. É que este domina apenas as mutações jurídico-reais que ocorrem no círculo da propriedade privada". (CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis. Rio, Forense, 1976, pág. 305).

"por isso — prossegue o mesmo autor — os títulos concernentes à transição entre as suas propriedades têm acesso direto ao registro, dispensando-se a pré-inscrição do título anterior, devido à posição em que se acha o domínio público relativamente ao domínio privado, o primeiro livre do registro, o segundo sujeito a ele.

(...) a dispensa impõe-se com meridiana clareza, pois o título atual provém do Estado, que tem o domínio original do território, o que redundaria em dizer que não existe, não pode existir, título anterior.

O título emanado do Estado deriva da fonte pura, da nascente não turvada de todo domínio." (ID. IBID.).

Verifica-se, assim, de todo o exposto, que nenhuma razão existe para que se recuse o registro, no albo imobiliário, do título de propriedade passado pelo Estado do Rio Grande do Sul a V. O., constante de fls. 4 dos autos.

Este é o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 14 de maio de 1981.

DIREITO ADQUIRIDO A QÜINQUÊNIOS E GRATIFICAÇÕES ADICIONAIS

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Romano na Faculdade de
Direito da U.F.R.G.S.

PARECER Nº 4.369

Direito adquirido a quinquênios ou gratificações adicionais por tempo de serviço.

Impossibilidade de a lei ordinária suprimir ou restringir essas vantagens, quando existente direito adquirido.

O Senhor Procurador-Geral da Justiça encaminhou a este Órgão, para parecer, expediente, no qual o Promotor Público de 4ª entrância, R. V., se insurge contra a interpretação dada pelo Tesouro do Estado a disposições da Lei Estadual nº 7.344, de 1979 e da Lei Complementar nº 35, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura), no que tange ao chamado "congelamento" de vantagens pecuniárias, tais como as gratificações adicionais por tempo de serviço e quinquênios.

2. O problema já foi solvido, nesta Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer nº 4.366, da lavra do Procurador do Estado JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, ao definir que aquelas vantagens, se incorporadas ao patrimônio jurídico dos servidores como direitos adquiridos, não podem ser eliminadas ou alteradas por lei nova, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

3. Na verdade, ao preencher o servidor os requisitos impostos em lei para a percepção de quinquênio ou de gratificação adicional adquire direito subjetivo a não ser tratado, pecuniariamente, em igualdade de condições com os demais servidores que não possuem o mesmo tempo de serviço.

Em outras palavras, o objeto do direito subjetivo é um determinado percentual incidente sobre os vencimentos. Muito embora se admita que os vencimentos de funcionários públicos possam ser reduzidos, é inaceitável, contudo, suprimir ou alterar o percentual a que fez jus o servidor. Porque o objeto do direito subjetivo é o próprio percentual é que não tem o Poder Público a faculdade de suprimi-lo, mesmo que a remuneração, em termos globais, se torne mais elevada. Se a elevação geral da remuneração justificasse a ablação dos percentuais, sob a alegação de que nenhum prejuízo pecuniário sofreria o servidor, estaria aberta a porta para o engodo e a fraude, pois outra lei poderia mais adiante reduzir os vencimentos, fazendo-os atingir níveis ainda inferiores aos em que se encontravam anteriormente à lei do aumento. Tal expediente, se admissível, converteria o direito subjetivo aos quinquênios e às gratificações adicionais em "nudum jus", numa simples e

frágil aparência de direito, que, a rigor, nenhum obstáculo oporia à atuação do Estado, podendo ser desrespeitado e esquecido a qualquer momento. Em termos reais não seria, portanto, direito subjetivo, inscrito na classe dos "iura quaesita", que a Constituição Federal protege energicamente ao consagrar o princípio da irretroatividade das leis.

4. Tais considerações, a par das extensamente deduzidas no aludido Parecer PGE nº 4.366, e que aqui se dão por reproduzidas para evitar repetições inúteis, levam à conclusão de que os membros do Ministério Público têm direito subjetivo a perceber os quinquênios e as gratificações adicionais, já incorporadas ao seu patrimônio como direitos adquiridos, sobre os vencimentos atuais dos cargos que titulam, não se lhes aplicando, por manifestamente inconstitucional, a restrição consignada no art. 145, e seu parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura. Apenas não têm direito subjetivo algum a essas vantagens os servidores que não chegaram a implementar os requisitos legais impostos a sua percepção. Com relação a eles, titulares de simples expectativa, nada impedia que a lei ordinária suprimisse ou alterasse os benefícios.

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1980.

APOSENTADORIA E LEI PRAIEIRA

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

PARECER Nº 4.492

APOSENTADORIA.

O servidor que reuniu os requisitos para aposentadoria voluntária fora do prazo de um ano, previsto no art. 177, § 1º da Constituição Federal de 1967, não tem direito à promoção prevista na Lei nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954 (Lei Praieira), quando de sua passagem para a inatividade.

1. O Juiz de Direito de 4ª Entrância, Bacharel D. D., contando com mais de trinta anos de serviço, foi aposentado, à pedido, no cargo de Juiz do Tribunal de Alçada, com fundamento nas disposições da Lei nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954, por ter prestado serviço militar em Zona de Guerra, conforme definida e delimitada pelo Decreto Federal nº 10.490/A, de 25 de setembro de 1942.

O ato de aposentadoria teve seu registro negado pelo Egrégio Tribunal de Contas, em sessão plenária de 21 de maio do corrente ano, em virtude da concessão de vantagens da referida Lei nº 2.558, de 1954.

Devido à negativa de registro, foi solicitado o pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado, tendo sido o expediente distribuído a este Conselho Superior.

2. A Lei nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954, denominada "Lei Praieira", com base na qual foi concedida a promoção ao magistrado, quando de sua aposentadoria, estabelece, textualmente:

"Art. 1º — Os Oficiais e Praças da Brigada Militar que serviram na zona de guerra, definida e delimitada pelo artigo 1º do Decreto Federal nº 10.940-A, de 25 de setembro de 1942, terão direito, para fins de reforma ou transferência para a reserva, a 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."

3. O requerente prestou serviço em Zona de Guerra na condição de militar, conforme se verifica pela certidão fornecida pelo 7º Regimento de Infantaria, da 3ª Divisão de Infantaria.

Assim, de acordo com a orientação adotada por esta Procuradoria-Geral, o requerente teria feito jus à promoção, à data de sua aposentadoria, se vigente a Lei nº 2.558, de 1954, porque os serviços prestados na Zona de Guerra foram na condição de militar.

Neste sentido esclarece o Parecer nº 207/GAJ, da lavra do Consultor Jurídico ANTONIO ESTÉVÃO ALLGAYER, aprovado pelo então Governador do Estado:

"Há, entretanto, uma diferença a assinalar: Para quem serviu na condição de militar, ou de servidor policial, suficiente é comprovar que haja ocorrido no Estado ou em outra zona definida como de guerra, à época prevista na lei; quem, no entanto, serviu na condição de civil, indispensável é que demonstre haver participado de serviço ou operações de guerra, ainda que não seja combatente." ("in" Diário Oficial do Estado de 10 de julho de 1967, pág. 2).

4. Satisfeitos os requisitos postos pela chamada "*Lei Praieira*", resta verificar se a mesma lei continua a produzir efeitos.

A Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967, ao dispor sobre a aposentadoria de funcionários estabeleceu, no artigo 101, § 3º, que: "*em caso nenhum os proventos de inatividade poderão exceder a remuneração percebida em atividade*", preceito que foi mantido pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (artigo 102, § 2º).

E, no artigo 177, § 1º, a mesma Constituição ressalvou o direito à inativação com as vantagens previstas na legislação então vigente, desde que o servidor já tivesse satisfeito as condições necessárias à aposentadoria ou que viesse a satisfazê-las no prazo de um ano.

A Constituição de 1967, por um lado, proibiu a percepção de proventos de inatividade superiores à remuneração percebida em serviço e, de outro, limitou em um ano o prazo para implementar as condições necessárias à inativação pelas Leis então vigentes para os servidores que já estavam em vias de aposentar-se.

Entendo, por isso, que a Carta Federal de 1967 revogou toda a legislação federal, estadual e municipal permissiva de promoções por ocasião de aposentadoria, respeitando tão-somente o direito já adquirido à inativação em bases mais favoráveis, bem como a situação de servidores que viessem a adquiri-lo no prazo de um ano a contar de 15 de março de 1967.

Assim, para os servidores que implementaram os requisitos necessários à inativação no período de 15 de março de 1967 a 15 de março de 1968, houve dualidade de regimes de aposentadoria, podendo ser inativados com fundamento em um ou em outro sistema.

Neste sentido foram os Pareceres números 327/GAJ, 342/GAJ, 692/DAJ, 703/DAJ, 830/DAJ, 870/DAJ e 888/DAJ, todos desta Procuradoria-Geral do Estado.

Mas, para o servidor que adquiriu direito à aposentadoria após 15 de março de 1968, aplica-se a proibição do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, ficando o aposentado proibido de receber mais do que percebia em atividade. A partir dessa data ficaram vedadas, portanto, as promoções em razão da aposentadoria ou após a sua concessão.

5. Pelas grades de tempo de serviço e pelas certidões juntadas ao processo, verifica-se que o interessado estava longe de implementar as condições para aposentadoria no prazo de um ano previsto pelo referido § 1º, do artigo 177, da Constituição de 1967.

Assim sendo, minha opinião é que, ao reunir os requisitos necessários à aposentadoria, cerca de dez anos mais tarde, não fez jus à promoção que lhe foi deferida em sua passagem para a inatividade.

6. EM CONCLUSÃO, entendo que, no caso, só cabe cumprir a decisão do Egrégio Tribunal de Contas, retificando-se o ato de aposentadoria com a fixação de proventos correspondentes aos vencimentos de Juiz de Direito de 4ª entrância, acrescido da verba de representação e das demais vantagens pessoais do magistrado.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 22 de setembro de 1980.

APOSENTADORIA EM CARGO DIVERSO DO TITULADO

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

PARECER Nº 4.643

APOSENTADORIA.

É nulo o ato de aposentadoria que inativa servidor em cargo diverso daquele que titulava.

1. O Bacharel D.D. Juiz de Direito de 4ª Entrância, contando com mais de trinta anos de serviço e alegando ter direito a uma promoção na passagem para a inatividade, por ter prestado serviço militar em Zona de Guerra, requereu aposentadoria voluntária no cargo de Juiz do Tribunal de Alçada.

A inativação foi concedida, inclusive com a promoção solicitada, com base na denominada "*Lei Praieira*" (Lei nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954).

O ato de aposentadoria, no entanto, teve seu registro negado pelo Egrégio Tribunal de Contas, em sessão plenária de 21 de maio de 1980, por entender ilegal a promoção deferida na passagem para a inatividade.

Ouvido o Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, manifestou-se este Órgão pela impossibilidade da promoção prevista na "*Lei Praieira*", em virtude de ter o magistrado reunido os requisitos para inativação voluntária fora do prazo de um ano previsto no § 1º do art. 177 da Constituição Federal de 1967, sugerindo, por isso, a retificação do ato de aposentadoria com fixação de proventos correspondentes aos vencimentos de Juiz de Direito de 4ª entrância, acrescido da verba de representação e das demais vantagens pessoais (Parecer nº 4.492/PGE, de 22 de setembro de 1980).

Ciente da orientação recomendada pela Procuradoria-Geral do Estado, o magistrado, em petição encaminhada ao Senhor Governador, alegou a impossibilidade do deferimento da aposentadoria em cargo diverso daquele em que foi postulada e solicitou a declaração de nulidade do ato, manifestando, outrossim, intenção de retornar à atividade.

Ante a inconformidade do magistrado, o expediente voltou a este Conselho Superior para reexame da matéria.

2. Bem examinado o expediente, sou de opinião que o requerente tem íntegra razão quando sustenta a nulidade do ato que o inativou.

O interessado, Juiz de Direito de 4ª entrância, requereu e teve deferida inativação voluntária em cargo de Juiz do Tribunal de Alçada, ou seja, em cargo diverso daquele que titulava.

Sendo vedadas pela vigente Constituição Federal (art. 102, § 2º) as promoções decorrentes da inativação, entendo que o ato de aposentadoria de fls. 73 é absolutamente nulo e de nenhum efeito porque inativou o magistrado em cargo diverso daquele em que ele era titular.

E, de outra parte, tendo o interessado manifestado sua desconformidade com a aposentadoria voluntária em condições diversas das requeridas e tendo demonstrado inequívoca intenção de retornar à atividade, penso que é de ser declarada a nulidade do ato que o aposentou nos exatos termos requeridos a fls. 114 e 115.

Neste sentido, o próprio interessado indica aresto do Supremo Tribunal Federal decidindo que não pode ser deferida aposentadoria voluntária em condições diversas das que foram requeridas, porque tal procedimento implicaria em transformá-la em aposentadoria compulsória, fora das hipóteses em que esta é taxativamente prevista na Constituição Federal.

Com efeito, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.038, do Distrito Federal, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em composição plenária decidiu:

"Em se tratando de aposentadoria voluntária, o julgamento a que se refere o § 8º, do art. 72, da Emenda Constitucional nº 1/1969, se limita à legalidade ou não de sua concessão, não podendo o Tribunal de Contas determinar seu registro em termos diversos dos em que foi requerida e deferida, o que implicaria em aposentadoria compulsória fora dos casos em que a Lei a permite." (AC. STF — Pleno — Mandado de Segurança nº 20.038-DF, rel. Min. Moreira Alves, in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 80, pág. 394).

EM CONCLUSÃO, entendo que o ato de aposentadoria de fls. 73 é nulo e de nenhum efeito, devendo ser declarado insubsistente e assegurando-se, outrossim, ao magistrado o direito de retornar à atividade com todas as vantagens decorrentes do tempo de serviço referente ao período em que esteve afastado em virtude de inativação irregular.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 26 de março de 1981.

COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE VENCIMENTOS

JORGE ARTHUR MORSCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Tributário na Universidade do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4.663

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. VENCIMENTOS DE SEUS FUNCIONÁRIOS.

COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO. INICIATIVA. Compete à Assembléia Legislativa a iniciativa das leis que fixam os vencimentos de seus funcionários.

A hipótese constitui exceção à regra que incluiu na competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo a iniciativa das leis que aumentam vencimentos ou a despesa pública.

1. O Excelentíssimo Senhor GOVERNADOR DO ESTADO encaminhou a esta Procuradoria-Geral, para exame e parecer, processo contendo os autógrafos da Lei nº 7.436, de 8 de dezembro de 1980, promulgada pelo Excelentíssimo Senhor Deputado Presidente da Assembléia Legislativa do Estado.

2. Seu texto confere retroatividade à Lei nº 7.320, de 17 de dezembro de 1979, que concedeu aos servidores do Quadro de Pessoal da Assembléia Legislativa um acréscimo de vencimentos em percentual idêntico à gratificação de incentivo à arrecadação deferida por lei aos funcionários dos órgãos de arrecadação e de supervisão e controle da Secretaria da Fazenda. Enquanto a Lei nº 7.320, de 17 de dezembro de 1979, no texto original, previa sua vigência para 1º de março de 1980, a nova redação faz retroagir seus efeitos a partir de 31 de outubro de 1979, isto é, antecipou em quatro meses o reajuste de vencimentos antes referido.

3. O respectivo projeto de lei, de nº 102/80, aprovado pela Assembléia Legislativa em 11 de novembro de 1980, foi vetado pelo Chefe do Poder Executivo, ao duplo fundamento da inconstitucionalidade e da contrariedade aos interesses do Estado, segundo se vê do ofício governamental de 28 de novembro de 1980 (fls. 15 a 17), veto que foi rejeitado pela Assembléia Legislativa em sessão plenária do dia 3 de dezembro de 1980.

É o relatório.

4. Conforme mencionado no ofício de 28 de novembro de 1980, a negativa de sanção do Chefe do Poder Executivo buscou fundamento na inconstitucionalidade do projeto de lei e no fato de ser contrário ao interesse público.

5. Enquanto fundamento de veto, a contrariedade ao interesse público — parece — envolve um juízo político, constitucionalmente deferido ao Chefe do Poder Executivo. Mas o Chefe do Poder Executivo somente é árbitro definidor daquilo que consulta e daquilo que não consulta com o interesse público para fins de manifestação de veto. Rejeitado o veto, pela maioria qualificada de dois terços, na mecânica dos freios e contrapesos do nosso sistema constitucional de partição horizontal de poderes, fica superado o juízo político do Chefe do Poder Executivo, substituído pela manifestação da maioria parlamentar. Destarte, por mais grave que seja a motivação que levou o Senhor Governador do Estado a considerar o Projeto contrário ao interesse público e a submetê-lo ao reexame do Poder Legislativo, dela não mais cabe cogitar.

6. Já o mesmo não ocorre com inconstitucionalidade, vício que, quando existente, não é afastado pela manifestação monolítica de recusa do veto. O que impende verificar, todavia, é se, no caso, realmente se faz presente esse vício capital.

7. Basicamente, alegou-se infringências às regras constitucionais concernentes ao processo legislativo. Segundo sustentou o ofício que comunicou o veto, a matéria estaria compreendida entre aquelas cuja iniciativa ficou reservada à competência exclusiva do Governador do Estado (Constituição Estadual, artigo 32, inciso IV), devendo interpretar-se a regra que outorga competência exclusiva à Assembléia Legislativa para propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos (Constituição Estadual, artigo 27, inciso XIX) em consonância com a anterior, para concluir-se que propor projetos de lei não é desencadear o processo legislativo, o qual não dispensa, mesmo nessa hipótese, a competência de iniciativa prevista no artigo 32 da Constituição Estadual, pois quem propõe não propõe a si mesmo. Foi dita ainda, nas razões do veto, que não se cuidava de fixação de vencimentos, mas sim em atribuição de efeito retrooperante a preceito fixador de vantagem concedida a título de "gratificação de arrecadação", e, por fim, de que a medida proposta acarretava ônus para os cofres estaduais.

8. Ouso divergir dos ponderáveis fundamentos constitucionais presentes nas razões do veto do Chefe do Poder Executivo Estadual. Tenho para mim que a vigente Carta Constitucional adotou, no que concerne ao tema, uma solução de compromisso, moderada, equidistante dos extremos, acolhedora do princípio da harmonia e da independência dos Poderes da República, conferindo à Assembléia Legislativa competência para iniciativa dos projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos (Constituição Estadual, artigo 27, inciso XIX), em regra que excepciona a competência mais ampla do Governador do Estado para iniciativa das leis que criem ou extingam cargos, funções e empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública (Constituição Estadual, artigo 32, inciso IV).

9. Cuida-se de processo legislativo, matéria em que o modelo federal se impõe, por aplicação do princípio da simetria. No pertinente, todavia, é perfeito o paralelismo das disposições.

10. Dispõe a Constituição Federal:

"Art. 40 — Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

.....
III — propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos."

"Art. 42 — Compete privativamente ao Senado Federal:

.....
IX — propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos."

"Art. 43 — Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

.....
V — criação de cargos públicos e fixação dos respectivos vencimentos, ressalvado o disposto no item III do art. 55."

"Art. 57 — É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

.....
II — criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública."

11. Da mesma forma, lê-se na Constituição Estadual:

"Art. 26 — Compete à Assembléia, com sanção do Governador:

.....
VII — votar a criação e a extinção dos cargos públicos, fixando-lhes os estipêndios."

"Art. 27 — É da competência exclusiva da Assembléia:

XIX — propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos.”

“Art. 32 — É da competência exclusiva do Governador a iniciativa das leis que:

IV — criem ou extingam cargos, funções e empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública.”

12. A apreciação sistemática desses dispositivos constitucionais somente pode revelar que o Chefe do Poder Executivo tem competência exclusiva para a iniciativa das leis que criem cargos, funções ou empregos públicos, ou aumentem vencimentos ou a despesa pública, matéria que compete ao Poder Legislativo votar, com sanção do Chefe do Poder Executivo, à exceção da matéria pertinente à criação e extinção dos cargos dos serviços do Poder Legislativo e da fixação dos respectivos vencimentos, em relação aos quais o próprio Poder Legislativo detém o monopólio de iniciativa. A solução preserva a independência desses Poderes da República, enquanto cada um deles detém a faculdade de iniciativa de projetos de lei concernentes à criação e extinção de cargos de seus serviços; preserva a harmonia na medida em que tais provimentos, sejam da iniciativa do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, não dispensam sua formalização através de lei, com o indispensável concurso sancionatório do Poder Executivo. É equilibrada, ao afastar-se dos extremos, consistentes seja no reconhecimento da exclusividade do Poder Executivo para a iniciativa de tais leis, seja na aprovação de tais normas através de resolução.

13. Não se diga, por outro lado, em oposição ao que aqui se sustenta, que o reconhecimento de tal prerrogativa é inaceitável, porque em tese se presta à prática de excessos. Tenha-se sempre presente que os níveis de vencimentos dos funcionários do Poder Legislativo são balizados pelos dos cargos do serviço civil do respectivo Poder Executivo, em razão da regra da paridade.

14. Na doutrina, o entendimento aqui defendido tem em seu favor o respaldo da opinião dos mais eminentes constitucionalistas, dentre eles FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *Comentários à Constituição Brasileira*, 2ª ed. v. 1, São Paulo, ed. Saraiva, 1977, p. 233; idem ibidem, v. 2, p. 46; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro Positivo*. v. 1. ed. RT, São Paulo, 1976. p. 98 e 99; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 383 e 384; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2ª ed. São Paulo. ed. RT, tomo III, 1970, p. 74 e 75, 92; CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. v. II, ed. Forense. Rio. 1979. p. 274; SABINO JR, Vicente. *Inconstitucionalidade das Leis (Iniciativa, Emenda e Decretação)*. ed. Sugestões Literárias S.A. São Paulo, 1976. p. 115, 116, 124, 253, 254; JACQUES, Paulino. *A Constituição Explicada*. 4ª ed., Rio. Forense, 1976. p. 71-74 e 81 e 82.

15. Do mesmo pensar é o Colendo Supremo Tribunal Federal, pois em composição plenária, ao julgar a Representação nº 828, sendo relator o Ministro ADAUCTO LÚCIO CARDOSO, assim decidiu:

“De princípio, no que toca à iniciativa para a elaboração legislativa dos diplomas concernentes à hipótese, acolhemos o entendimento defendido pela Assembléia ora representada. De fato, parece fora de dúvida que a rigidez do preceito contido nos arts. 57, inc. II, e 65, da Constituição (iniciativa do Poder Executivo para as leis que fixem vencimentos, ou de qualquer modo aumentem a despesa pública), rende-se à exceção cuidada pelos artigos 40, inc. III, e 42, inc. IX, consagrada em favor da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Não há antinomia entre os dispositivos, senão que a compreensão de que a regra específica deve ser tida como exceção à regra geral. Assim, da iniciativa do Poder Executivo para as leis que interfiram na ordem da despesa pública, entre estas as que tratam da fixação ou reajustamento de vencimentos, excluem-se as que se prendam aos vencimentos dos servidores do Poder Legislativo, porque, na verdade, é essa a recomendação da própria Constituição, na ressalva feita à iniciativa das Câmaras do Congresso para os projetos de lei dessa natureza.” (Revista de Direito Administrativo (103) 1971 jan./mar., p. 218 e seguintes).

As restantes restrições, contidas nas razões de veto, carecem de maior significação. Assim, parece insustentável dizer-se que a lei em tela não cuidou de fixação de vencimentos, mas de atribuição de efeito retrooperante a preceito fixador da vantagem a título de gratificação de arrecadação, pois a fixação do momento inicial da eficácia do texto legal é um dos seus elementos integrantes. Por outro lado, é certo que não se cuida de gratificação de arrecadação, mas de típico reajuste de vencimentos. Por fim, que a medida acarreta ônus para os cofres estaduais é um fato inconteste. Mas isto acontece com toda lei de reajuste de vencimentos, que nem por isso deixa de estar ao abrigo da competência para iniciativa deferida ao Parlamento.

É o parecer.

PORTO ALEGRE' 23 de abril de 1981.

AUXÍLIO PARA DIFERENÇA DE CAIXA

CLARITA GALBINSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.518

AUXÍLIO PARA DIFERENÇA DE CAIXA. REVISÃO DE PROVENTOS. INCORPORAÇÃO.

Legalidade da percepção nos casos mencionados no artigo 73 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

Solicita o Secretário de Estado da Fazenda pronunciamento desta Procuradoria-Geral a fim de ver dirimida dúvida relativamente à inclusão do auxílio para diferença de caixa, instituído pelo artigo 3º, da Lei nº 6.331, de 9 de dezembro de 1971, aos proventos do servidor E. V., tendo em vista manifestações do Diretor-Geral Substituto daquele Órgão, (fl. 6-PGE) e do Diretor Administrativo (fl. 5-PGE), consoante as quais o inativo teria deixado de implementar as condições legais, segundo o Parecer nº 3.938, desta Casa.

Examinado o expediente, verifica-se, de logo, que o postulante efetivamente exerceu as funções de Inspetor da Fazenda, Classe "S", do Quadro dos Funcionários Fazendários, Órgãos de Arrecadação, percebendo auxílio para diferença de caixa, no período compreendido de 7 de julho de 1940 a 9 de agosto de 1945 (certidão de fl. 3-PGE).

Cumpre, todavia, salientar, para melhor visualização do pedido, que o interessado **deixou de vencer** dita diferença de caixa durante as **férias** gozadas regularmente e durante a **licença casamento** (três dias).

Assim, posto que o requerente — por motivo de férias e casamento — não teria completado os **cinco anos ininterruptos** exigidos pela Lei nº 7.124, de 28 de dezembro de 1977, que regula a incorporação aos vencimentos dos funcionários do auxílio para diferença de caixa, lhe foi negado o acréscimo da vantagem no cálculo dos proventos da inatividade.

Analisada a legislação pertinente, constata-se que a Lei nº 6.331, de 9 de dezembro de 1971, dispôs em seu artigo 3º:

"Art. 3º — É fixado em 15% (quinze por cento) do vencimento básico o auxílio para diferença de caixa atribuído, a título de indenização pelo risco de quebras de caixa, aos funcionários fazendários que, em razão do cargo, estejam efetuando pagamento ou recebimento de valores."

Este favor passou a ser passível de incorporação ao vencimento, na forma da Lei nº 7.124 de 1977, que determinou:

"Art. 1º — O auxílio para diferença de caixa instituído pelo artigo 3º da Lei nº 6.331, de 9 de dezembro de 1971, será incorporado ao vencimento do funcionário que o perceber durante cinco anos consecutivos ou dez intercalados."

Estendeu o referido Diploma o benefício de que trata também aos inativos, preceituando:

"Art. 6º — O disposto no art. 1º da presente Lei aplica-se, a partir da data inicial de sua vigência, aos proventos dos funcionários já inativados que, à data da aposentadoria, tiverem preenchido os requisitos nele estabelecidos."

Depreende-se do contexto da Lei, ademais, que as condicionantes à junta circunscreviam-se à efetiva percepção da vantagem no lapso temporal normativamente demarcado.

Silenciou, porém, quanto à modalidade do cômputo do tempo de serviço, deixando a critério do exegeta dizer o que se há de entender por *"cinco anos consecutivos ou dez intercalados"*, sabendo-se que no fluir da vida funcional inúmeras são as formas em que o exercício aparece sob a vestimenta de ficção jurídica.

8em, colocadas estas premissas gerais, tem-se, no pedido específico, que ao postulante foi negada a agregação da vantagem aos proventos, com base no Parecer nº 3.938, desta Procuradoria-Geral, estudo este que examinara casos de ininterruptão funcional durante o gozo de férias e licença-prêmio.

Concluiu-se, na oportunidade, que, nas aludidas hipóteses, por força dos artigos 101 e 162 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, não se caracterizara descontinuidade de exercício, visto como são ausências legais, nas quais o funcionário não é passível de sofrer desconto no vencimento.

Porém, o caso vertente apresenta um aspecto distinto.

Ocorre, efetivamente, que o inativo deixou de perceber o auxílio para diferença de caixa certidão de fl. 3-PGE) durante dois períodos de férias (de 29 de dezembro de 1942 a 25 de fevereiro de 1943) e outro de licença por motivos de casamento (26 a 28 de fevereiro de 1943), embora em ambos houvesse auferido vencimentos.

Entendeu a Administração Pública, à vista deste episódio, se ter caracterizado interrupção na percepção do auxílio e, em consequência, fracionamento nos cinco anos, cujo exercício contínuo se requer para a agregação tratada na Lei nº 7.124, de 1977.

No tocante à falta de recebimento da vantagem, no duplo período relativo às férias, a indagação já se encontra superada, face ao Parecer nº 3.938, que a garantiu, sem reservas, pelas razões alinhadas.

Resta, pois, analisar-se neste trabalho a dúvida remanescente e que diz respeito à quebra do exercício, motivada pelo gozo de licença de gala.

Para pôr termo ao questionamento deve-se incursionar, uma vez mais, nas normas de Direito Público, em especial o Estatuto Estadual, que, no artigo 166, explicita:

"Art. 166 — A apuração do tempo de serviço normal, para efeito de promoção, aposentadoria e gratificações adicionais será feita em dias."

Cumpra aqui, por oportuno, esclarecer que *"tempo de serviço"*, para os efeitos da lei, é não só aquele em que o funcionário real e concretamente trabalhou para o Estado, senão também o que, por ficção jurídica, embora ausente, se o tem por presente por motivos legalmente admitidos. São as chamadas *"faltas legais"* ou *"exercício ficto"*.

Assim, resumidamente, a noção genérica de tempo de serviço agasalha as duas formas acima referidas: o serviço prestado efetivamente e a ausência ao serviço legalmente permitida.

A Lei Estatutária Estadual, por exemplo, considera, em seu artigo 167, diversas modalidades de ausência ao serviço as quais são computadas como de efetivo trabalho, para os efeitos do artigo 166, acima transcrito.

Dentre os tipos de afastamento ali explicitados encontram-se os acertadamente denominados por MATOS DE VASCONCELOS (*"Direito Administrativo"*, Rio, 1937, v. II, p. 454) comuns e especiais. Consideram-se comuns aqueles que são concedidos por motivos alheios à vontade do funcionário, como as férias, licença-prêmio, por casamento ou luto, entre outros; especiais, os que atendem ao exclusivo interesse do funcionário, como o desempenho de função eletiva.

Devido, portanto, à natureza jurídica dos afastamentos, inclusive o fator potestividade do funcionário, é que alguns são acompanhados dos vencimentos e vantagens e outros não.

Não haveria assim, a rigor, necessidade de que, nos casos de ausência legal, em que os agentes públicos percebem normalmente seus vencimentos, dissesse o Estatuto que lhes seriam garantidas também vantagens funcionais, como aparece no artigo 162, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952. Pensar contrariamente faria muitos eventuais direitos tornarem-se letra vazia...

Tornando, entretanto, ao caso concreto, ou seja, em que a ausência do interessado deveu-se ao gozo de três dias de gala, tem-se que a solução é encontrável no artigo 73, da Lei nº 1.751 de 1952, ao rezar:

"Art. 73 — O funcionário não sofrerá qualquer desconto no vencimento:

I — durante o período de férias e licença-prêmio;

.....
III — quando faltar até 8 dias consecutivos por motivo de casamento ou de luto por falecimento de cônjuge, ascendentes, descendentes, sogros e irmãs; (...)"

A asseguaração do vencimento ao funcionário, como transcrito, por falta legal em virtude de casamento, significa que deve perceber, não apenas o básico do cargo, mas igualmente todas as vantagens, inclusive gratificações, como se em exercício estivesse.

Interpretar adversamente levaria o hermeneuta ao contra-senso de concluir, por exemplo, que por morte do cônjuge ou decorrentemente de falta permitida ao serviço, na forma do artigo 73, tivesse o funcionário fracionado o período aquisitivo de direitos como o da incorporação do auxílio a que se refere a Lei nº 6.331, de 1971.

Cabe ao exegeta visualizar racional e integralmente os diversos dispositivos estatutários e, considerando-os sistematizadamente, suprir as lacunas de uma Lei que tem contra si quase três décadas e farta legislação complementar.

É preciso, repetindo, entender os diversos institutos públicos, no contexto do universo estatutário, pena de, por manuseio frio da lei, concluir pelo absurdo.

No caso em exame, como já se mencionou no início deste estudo, silenciou a Lei nº 7.124 de 1977 quanto aos casos de falta legal possivelmente considerados como interruptivos do pagamento da vantagem, enquanto, e concomitantemente, tornava o auxílio para diferença de caixa passível de incorporação, aos funcionários em atividade, e de adjudicação aos inativos, contanto que satisfeito o seu requisito temporal.

Entretanto, é princípio assente que onde a lei não restringe lícito não é ao intérprete fazê-lo.

Por conseqüência, na apuração do requisito temporal, tem-se que retornar ao artigo 73, da Lei nº 1.751 de 1952, onde se encontram arroladas as faltas legais ao serviço e que não são consideradas como causa interruptiva da percepção de vencimentos.

É que ali, por aplicação do princípio da analogia, deve o hermeneuta buscar o suprimento para a lacuna da lei.

Ocorre, com efeito, que, segundo ainda a Lei nº 7.124/77, quando incorporada a vantagem é vencimento. E, se assim é, os funcionários que interromperam o exercício por falta legal, com direito aos vencimentos, na forma do aludido artigo 73, da Lei Estatutária,

não tiveram o período aquisitivo do auxílio fracionado, visto como o legislador, com o efeito retrooperante atribuído ao benefício, quis premiar aos que, inativados embora, por longos anos assumiram o risco da lida com valores.

Ademais, entendo, como CLOVIS BEVILACQUA, que a "analogia é a operação lógica em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ela não previstos", resultando daí que, através de processo analógico, se pode dispensar tratamento igual a casos iguais na sua essência, isto é, quando se assemelham mas não são idênticos.

Deve-se, portanto, no caso concreto, aplicando a analogia, estender o princípio legal de que as ausências que não interrompem a percepção do vencimento não podem ser consideradas como interruptivas para a incorporação da vantagem aqui tratada.

Assim sendo, e entendendo que as ausências previstas no artigo 73 do Estatuto constituem faltas permitidas sem perda de vencimento, e que, ao não dispor sobre a matéria, admitiu a Lei nº 7.124 de 1977 que a ele se estendesse o dispositivo estatutário, concluo que deve ser efetuada a revisão dos proventos de E. V., para que neles seja incorporado o auxílio para diferença de caixa.

PORTO ALEGRE, 17 de outubro de 1980.

DISPENSA DE LICITAÇÃO

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor assistente de Direito administrativo na
Faculdade Porto-alegrense de Ciências Adminis-
trativas.
Especialista em Direito Administrativo

PARECER Nº 4.579

LICITAÇÃO. DISPENSA.

Os "casos de emergência" mencionados no artigo 126, § 2º, alínea h, do Decreto-Lei nº 200/67, pertencem à gama dos conceitos jurídicos indeterminados.

Atendidos os princípios informadores da Administração Pública (legalidade, publicidade, moralidade administrativa, e finalidade), o administrador tem legitimidade diante do fato em concreto, para integrar a norma com sua vontade e com este ato tirar a indeterminação conceitual do preceito, para caracterizar a situação emergencial que dispense a licitação.

Legalidade da dispensa.

A regra para a Administração Pública adquirir bens é a aplicação do instituto licitatório. Todavia, essa regra comporta exceções, quando a norma legal contempla os casos de dispensa de licitação.

Uma das hipóteses, mais precisamente a da alínea h, do parágrafo 2º, do artigo 126, do Decreto-Lei nº 200/67, contempla os

"Casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos."

2. A lei não é taxativa, nem enumerou quais seriam esses "casos de urgência", deixando certa margem de discricionariedade para que o administrador público avaliasse o fato que entendesse tipificar aquela hipótese emergencial, apontando a norma como indicador "a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas (...)".

3. A norma enuncia um conceito jurídico indeterminado: "casos de emergência".

Não se trata, aqui, de mera "interpretação" da regra jurídica; o que o aplicador dessa norma tem de fazer é "vestir" este conceito jurídico indeterminado no fato com que se defronta, consoante a doutrina administrativa germânica (Cf. ERNST FORSTHOFF, Trai-

té de Droit Administratif Allemand, Bruylant, Bruxelles, 1969, p. 150; cr. KARL ENGELSCH, Introdução ao Pensamento Jurídico, 2. ed., Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1968, p. 173), e espanhola (Cf. FERNANDO SAINZ MORENO, Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa, Civitas, Madrid, 1976, p. 213).

4. É fundamental, nos sistemas jurídicos modernos, que o administrador público pautado seu agir dentro do princípio da legalidade (Cf. CHARLES DEBASCH, Institutions et Droit Administratifs, PUF, Paris, 1978, V. 2, p. 201; cf. GEORGE VEDEL, Droit Administratif, 3. ed., PUF, Paris, 1964, p. 188; cf. ANDRÉ GRISEL, Droit Administratif Suisse, Dalloz, Paris; Ides e Calendes, Neuchatel; 1970, p. 161; cf. FORSTHOFF, op. cit., p. 146).

Todavia, quando a própria lei outorga ao administrador certa margem de escolha de alternativas, ou ainda, contempla, como neste caso, uma hipótese indeterminada (e assim é a de "caso de urgência"), a vontade do administrador completa e passa a integrar a normatividade do caso em concreto, legitimando o seu agir, desde que atendidos os demais princípios da Administração Pública (finalidade, moralidade administrativa, legalidade e publicidade).

5. O indicador da caracterização de urgência que a norma refere, é o "atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas". Vale dizer: atendimento de qualquer situação que ocasione qualquer prejuízo, ou qualquer comprometimento à segurança (de qualquer natureza) de quaisquer pessoas, atendidos os princípios da Administração já referidos.

6. O prejuízo e o comprometimento da segurança de pessoas direcionam o poder discricionário do administrador, mas eles integram aquela indeterminação conceitual do "caso de emergência", permanecendo legítimo ao aplicador da lei, diante do fato em concreto, integrar com sua vontade a norma, e com este ato tirando a indeterminação conceitual do preceito, para dizer "isto é caso de urgência; conseqüentemente, dispense a licitação".

7. No caso em exame, por determinação de Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, o Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Agricultura encontrou área para localizar o restante dos agricultores expulsos da Reserva Indígena de Nonoai, e acampados na Fazenda Brilhante, mediante anúncio anônimo em jornal, e após exame, sindicância e avaliação da terra, por seus técnicos, e ação coordenada com a Secretaria da Fazenda, optou pela aquisição de terras, suas plantações e benfeitorias mediante compra e venda do proprietário particular, sem licitação.

8. Em sua justificativa ao Chefe do Executivo, entendeu o Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Agricultura, que a situação daquelas pessoas (as famílias de agricultores desalojados da Reserva Indígena de Nonoai) era emergencial, quer porque desabrigadas de moradia e de saneamento básico (fato que as predispõe a epidemias), quer porque o caso delas é gerador de tensão social.

Essa justificativa atendeu ao artigo 126, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 200/67: a dispensa de licitação, pela alínea h do parágrafo 2º do artigo 126, deve ser imediatamente objeto de justificativa perante a autoridade superior, que julgará o acerto da medida.

9. ISTO POSTO,

Pelos fundamentos jurídicos mencionados, opinamos pela legalidade da dispensa de licitação.

É o parecer, **sub censura**.

PORTO ALEGRE, 11 de dezembro de 1980.

EFETIVAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS

JOSÉ QUADROS PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.312

EFETIVAÇÃO (LEI Nº 7.133/78).
Deve ser feita em cargo de função igual à exercida pelo servidor em 24 de janeiro de 1967.

E. C. P., Professora do Ensino Médio II, estabilizada pelo § 2º do art. 177 da Carta Federal (Ato publicado no DOE de 3/2/73), requer sua efetivação com base na Lei nº 7.133/78. A linha funcional que ensejou a aquisição da estabilidade, todavia, foi extinta em decorrência de ato praticado pela Administração Pública diverso do pretendido pela Requerente. Tal procedimento gerou dúvida quanto à subsistência do ato e conseqüente reflexo que poderia ter sobre o pedido de efetivação. Daí a solicitação de parecer deste Órgão Consultivo.

É o relatório.

2. A Requerente, em 24 de janeiro de 1967, data da promulgação da Constituição Federal, satisfazia o requisito temporal exigido para a estabilidade extraordinária, eis que contava mais de cinco anos de serviço público pois vinha exercendo as funções de Professora do Ensino Médio I (cadeira de Corte e Costura) desde o mês de abril de 1962 e, do mês de abril de 1961 ao mês de fevereiro de 1962, exercera as funções de professora municipal.
3. Sucede que, em 1º de agosto de 1970, foi dispensada, a pedido, das funções de Professora do Ensino Médio I (linha funcional em que adquiriu a estabilidade) e, nessa mesma data, pelo mesmo Boletim, foi admitida para exercer as funções de Professora do Ensino Médio II (cadeira de História da Arte), situação em que permanece até hoje a na qual pretende efetivar-se.
4. A primeira dúvida consiste em saber se é válido o ato que a declarou estável no serviço público estadual quando não mais exercia a função que detinha em 24 de janeiro de 1967 ou, em outras palavras, em saber se o ato de dispensa teria se constituído em obstáculo para a declaração da estabilidade.
5. Embora conste que a dispensa foi "a pedido", a realidade, contudo, mostra que a Requerente solicitou uma alteração de contrato. Com isso ficou transparente sua intenção de não renunciar à estabilidade já adquirida de fato na função pública.

6. Se inexistir a figura da alteração contratual da Administração Pública, especialmente em função de extranumerário estatutário, caberia a esta negar o pedido da Requerente ao invés de praticar os atos de fls. 46 e 47-CGE (dispensa e admissão).

7. Conseqüentemente, e em que pese a realização desses atos, entendemos correto e válido aquele outro que a declarou estável no serviço público estadual, pois, ainda que já estivesse desaparecido a linha funcional que mantinha na data da promulgação da Constituição, a Requerente continuava (como continua), sem solução de continuidade, exercendo uma função pública.

8. Sanada a primeira, surge a segunda dúvida, qual seja a da viabilidade da efetivação da Requerente em cargo com função diversa da exercida em 24 de janeiro de 1967.

9. A Lei nº 7.133/78, assim dispõe:

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

10. A Norma de Serviço nº 20, da Secretaria da Administração, de 10 de abril de 1978, por sua vez, estabelece:

"A efetivação dos servidores públicos, estáveis em decorrência de disposição constitucional, nos termos da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, deve obedecer às seguintes instruções:

1. São condições para a efetivação:

a) ser servidor público estadual em 16 de janeiro de 1978, data do início da vigência da Lei;

b) ser estável no serviço público estadual em decorrência de disposição constitucional;

c) requerer dentro do prazo estabelecido pela Lei — até 14 de julho de 1978."

11. Embora a Requerente satisfaça todos os requisitos, não se pode esquecer que, à época da promulgação da Carta Magna, exercia função diversa da que atualmente exerce. Por isso, sua efetivação só será possível no cargo de Professora do Ensino Médio I, que é o compatível com o nível da função que então detinha.

12. Esse o entendimento esposado no Parecer nº 671-H, da Procuradoria-Geral da República e a ilação que se tira do veto ao parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.133/78, cuja redação era a seguinte:

"Os cargos criados terão atribuições, denominação e padrão idênticos aos das funções atualmente exercidas pelos servidores efetivados."

13. Através desse veto evidenciou-se a intenção do legislador em outorgar a efetivação em cargo compatível com a função exercida pelo servidor em 24 de janeiro de 1967.

14. Nessa linha de entendimento teve nascedouro a recente Lei RS nº 7.300, de 29 de novembro de 1979, que cria cargos e dispõe sobre a efetivação de servidores estabilizados. Assim, o caput do art. 7º estabelece:

"Os cargos criados pelos artigos anteriores serão providos mediante nomeação em caráter efetivo dos servidores beneficiados pela Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, observada a correspondência entre a função exercida à época da estabilidade e o conteúdo ocupacional do cargo a ser provido, bem como a pertinência, quando for o caso, a órgãos ou serviços com Quadro próprio". (em grifos).

FACE AO EXPOSTO, concluímos pela procedência parcial do pedido, uma vez que a efetivação somente poderá ocorrer no cargo de Professora do Ensino Médio I.

É o parecer. S.M.J.

PORTO ALEGRE, 11 de fevereiro de 1980.

REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES DE AUTARQUIA ESTADUAL

MARISA SOARES GRASSI

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Parecer Nº 4.652

AUTARQUIA ESTADUAL

PARECER Nº 4.652

AUTARQUIA ESTADUAL.

Resolução autonômica adotando os critérios da Política Salarial estabelecida na Lei Federal nº 6.708/79 aos empregados da entidade e que possibilita inclusive o aumento real de salário, concedido anualmente, com base na produtividade da categoria profissional.

Critério de aumento de salário que não se confunde com a vantagem denominada de "Gratificação Individual de Produtividade ou de Grupo, GIP", parcela variável do salário, percebida a cada mês.

O expediente, oriundo do DEPARTAMENTO DE PORTOS, RIOS E CANAIS, versa sobre as alterações no Ato nº 216, de 3 de março de 1980, aprovadas pela Resolução nº 33 do Conselho Hidroviário Estadual, que manda aplicar os critérios de legislação federal pertinente à Política Salarial aos empregados da Autarquia.

A nova redação nos dispositivos da Resolução Autonômica visa, sobretudo, a possibilitar a fixação do percentual de produtividade, base de aumento coletivo dos salários nos moldes estabelecidos na Lei Federal nº 6.708/79.

Na área da Secretaria do Planejamento opinou-se pelo envio do processo a esta Casa, para exame da matéria, considerando-se que os servidores da Autarquia percebem a Gratificação Individual de Produtividade de (GIP). Ressalta o Senhor Supervisor de Planejamento Organizacional daquela Pasta que "se aprovado o Ato, os funcionários do DEPRC terão, além da GIP, um novo adicional de produtividade, este agora amparado no artigo 11 da Lei Federal nº 6.708, de 30 de outubro de 1979".

É o relatório.

O Departamento de Portos, Rios e Canais é uma autarquia estadual criada pela Lei nº 1.561, de 1º de outubro de 1951, contendo entre suas atribuições, além de outras

enumeradas no seu Estatuto, "planejar, executar e fiscalizar todos os serviços concernentes à conservação, melhoramento, ampliação, construção e balizamento dos portos, dos canais de acesso e das vias fluviais, lacustres e marítimas do Estado; administrar os portos a cargo do Estado e dirigir a sua exploração comercial; estudar e propor as medidas necessárias ao seu desenvolvimento e aperfeiçoamento, nos termos da legislação portuária em vigor, coordenar todos os assuntos referentes às relações entre o Estado e a União, resultantes do "Contrato de Novação" das concessões portuárias".

Ao definir as autarquias a doutrina ensina, na palavra de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"São segmentos personalizados da Administração, desdobramento do Estado em sua feição administrativa;

São pessoas, isto é, titulares em nome próprio de direitos e obrigações, poderes e deveres, prerrogativas e responsabilidades. Sendo personalidades de direito público, qualificam-se precisamente por serem sujeitos de interesses públicos estatais.

Em razão de sua personalidade, os negócios que a lei lhe confiou ao criá-la e definir-lhe os fins, bem como os interesses que prosseguirá, para bem atender ao comando legal, são seus, são próprios, no mais pleno sentido da palavra. Do mesmo modo, todos os poderes em que tenha sido investida pela lei, assim como os órgãos que a constituam, os bens que possua ou venha adquirir e reversamente os deveres, responsabilidades ou obrigações que contraia são diretamente pertinentes a ela. Eis, pois, que a autarquia tem administração própria, órgãos próprios, patrimônio próprio, recursos próprios, negócios e interesses próprios, direitos, poderes, obrigações, deveres e responsabilidades próprios"; (Bandeira de Mello, Celso Antônio. "Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta". E. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, págs. 61-62).

Expressando o pensamento doutrinário, esta Procuradoria-Geral do Estado definiu o Parecer nº 3.231/76, assim ementado:

"A NORMA AUTONÔMICA é a via adequada, no âmbito da autarquia, à instituição de direitos, estando adstrita às regras do ordenamento jurídico em que se insere. No caso de reproduzir o que se insere. No caso de reproduzir o que se contém na lei vale como regulamento de execução"

Atendendo à política da União quanto ao tratamento harmônico em matéria salarial nos portos nacionais, tem a entidade autárquica adotado a legislação portuária federal, inclusive em matéria de pessoal.

Assim é que a Lei Estadual nº 5.702, de 17 de dezembro de 1968, no art. 1º, dispõe:

"É o Poder Executivo autorizado a aplicar a legislação portuária federal no Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais (DEPRC), através de resolução do Conselho Hidroviário, na forma e processo estabelecidos na Lei nº 1.561, de 1º de outubro de 1951".

Esse diploma legal, a exemplo da lei federal, previu a opção dos servidores ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e a organização de Quadro Suplementar em extinção, para os não optantes.

Poranto, preliminarmente, é mister distinguir a competência federal prevista no artigo 8º, XVII, m, de legislar sobre "regime de portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre", e a da autarquia de prover seus serviços, organizar seu pessoal, etc., impondo-se à recepção de regras federais, a emanção de normas próprias na forma e processo estabelecido na lei estadual através de Resoluções do Conselho Hidroviário. Assim sendo, a legislação federal é aplicável apenas recebida pela norma autonômica da entidade autárquica e nos limites por ela determinados.

Nesse contorno é que pelo Ato nº 203, de 9 de janeiro de 1976, o DEPRC, com base em resolução própria adotou o tratamento salarial dispensado pela União e disciplinado pelo Conselho Nacional de Política Salarial, em relação a seus empregados.

Com a alteração da Política Salarial do Governo da União, em outubro de 1979, nos termos da Resolução nº 4, de 30 de janeiro de 1980, do Conselho Hidroviário, foi editado o Art. nº 216, de 3 de março de 1980, que assim dispõe nos arts. 3º e 4º:

"Art. 3º — O valor monetário dos salários dos empregados referidos no art. 1º será corrigido, semestralmente, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor e segundo a forma e os critérios instituídos pela Lei Federal nº 6.708, de 30 de outubro de 1979.

Art. 4º — O Departamento somente poderá celebrar acordos coletivos de trabalho, de natureza econômica ou conceder aumento coletivo de salários, nos termos das resoluções do Conselho Nacional de Política Salarial".

É interessante ressaltar, mais uma vez que a legislação federal não é auto-aplicável ao DEPRC, de vez que, ao contrário, no art. 20, a Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979, excluiu expressamente o alcance de suas disposições aos servidores da União, Territórios, Estados e Municípios e de suas autarquias, submetidas ao regime da CLT. Assim, as prescrições pertinentes à Política Salarial, incidem nas relações entre os servidores e a Autarquia, por via de regramento próprio.

Colocada a questão nesses termos, a Resolução nº 33, de 22 de dezembro de 1980 do Conselho Hidroviário introduziu alterações nos artigos 3º e 4º do Ato nº 216, de 3 de março de 1980, que basicamente não modificam as prescrições contidas na redação original. Melhor explicitando, mudou a forma de dispor, mas não o seu conteúdo.

O art. 3º, na redação original mostrava-se inexecutável e possivelmente resultado de má interpretação da lei federal que no seu art. 12 autoriza às empresas públicas, às sociedades de economia mista de que a União Federal ou qualquer de suas autarquias detenha a maioria social concessionárias de serviço público, a celebrar acordos coletivos de trabalho de natureza econômica ou conceda aumento coletivo de salários, nos termos da resolução do Conselho Nacional de Política Salarial.

Ora, não se contendo entre as atribuições desse órgão federal ditar normas a uma autarquia vinculada a Estado-membro, a norma tal qual prevista no Ato nº 216/80, não poderia ser agilizada. Com a nova redação, o critério adotado para os aumentos coletivos dos empregados é o mesmo a ser anualmente autorizado aos servidores da Empresa de Portos do Brasil-Portobrás, pelo Conselho Nacional de Política Salarial.

Para melhor compreensão das linhas prescritas na Resolução Autônoma é mister o conhecimento, em traços gerais, do que pretende a Política Salarial da União representada na Lei nº 6.708/79.

São frequentes, nas últimas décadas, as intervenções do Estado no campo social, ora estabelecendo um salário mínimo, definido inicialmente como capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador (Constituições da República de 1934 e 1937), e mais recentemente, as necessidades do empregado e de sua família (Cartas Políticas de 1946, 1967 e Emenda nº 1), ora limitando o salário considerado como componente do custo de bens e serviços, tendo em vista, quer a pessoa do trabalhador, quer a estabilidade monetária.

Entre as modalidades de intervenção nesse campo encontra-se o modelo brasileiro, representado na restrição direta do direito convencional com a interferência oficial a final no reajustamento de salários.

Inicialmente optou-se por uma política mais rigorosa, cuja diretriz visava aos reajustes gerais de salário real, de acordo com a média de variação do salário real dos últimos dois anos. Era o chamado "arrocho salarial", com sucessivas alterações legislativas, que não abria margens, praticamente, à competência normativa da Justiça do Trabalho, cujas decisões nos dissídios coletivos restringiam-se a meros cálculos com base nos índices fornecidos pelo órgãos oficiais.

Com a Lei nº 6.708/79 mudou o sistema dos diplomas legais anteriores. Atualmente os salários são corrigidos semestralmente de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (art. 1º da Lei nº 6.708) publicado mensalmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Economia e Estatística (IBGE). A correção realiza-se considerando a diversi-

dade das faixas salariais e cumulativamente, objetivando uma tentativa de reajuste maior aos que percebem salários mais baixos.

Recentemente, houve alteração da Lei nº 6.708, pela de nº 6.886, de 10 de dezembro de 1980, no tocando ao cálculo dos salários de empregados que percebem acima de 10 salários mínimos, concedendo-lhes um reajuste menor, modificação que não interfere no caso em análise.

Essa correção de salários é automática, independe de requerimento da parte interessada, constitui mera recuperação do valor aquisitivo da moeda face à inflação, e é a que está prevista no art. 3º do Ato nº 216/80 do DEPRC.

A par dessa correção, permite a lei federal a procura de AUMENTO REAL de salários, pelas entidades sindicais, em proporção ao crescimento da produtividade da categoria profissional.

É o que prevê a Lei nº 6.708/79, no art. 11:

"O aumento dos salários poderá ser estipulado por convenção, acordo coletivo ou sentença normativa, com fundamento no acréscimo verificado na produtividade da categoria profissional".

A exemplo da lei federal que autoriza a concessão de aumento coletivo, desde que com base na produtividade de categoria profissional, a Resolução da autarquia prevê, no art. 4º do Ato, a ser alterado, a adoção de percentual considerado para os empregados da Portobrás.

Parece-nos, pois, que, vindo a entidade autárquica a aplicar as linhas da Política Salarial prevista na Lei nº 6.708/79, alterada pela Lei nº 6.886/80, o salário de seus empregados estarão sujeitos à correção semestral automática (mera recuperação) e serão anualmente alterados em percentuais idênticos àqueles adotados para os empregados da Empresa de Portos do Brasil — Portobrás, segundo o critério da produtividade.

Ora, se esse percentual corresponde ou não, à produtividade da categoria, aqui não se discute. É sabido que a controvérsia de como apurar os índices é o nó górdio dos dissídios coletivos e das convenções coletivas de trabalho, uma vez que nem a lei nem seu regulamento estabelecem critérios para que seja calculado o acréscimo decorrente da produtividade. Assim, enquanto a Justiça do Trabalho de São Paulo fixava o número de 7%, o Tribunal Superior do Trabalho passou a utilizar o percentual de 4%, por ser esse o índice oficial de aumento do produto bruto nacional relativo ao ano de 1979.

Claro ficou, nos diplomas legais pertinentes à matéria, isso sim, que o limite do aumento real dos salários fica restrito à produtividade da categoria profissional.

Especificamente sobre a questão proposta no expediente, ao lado da adoção de aumento coletivo de salário a todos os servidores do DEPRC, a título de produtividade, con-

cede a Autarquia, mensalmente, uma gratificação individual ou de grupo (GIP), conforme o Ato nº 181, de 25 de agosto de 1971.

Com efeito, dispõe o art. 1º da referida norma:

"É implantada no Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais a GRATIFICAÇÃO INDIVIDUAL DE PRODUTIVIDADE OU DE GRUPO, em conformidade com os documentos legais e objetivos fixados nos 'considerandos', e cujo pagamento obedecerá às normas expressas neste Ato."

O Art. 2º fornece os contornos da vantagem ao prescrever no caput e seu parágrafo único:

"A GIP será atribuída a cada servidor ou empregado da Autarquia, mediante o preenchimento de uma FICHA INDIVIDUAL, em que serão registrados, de forma discriminada, um ou mais índices aqui definidos, e dependentes da natureza da atividade de cada um."

Parágrafo único — A FICHA INDIVIDUAL será preenchida mensalmente e o pagamento corresponderá aos índices aferidos no mês anterior."

O art. 3º, por sua vez, relaciona os índices que serão considerados para o cálculo da vantagem, incluindo-se entre eles os dados relativos à tonelagem total movimentada em cada porto organizado no mês de referência, quantidade de máquinas, veículos e equipamentos transportados de qualquer tipo, quantidade de guindaste de pórtico, em condições de funcionamento, quantidade de locomotivas e vagões em condições de funcionamento, movimento financeiro de cada Administração Portuária, a atividade dos demais serviços contratuais, complementados com aquele que apura a qualidade do trabalho individual ou de grupo, de acordo com as especificações previstas.

Desta forma, percebe-se que os servidores do DEPRC fazem jus a uma gratificação que integra o seu contrato de trabalho, se regidos pelas leis consolidadas, como forma de incentivo para o necessário incremento da velocidade operacional do complexo portuário e cujo pagamento corresponde a índices auferidos no mês anterior, portanto, parcela do salário, ajustada, variável, e que se caracteriza por tomar como referência não só o trabalho prestado pelo empregado, mas também a produção de cada porto organizado, o maquinário, o equipamento existente, etc., para, por fim, considerar a qualidade da prestação de trabalho do empregado. E essa vantagem resulta em um percentual que incide sobre o salário base de categoria respectiva.

Por outro lado, o reajuste previsto no Ato nº 216/80, com as alterações propostas na Resolução nº 33 do Conselho Hidroviário, estabelece um aumento coletivo real dos salários dos empregados do Quadro Permanente, Empregados Portuários e aqueles

que trabalham em regime de horário parcial (na ordem de 3% para o ano de 1980) a título de produtividade, limite a que fica restrito a categoria com a adoção dos critérios estabelecidos na lei federal.

Assim sendo, não se trata de um *"bis in idem"*, mas, de um lado, uma gratificação inserida nas cláusulas contratuais, e de outro, o reajuste anual concedido a todos os empregados complementando os corretivos semestrais em percentuais de acordo com o INPC. Esses reajustes, quer os semestrais, quer o anual, integram o salário ou remuneração e sempre são considerados nos aumentos posteriores. A GIP tem reflexos diretos na prestação individual de trabalho, podendo, inclusive, nem ser percebida em determinado mês, ou porque não ocorreram fatores componentes de seu cálculo, alheios à pessoa do empregado, ou, por exemplo, nas férias, pela existência de mais de 15 faltas justificadas nos doze meses anteriores ao período, ou, ainda, deduzida, nas hipóteses de ocorrência de falta justificada, licença, acidente de trabalho ou impontualidade, punição disciplinar, etc.

Assim sendo, a Gratificação Individual de Produtividade e o aumento real estabelecido na Resolução nº 216, ainda que se possam identificar com uma mesma denominação, têm seus componentes distintos, os índices considerados no seu cálculo são diversos, portanto, sua natureza jurídica não se confunde.

Em linhas gerais, de um lado, aprecia-se um critério de aumento de salário, de outro, uma parcela variável, ajustada, componente do salário.

ISSO POSTO, temos que:

1. O DEPRC adotou para o Quadro de Empregados Permanentes, Empregados Portuários e para os que trabalhem em regime de horário parcial os critérios da legislação federal em matéria de Política Salarial.
2. A Lei Federal que traça a Política Salarial estabelece uma correção automática semestral de salários com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor e prevê a possibilidade de um aumento real verificada a produtividade da categoria profissional.
3. A Resolução da Autarquia, alterando a redação original do Ato nº 216/80, nada mais faz de que adotar os critérios da lei federal, isto é, prevê como única possibilidade de aumento coletivo aquele fixado com base na produtividade da categoria profissional.
4. A GIP é uma gratificação variável, parcela do salário, concedida por força do Ato nº 181/71, calculada com base em um número de índices variados correspondentes à produção de cada porto organizado, maquinário, serviços contratuais, qualidade do serviço do trabalhador ou do grupo, etc., que resulta em um percentual que incidirá sobre o salário base da categoria respectiva.

EM CONCLUSÃO, o reajuste de salário previsto no Ato nº 216/80, com redação alterada pela Resolução nº 33 do Conselho Hidroviário, constitui um aumento real de salário, concedido com base na produtividade da categoria profissional, a ser apurada, e não se confunde com a Gratificação Individual de Produtividade ou de Grupo a que fazem jus os servidores do DEPRC, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, vantagem ajustada, parcela variável da remuneração do empregado.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 6 de abril de 1981.

DESPESAS DE CONDOMÍNIO NO COMODATO

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

PARECER Nº 4.631

DESPESAS DE CONDOMÍNIO NO COMODATO —
À falta de disposição em contrário pelas partes, são devidas pelo condômino.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, proprietário de dois andares no Edifício Banco do Estado do Rio Grande do Sul, na Rua Caldas Júnior nº 120, alienou essas unidades ao Banco, mediante escritura pública de compra e venda datada em 28 de fevereiro de 1980. Todavia, por força de cláusula "constituti" inserta na escritura, as atuais ocupantes, que são as Secretarias de Estado da Justiça e Indústria e Comércio, poderão permanecer, como efetivamente permanecem, na posse das referidas unidades alienadas pelo prazo máximo de 20 meses, a contar da data da escritura.

E, por assim ser, o síndico do condomínio — BANRISUL IMOBILIÁRIA LTDA. — solicita das mencionadas Secretarias de Estado que saldem os débitos relativos ao ano de 1980, correspondentes à taxa de condomínio, a cota única do prêmio de seguro e ainda à cota única do foro anual, uma vez que o terreno sobre o qual assenta o Edifício é foreiro ao Estado.

Instruído com as faturas, Convenção de Condomínio e parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria da Justiça, o qual conclui pela ilegitimidade da cobrança pretendida, o expediente foi encaminhado a esta Procuradoria-Geral para que se pronuncie sobre a questão.

É O RELATÓRIO.

O exame da escritura, lançada em termos convencionais e singelos, indica que as Secretarias de Estado da Justiça e Indústria e Comércio, desde a data da venda, detêm a posse do imóvel a título de comodárias, pois nenhuma contraprestação pecuniária foi estabelecida pela ocupação durante o prazo de 20 meses. O Estado passou, assim, de coproprietário ou condômino e copossuidor do Edifício a mero possuidor direto das unidades alienadas, a título gratuito.

De outra parte, nada consta ter sido avençado entre vendedor e comprador quanto aos encargos do condomínio, em virtude do que, por conseguinte, a situação há de reger-se pelas normas e preceitos comuns que disciplinam o instituto do condomínio, pois, tampouco a Convenção de Condomínio contém qualquer disposição a respeito.

Em face dessas regras, impende perquirir-se primeiro, qual a natureza jurídica dos encargos em questão, para depois saber-se quem é obrigado ao seu cumprimento.

Circunscrevendo desde logo a esfera de indagação às despesas ordinárias, pois é delas que se trata, tem-se que a obrigação de concorrer para as despesas do condomínio com a cota do rateio correspondente à fração ideal do terreno ou na proporção estabelecida na Convenção (Código Civil, art. 624 e Lei nº 591/64, art. 12 e § 1º), constitui um ônus real pertencente à controvertida categoria das obrigações "propter rem" ou "in rem scriptae".

Com efeito, lê-se em PONTES DE MIRANDA:

"A obrigação que exsurge do dever de concorrer, em proporção, ou segundo a adjecção, para as despesas, é obrigação 'propter rem'. Quem quer que adquira a coisa, adquire-a com a obrigação pela despesa necessária. Por ela é obrigado o condômino, o co-usufrutuário, e assim por diante." (Pontes de Miranda, TRATADO DE DIREITO PRIVADO, 4ª Edição, Tomo XII, p. 77).

Nota característica dessa categoria jurídica é a de se constituir numa obrigação de prestar que nasce ao titular de direito real por força desta mesma condição, porque a obrigação adere à coisa sobre que recai o direito. Por isso é que, transferido este, transfere-se automaticamente aquela; mas a transferência da posse, apenas, sem que seja acompanhada da transferência ou constituição do direito real, não acarreta, "ipso jure", a transferência da obrigação, pois sua fonte não está no uso do bem, mas sim, na titularidade do direito real.

No caso em apreço, considerando terem as partes silenciado quanto a quem deve arcar com as despesas do condomínio — nelas incluída a cota única do prêmio de seguro por expressa disposição do art. 13 da Lei nº 4.591 — durante o período que vai da data da escritura até a entrega definitiva das unidades alienadas, incide a regra comum, segundo a qual há de suportá-las, o condômino, isto é, o Banco do Estado do Rio Grande do Sul, desde 28 de fevereiro de 1980.

No que se refere à cota única do foro anual, qualquer pagamento, pelo Estado, é e foi inteiramente descabido, pela simples razão de ser ele o titular do domínio direto. Não faz sentido que o Estado pague foro a si próprio. É por isso que na escritura de compra e venda expressamente se diz que "é indevido o laudêmio sobre a transferência que o Estado faz ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA".

Nessas condições, orientamos o consulente para que não atenda à solicitação da Banrisul Imobiliária senão no que diz respeito ao pagamento da taxa de condomínio relativa aos meses de janeiro e fevereiro de 1980, bem como ao pagamento de 2/12 (dois doze avos) da cota única do prêmio de seguro.

É O PARECER.

PORTO ALEGRE, 19 de março de 1981.

DESCREDENCIAÇÃO DE DESPACHANTE DE TRÂNSITO

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

PARECER Nº 4.605

Despachante de trânsito denunciado pela prática de crime contra a Administração Pública, que requer renovação de sua credencial junto à Secretaria da Segurança Pública.

Competência estadual para disciplinar a matéria. Faculdade que assiste à Administração de indeferir o requerido, desde que observado o devido procedimento legal.

O Senhor SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA solicita pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado, face à divergência de entendimento ocorrida entre a Assessoria Jurídica e o Departamento de Trânsito daquela Pasta, em relação a caso de descredenciação de Despachante de Trânsito.

Tendo sido indiciado em Inquérito Policial e, posteriormente, denunciado pelo Ministério Público como incurso no art. 333, "caput" e parágrafo único, c/c o art. 25 do Código Penal, solicitou o Bel. D. S. renovação de seu registro de Despachante junto à Secretaria de Segurança Pública, nos termos da Lei nº 7.104, de 29 de novembro de 1977, ocasião em que o SAJ/SSP, através do Parecer nº 35/80, opinou pelo indeferimento do pedido por não mais implementar o portador as condições exigidas em Lei para o Exercício da atividade, pronunciando-se, na mesma oportunidade, o DETRAN pela cassação da credencial.

Assim colocada a questão, o objeto da consulta cinge-se, de início, a apontar entre as possíveis soluções (indeferimento do pedido ou cassação da credencial) aquela que melhor atenda ao espírito da Lei.

O exame do processo leva, entretanto, a questões bem mais complexas, sobrelevando, preliminarmente, aquela relativa à competência para legislar sobre a matéria.

O Estado, "lato sensu", no exercício do Poder de Polícia, impõe limitações à atividade dos indivíduos no intuito de assegurar os fins gerais da sociedade. Assim, também, a liberdade de profissão sofre as restrições impostas pelo interesse público, que disciplina o exercício das diversas atividades profissionais, exigindo dos candidatos prova de capacidade e também de idoneidade.

Nesse sentido, a Constituição Federal atribuiu à União (art. 8º, XVII, r) competência privativa para legislar sobre condições de capacidade para o exercício de profissões liberais. Por esse motivo, a Lei Estadual nº 7.104/77, ao regulamentar a atividade de despachante, gera, num primeiro momento, pelo menos dúvidas quanto à constitucionalidade de suas disposições. Necessário examinar, portanto, o alcance da regra legal.

A referida Lei nº 7.104/77 regula, entre outros, o "modus procedendi" de que deverão se valer os interessados a fim de obterem registro de Despachante junto à Secretaria da Segurança Pública, ou, em outras palavras, a maneira pela qual os candidatos poderão lograr o exercício da atividade de intermediários entre a repartição pública e o particular, independentemente de outorga de instrumento procuratório.

Ora, isso requer contato entre o serviço público e o interessado, e é justamente este relacionamento candidato-repartição pública estadual, esta forma de introduzir-se o particular junto ao órgão público, com a finalidade de procurar interesses de terceiros, que está sendo regulamentada pela Lei nº 7.104/77.

Não vedou a Lei, e nem poderia, que qualquer do povo munido de instrumento procuratório intermediasse interesse alheio junto à Secretaria.

Parece, então, que sob esse aspecto não se pode atribuir à norma local o vício da inconstitucionalidade, eis que a despeito de, por disposição da Lei Maior, estar afeta à União a competência para legislar sobre a matéria, repercussões diretas na esfera do peculiar interesse regional exigem a intervenção do Estado-membro, no sentido de disciplinar o exercício da atividade.

Manifestando-se sobre o tema "*Repartição Constitucional da Competência para o exercício do Poder de Polícia*", assim se pronunciou Celso Seixas Ribeiro Bastos "in" R. D.P. nº 16, págs. 172/179:

"A solução que resolve o maior número de casos é aquela que aponta como competente para fazer valer as prerrogativas próprias do poder de Polícia, a mesma pessoa jurídica de direito público competente para legislar sobre a matéria.

.....

Ocorre, entretanto, que a disciplinação de uma determinada atividade pode ter repercussões muito além das condições intrínsecas ao seu desempenho, para atingir circunstâncias exteriores a ela, embora relacionadas que interessem a outras pessoas de Direito Público."

E, mais além, concluindo:

"a) exerce o poder de polícia o ente público competente para legislar sobre a matéria.

b) a competência do item anterior não exclui a competência municipal quando houver repercussões ulteriores na esfera do município, imprevisíveis no momento da fiscalização por qualquer outro dos poderes públicos (...)."

Fixada pois a competência do Estado para disciplinar a outorga de credenciais aos candidatos a despachantes de trânsito, cumpre analisar as hipóteses em que, nos termos da Lei, poderiam ser negadas e cassadas as mesmas credenciais.

De acordo com o art. 17 da Lei nº 7.104/77, os candidatos que comprovassem as condições estabelecidas pelo art. 4º, I, fariam jus ao título e à carteira de que trata o art. 2º. Conforme documento de fls. 108 a 114, o bacharel em causa providenciou, tempestivamente, a documentação nos termos da determinação legal, motivo pelo qual, embora nada conste nos autos, é de se supor que possuía, além da credencial temporária retida à fl. 108, também o título de despachante a que se refere o art. 2º da Lei, estando, conforme se depreende da informação de fl. 134, registrado junto ao DETRAN.

Ora, posteriormente ao registro inicial, cujas condições implementou, vem o Despachante a ser indiciado em Inquérito Policial, vencendo-se, na mesma ocasião, a credencial temporária que lhe havia sido fornecida pela Secretaria da Segurança Pública (carteira de fl. 108), cuja renovação requereu.

Compete ao Estado fiscalizar o exercício de uma atividade, desde que tal exercício produza efeitos diretos em seu campo de interesses peculiares, cabendo-lhe no desempenho de tal competência limitar as liberdades individuais em benefício do bem comum. No exercício, pois, desse poder pode indeferir, se assim entender, ao final, o requerimento de D. S., mas somente após submetê-lo ao devido procedimento legal estabelecido pelo art. 12, da Lei nº 7.104/77, onde lhe seja assegurado apresentar defesa acompanhada, se for o caso, da documentação pertinente.

Não substitui o Inquérito Policial juntado aos autos, o processo estabelecido pela Lei nº 7.104/77, eis que a natureza predominantemente inquisitória do primeiro não se compadece com o princípio estabelecido pelo art. 153, § 15, da Constituição Federal.

Se, após assegurada ao requerente a garantia de ampla defesa, concluir a Administração pela inoportunidade em renovar-lhe a licença, a decisão correta seria, no caso, o simples indeferimento do requerido, averbando-se a solução junto a seu registro de despachante existente no DETRAN. Isto porque o mero indiciamento em Inquérito Policial, ou mesmo o recebimento de denúncia contra o cidadão, não constitui prova inarredável de falta de idoneidade a justificar "per se" a cassação do registro já concedido. Pode, entre-

tanto, o Estado, no exercício regular do Poder de Polícia, dentro da discricionabilidade que lhe permite a Lei, concluir pela falta de conveniência ou de oportunidade em renovar a credencial, face ao envolvimento do pretendente, juntamente com policiais, em atividades ilícitas, mas isto somente após submetê-lo ao procedimento estabelecido em Lei, onde lhe seja assegurada a garantia de ampla defesa.

PORTO ALEGRE, 26 de janeiro de 1981.

PUBLICAÇÃO DE EDITAIS DE FALÊNCIA

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

PARECER Nº 4.624

CORAG.

Publicação de editais de falência em caso de inexistência de recursos da massa falida. Obrigação do Estado decorrente de lei. (Decreto-Lei nº 7.661/45, artigo 206 § 2º).

1. O Senhor Secretário da Administração, por determinação do Senhor Governador, dirige-se ao Chefe da Casa Civil para obter orientação relativa à resposta negativa da CORAG quanto à publicação gratuita de editais de falência, em casos de a massa falida não dispor de recursos para satisfazer o respectivo pagamento.

O expediente tem origem em impasse que se criou quando de determinação judicial de publicação dos editais de sentença declaratória de falência, dirigida à CORAG — COMPANHIA RIO GRANDENSE DE ARTES GRÁFICAS — que, por seu Diretor-Presidente, diz da impossibilidade de proceder a publicação, pois que:

“Sendo a CORAG uma Empresa de economia mista que se mantém com a renda proveniente de suas atividades e especificamente das publicações pagas no Diário Oficial do Estado, esta Diretoria se vê obrigada a devolver a Vossa Excelência o expediente anexo, uma vez que não pode arcar com as despesas de tais publicações em face de pendências anteriores em processos semelhantes.” (fls. 4).

A determinação judicial teria resguardo no Ofício Circular nº 14/75, item 4, da Corregedoria-Geral da Justiça, cujo teor é:

“4 — Nos casos de falência, quando a massa não tem recursos para antecipar o pagamento, a publicação é feita e, posteriormente, remetida a futura ao juízo, para habilitação no processo.”

2. Face ao confronto daí emergente, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado dirige-se ao Secretário da Administração manifestando seu entendimento de que o proceder da CORAG “obstaculiza a realização de uma das funções do Poder Judiciário”. Solicita, então, orientação sobre a matéria.

De sua parte, a CORAG sugere que o autor do pedido falimentar pague a publicação, incluindo-o nas custas processuais. Já o Tribunal de Justiça, por sua Diretoria de Or-

çamento é de opinião que o Poder Público Estadual é que deve responder pelo pagamento das referidas publicações.

Assim instruído o expediente, é encaminhado a esta Procuradoria-Geral, pela Casa Civil, para exame e parecer.

É o relatório.

3. A questão em exame encontra seu primeiro suporte legal na determinação contida no artigo 1216 do Código de Processo Civil que reza:

"Art. 1216 — O órgão oficial da União e dos Estados publicará gratuitamente, no dia seguinte ao da entrega dos originais, os despachos, intimações, atas das sessões dos tribunais e notas de expediente dos cartórios."

O alcance desta "gratuidade" foi objeto do Parecer de nº 4.178 publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, vol. 25. Ali procurou-se identificar com nitidez quais os atos judiciais sujeitos a publicidade gratuita, tendo-se concluído, na esteira de PONTES DE MIRANDA (Comentários ao CPC, Forense, RJ, 1978, Tomo XVII, págs. 70 e seg.), que a incidência do dispositivo supõe que "a publicidade seja, na espécie, exigida". Exigida por força de lei, à evidência.

4. Ora, no caso do procedimento falimentar, há regra expressa na lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945) determinando que:

"Art. 206 —"

§ 1º — No Distrito Federal e nas capitais dos Estados ou Territórios, as intimações serão feitas pela só publicação dos atos no órgão oficial, salvo aquelas que, por preceito desta lei, devem ser feitas pessoalmente."

E a obrigatoriedade de publicação dos editais, avisos, anúncios e quadro geral dos credores, por duas vezes, em órgão oficial, está prevista expressamente no artigo 205 do mesmo Decreto-Lei nº 7.661.

Mas a regra que nos interessa ainda mais de perto, e que concerne a dever do Estado, está contida na determinação do § 2º do artigo 206 da Lei de Falência, nos termos:

"§ 2º — Os Governos da União e dos Estados mandarão publicar, gratuitamente, nos respectivos órgãos oficiais, no dia seguinte ao da entrega dos originais, os despachos, intimações e notas de expediente dos cartórios."

Assim sendo, *legem habemus*. Por força do princípio da legalidade (Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 153, § 2º) fica o Estado obrigado a mandar publicar, gratuitamente, os referidos editais.

5. Não nos parece, portanto, possa ser exigido do autor do pedido falimentar suportar este encargo, vez que não há dever legal neste sentido.

Há dever legal, isto sim, do Executivo estadual, sendo de fácil compreensão o alcance da determinação: há **interesse público** no procedimento falimentar, pois com a decretação da falência abalam-se, de alguma forma e em alguma medida, o mercado, as finanças e, portanto, a economia regional como um todo.

Esta despesa a ser suportada pelos cofres públicos entra na rubrica:

"Órgão 2600 — Encargos Gerais do Estado; Unidade Orçamentária: 2601 — Encargos sob a supervisão da Secretaria da Fazenda; Atividade 2644 — "Publicação de Atos do Poder Judiciário." (cfr. fls. 3 do expediente).

6. Inadmissível seria onerar a CORAG com estas publicações, como sociedade anônima que é, regida "pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações", consoante previsão constitucional (Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 170, § 2º).

Conforme já se disse no Parecer nº 4.718, cabe ao Estado suportar o encargo resultante da gratuidade contemplada nos dispositivos das leis federais (CPC e Lei de Falência) sob pena de a Companhia não poder fazer frente a suas obrigações, de **direito comum**, junto ao seu **peçoal** e a **terceiros**.

7. Assim, somos de parecer que em caso de inexistir recursos da massa falida para satisfazer desde logo o pagamento dos editais, deve o Estado, através da Secretaria da Fazenda, mediante previsão orçamentária própria, suportar este ônus, dado o **interesse público** presente no procedimento falimentar e, principalmente, dado que tal obrigação decorre de lei.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 16 de fevereiro de 1981.

TERRENOS MARGINAIS OU RESERVADOS

ELIANA DONATELLI DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora da Fundação Rio-grandense Universi-
tária de Gastroenterologia
Professora de Direito Constitucional na UNISI-
NOS

PARECER Nº 4.640

TERRENOS MARGINAIS OU RESERVADOS.

Títulos legítimos para configurarem a dominialidade privada sobre os terrenos marginais ou reservados, gravados com a servidão pública ou administrativa.

Trata o expediente de pedido feito por particular, ao Senhor Secretário de Estado da Fazenda, de Autorização de Uso, a título oneroso, de terreno reservado, situado na margem esquerda do Rio Guaíba, e leito subfluvial, registrado na Diretoria do Patrimônio sob o nº 74, com 29m90cm de frente para o Rio Guaíba e 15m40cm de frente a fundos, onde linda com terreno alodial de propriedade do requerente, sito na Rua Professor Emílio Meyer nº 824, Vila Conceição, nesta Capital, assentado à fl. 61 do Livro TD, sobre o qual foi recolhida Taxa de Ocupação até o ano de 1940, tudo de conformidade com a Informação nº DP/766-78 (Proc. nº 53.585-78/SF) da Diretoria do Patrimônio, às fls. 7 e 8 do Processo. Ao mesmo encontram-se anexados o Contrato de Compra e Venda do Imóvel, planta de situação e levantamento plani-altimétrico da área, incluindo delimitação feita pelo DEPRC, e, ainda, Certidões do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre.

Definido o regime urbanístico a que está sujeita a área sob exame pela Supervisão do Planejamento Urbano da Secretaria Municipal de Planejamento, que nada opôs ao requerido, desde que sobre o imóvel não houvesse qualquer edificação, e procedida a respectiva avaliação do imóvel pela SOCIT, no valor, à época, de Cr\$ 687.225,00, retornado o expediente à Diretoria do Patrimônio.

Na Informação de nº 2-80/DP, à fl. 14 do Processo, a mesma Diretoria referiu que o imóvel já vem sendo usado pelo requerente, em decorrência de antigas concessões de uso e recomendou a formalização da Autorização de Uso, pelo vantajoso valor da prestação anual a ser paga ao Estado, reajustável de acordo com as ORTNs, anexando minuta do instrumento, que, dentre outras formalidades, foi encaminhada à Diretoria Administrativa da Secretaria da Fazenda para a devida publicação, convocando-se o usuário para custear a medida, conforme correspondência datada de 22 de março de 1980, à fl. 20.

Em 18 de novembro de 1980, o mesmo usuário encaminhou requerimento à Diretoria do Patrimônio, solicitando o reconhecimento do domínio privado da área sob exame, com a conseqüente anulação da cobrança do ônus de ocupação constante da Autorização de Uso respectiva, tendo por fundamento o Parecer nº PGE-4368, de 20 de maio de

1980 (Proc. nº PGE-453/80) da lavra desta Procuradora e aprovado pelo Senhor Procurador-Geral do Estado, cuja cópia foi anexada ao Processo (fls. 29 a 54).

Dentre as conclusões do sobredito Parecer, interessa a que refere constituírem as faixas marginais aos rios públicos estaduais, também denominadas de terrenos reservados, na extensão de 15 metros a contar do ponto médio das enchentes ordinárias, quando localizadas em terrenos pertencentes ao domínio privado, servidão administrativa ou pública, como ônus real sobre a propriedade alheia, a ela sobreponível.

De volta o expediente à Diretoria do Patrimônio, suscitou aquele órgão um novo pronunciamento de parte desta Procuradoria-Geral, com relação aos casos análogos ao do Parecer antes referido, já que a aplicação da orientação nele exarada implicará na perda do que vinha sendo considerado faixa de domínio do Estado em todos os rios navegáveis estaduais, em terrenos pertencentes a particulares, cujos certificados de propriedade referem que as áreas respectivas fazem limite com a margem dos rios.

Argumentava a mesma Diretoria que a posição adotada no Parecer da signatária era passível de contestação, merecendo, pois, reexame.

Em razão disso, o Senhor Secretário da Fazenda submeteu o expediente a esta Procuradoria-Geral, sendo o mesmo distribuído a esta Unidade para pronunciamento.

É o relatório.

De início, procedente é a dúvida levantada pela Diretoria do Patrimônio, já que existe divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da matéria, alinhando-se, de cada lado, juristas de nomeada.

Resumidamente, as posições diferenciadas sobre o assunto são as seguintes:

a) a posição adotada pelo Parecer em questão, dos que consideram de domínio privado os terrenos marginais ou reservados, situados em áreas de terras pertencentes a particulares, na extensão de 15 metros, contados do ponto médio das enchentes ordinárias, constituindo-se sobre os mesmos servidão pública ou administrativa, como ônus real sobre a propriedade alheia, sobreponível ao direito de propriedade do particular, com fundamento no artigo 39 da Lei nº 1.507, de 26 de setembro de 1867; no artigo 1º, §§ 1º a 4º do Decreto nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868; artigos 11, 12, 14 e 31 do Decreto Federal nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas). Seguem esta orientação, além dos autores referidos à fl. 6 do Parecer citado, autores renomados como: LAFAYETTE, PISANELLI, RODRIGO OTÁVIO, MELLO FRANCO, todos citados por ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES (in Código de Águas. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pág. 101);

b) a posição de outros, que consideram de domínio público os terrenos reservados às margens dos rios públicos, entre os quais se alinham, além dos mencionados no Parecer

sob exame, alguns autores que escreveram sobre a matéria antes da vigência do Código de Águas e referidos no Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Recurso "ex officio" (nº 151.894), publicado na Revista dos Tribunais, Vol. 379, de maio de 1967, págs. 149 a 159, em que foi Relator o saudoso jurista OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (ver, a propósito, do mesmo autor, "Reintegração sem Posse e sem Domínio", 2 Vols., Ed. Prefeitura de São Paulo), quais sejam: ARISTIDES MILTON (in A Constituição do Brasil, pág. 336, ed. 1898); CARLOS MAXIMILIANO (in Comentários à Constituição Brasileira, págs. 69B-99 e 700, ed. 1929); CARLOS DE CARVALHO (in Consolidação das Leis Civis, págs. 67-8 e 80, ed. 1915); EDUARDO ESPÍNOLA (in Código Civil Brasileiro. Vol. 2, págs. 161-2, ed. 1918); JOÃO BARBALHO (in Comentários à Constituição Federal Brasileira, pág. 364, ed. 1924); CLÓVIS BEVILAQUA (in Teoria Geral do Direito Civil, págs. 260-1, ed. 1929); ALFREDO VALADÃO (in Direito das Águas, págs. 90-3, ed. 1931); e, CARVALHO DE MENDONÇA (in Rios e Águas Correntes, págs. 132-33 e 231, 2ª ed.);

c) uma terceira corrente considera que a ressalva da Lei quanto ao domínio privado dos terrenos reservados, mediante titulação legítima, só diz respeito aos proprietários que, segundo ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES, tenham adquirido pela compra de lote o terreno marginal de acordo com a Lei nº 601, de 1850; ou que tenham título de doação de sesmaria anterior a Lei nº 601; ou que tenham posse legitimada; ou, ainda, que tenham adquirido terra por ocupação, nos termos do artigo 59 do Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854 (in Do Terreno Reservado de 1867 à Faixa Florestal de 1965. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pág. 25). Após o advento do Decreto nº 4.105, haveria tão-só aforamentos dos terrenos reservados.

Ressalvando, apenas, a dominialidade privada aos particulares, cuja transferência dos terrenos reservados tenha ocorrido mediante concessão legítima do poder público, encontram-se também os autores referidos no Ac. do TJSP, antes citado, em que foi Relator o Professor OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, e que examinaram a questão após a vigência do Código de Águas, a saber: THEMISTOCLES CAVALCANTI (in Revista Forense 70/252); MATTOS DE VASCONCELLOS (in RDA 5/307); DANIEL DE CARVALHO (in Revista Forense 101/41) e GONÇALVES DE OLIVEIRA (in Revista Forense 104/241).

Título legítimo, referido pelo artigo 11, do Código de Águas, segundo o Ac. da 4ª Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo (RT, 285/648), com base nos Pareceres de A. GONÇALVES DE OLIVEIRA (RF, 102/241) e de DANIEL DE CARVALHO (RF, 103/41), é aquele emanado do Poder Executivo Federal, por força de concessão e não o proveniente de mera aquisição de particular ao teor do artigo 39 da Lei nº 1.507, de 1867 (apud ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES, in Código de Águas cit., pág. 39). Com base nesse entendimento, ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES ensina que o ribeirinho só é titular de domínio até a água se o título respectivo baseia-se na Lei nº 601, de 1850, por compra, legitimação de posse ou revalidação. Todavia, provindo o título do artigo 77 do Decreto nº 1.318, de 1854, ou do Decreto nº 4.105, de 1868, só existe aforamento do terreno (id., págs. 107-8).

Essa terceira posição, defendida por renomados autores, que escreveram sobre a matéria após a vigência do Código de Águas, merece acolhida, devendo, pois, o proprietário ribeirinho que alegar a sua dominialidade sobre os terrenos marginais ou reservados fazer prova de que os mesmos foram adquiridos nas condições antes apontadas para constituir "título legítimo", nos termos da Lei.

Efetivamente, no Parecer nº PGE-4368, ora em questão, não havia sido examinado o aspecto relativo à legitimidade dos títulos, pois tal não se incluía no âmbito da consulta.

No que pertine ao aspecto da servidão pública, alguns autores referem, com base no artigo 11, nº 2, última parte, combinado com o artigo 12 do Código de Águas, que a mesma se limitaria às margens das correntes, que, não sendo navegáveis, nem fluviáveis, concorrem para formar outras apenas fluviáveis (Cfe. CARLOS DE CARVALHO, in Consolidação das Leis Civis, artigo 16, c, pág. 134 citado por ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES, ob. cit., págs. 14 e 35).

Refutando tal argumento, ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES, diz que antes da Lei nº 1.507, já havia a servidão pública às margens dos rios navegáveis a partir da interpretação a ser dada ao artigo 16 da Lei nº 601, de 1850, e do Aviso F, de 19 de julho de 1862 (ob. cit., pág. 17). Mas "terreno reservado", com a fixação de sua extensão, teria surgido com a Lei nº 1.507, sendo posteriormente equiparado a terreno marginal pelo artigo 4º do Decreto-lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, esta última expressão também utilizada pelo Decreto nº 21.235, de 02 de abril de 1932. Pelo artigo 31 do Código de Águas tais terrenos passaram a pertencer aos Estados-membros. Dito domínio, entretanto, pode ser limitado a favor da União, nos casos de aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, ou para a navegação, ou, ainda, para legislar sobre as secas (Cfe. parágrafo único do artigo 31, combinado com os §§ 1º e 2º do artigo 29 do Código de Águas).

Também não consideramos que a expressa previsão do nº 2, última parte, do artigo 12, do Código de Águas, exclua a existência de servidão pública ou administrativa sobre os terrenos marginais ou reservados pertencentes ao domínio privado, conforme já expomos no Parecer citado. Apenas o Código reconhece a dominialidade do proprietário ribeirinho na faixa marginal de 10 m nas correntes inavegáveis, nem fluviáveis, que concorrem para formar outras apenas fluviáveis, salvando a servidão pública ali imposta.

Cabe enfatizar que a Súmula nº 479 do Supremo Tribunal Federal (Cfe. R.E. 10.042, de 29 de abril de 1946, RDA nº IV, 1973; R.E. nºs 59.737, 2ª T. STF e 63.206, 3ª T., ambos de 1968, RTJ 47/486 e 44/717), que vem sempre mencionada pelos que se posicionam pela dominialidade pública dos terrenos marginais ou reservados, refere-se tão-somente às margens, não confundíveis com os primeiros. Com efeito, margem é a superfície normalmente coberta pela água, quando interna, e a que vem a ser coberta pela água, em período de enchente, quando externa, ponto em que se inicia o terreno reservado

(Cfe. ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES, Do Terreno Reservado cit., pág. 7). Distinção também fixada pelo artigo 14 do Código de Águas. A titularidade das margens é a mesma dos rios a que pertencem.

Por último, saliente-se que as situações pretéritas estavam resguardadas pelo artigo 7º e seguintes do Decreto Estadual nº 174, de 1940, ainda vigente, que admite a autorização de uso remunerada dos terrenos marginais ou reservados, cuja prática, daqui para diante, deve restringir-se aos terrenos considerados bens públicos dominicais, na exata compreensão dos artigos 11 e 31 do Código de Águas.

Em síntese, o problema se coloca na perfeita interpretação do que seria título legítimo para configurar a dominialidade do particular sobre os terrenos marginais ou reservados, nos termos dos dispositivos pertinentes insertos no Código de Águas. Por isso, é preciso para caracterizar dita titularidade e, portanto, eximir-se do pagamento da chamada "taxa de ocupação", cobrada pelo Estado para a utilização desses terrenos, que o proprietário ribeirinho comprove a aquisição dos mesmos nas condições então previstas pela Lei nº 601, de 1850, ou pelo artigo 59 do Decreto nº 1.318, de 1854, conforme já foi exposto.

No caso em exame, os títulos de propriedade juntos ao Processo não esclarecem tal característica, devendo o proprietário consulente ser instado a completar, se for o caso, sua documentação, comprovando a origem exigida pela sucessão hereditária ou qualquer forma de sucessão do direito de propriedade. Uma vez confirmada a titularidade do particular, que dirigiu a consulta, nada deverá ser cobrado ao mesmo, que, na qualidade de proprietário, já estará restringido no seu direito pela servidão pública ou administrativa incidente sobre o imóvel.

Quanto ao mais, reiteramos inteiramente o entendimento firmado no Parecer nº PGE-4368 junto ao Processo.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 25 de março de 1981.

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA

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

PARECER Nº 4552

PENSÃO. COMPANHEIRA. ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A companheira de membro do Ministério Público falecido após haver contribuído para o Instituto de Previdência do Estado tem direito à pensão assegurada pela Lei nº 6.536, de 31 de janeiro de 1973 (Estatuto do Ministério Público), desde que comprovada a sua dependência econômica em relação ao associado.

Neste expediente, L. B. solicita, com fundamento na Lei nº 6.536, de 31 de janeiro de 1973, (Estatuto do Ministério Público), complementação de pensão pela morte de seu companheiro J. O. W., que ocupava o cargo de Procurador da Justiça. Em seu requerimento de fl. 38/PGE, esclarece que com ele casou no Uruguai, na cidade de Artigas, no dia 12 de fevereiro de 1960, com o mesmo convivendo durante 8 anos e 9 meses até a data de seu falecimento, ocorrido em 9 de dezembro de 1968, tendo dessa união dois filhos menores.

Conforme atestado constante a fl. 52/PGE, a petionária recebe do Instituto de Previdência do Estado, juntamente com os dois filhos, a pensão mensal de Cr\$ 10.609,77. Consta também do expediente que a viúva do referido Procurador, que era dele desquitada, a Sra. N. W., juntamente com aqueles dois filhos da requerente, vêm percebendo a complementação da pensão do IPE, de conformidade com a citada Lei nº 6.536/73.

Com base no princípio de que a finalidade do direito previdenciário é eminentemente social, a partir de determinada época as leis passaram a colocar entre os beneficiários do contribuinte a sua companheira. Antes mesmo do advento da Lei nº 6.326, de 3 de dezembro de 1971, que, introduzindo modificações na Lei nº 5.255, de 30 de julho de 1966, incluiu a companheira do associado do Instituto de Previdência do Estado no elenco de seus dependentes, a jurisprudência do Tribunal de Justiça deste Estado já lhe reconhecia, em determinados casos, o direito de perceber pensão, mesmo na hipótese de não ter sido designada pelo associado como sua beneficiária, bastando que, posteriormente, ficasse plenamente comprovada a sua dependência econômica (cfr. *Revista de Jurisprudência do T. J. R. G. S.*, 60/274; 68/28B e 76/359).

Esse direito, hoje, é assegurado expressamente pela Lei nº 5.255/66, com as modificações introduzidas pela Lei nº 6.617, de 23 de outubro de 1973, que, dispondo sobre

IPE e seu sistema previdenciário, considera como dependente do associado "a companheira solteira, viúva ou desquitada, mantida maritalmente por tempo não inferior a cinco anos e ininterruptamente, até a data do falecimento do associado solteiro, viúvo ou desquitado, desde que inscrita na Declaração dos Beneficiários".

Com relação aos dependentes do membro do Ministério Público, é a Lei nº 6.536, de 31 de janeiro de 1973, com as alterações introduzidas pela legislação posterior, que lhes assegura tal direito. Embora não enumere expressamente quais sejam, para seus efeitos, as pessoas consideradas dependentes do associado, deve-se assim entender, pelo menos, todas aquelas mencionadas pela Lei nº 5.255/66, com suas alterações posteriores, pois o próprio Estatuto do Ministério Público implicitamente remete a esta Lei quando, no artigo 86, assegura que "o Estado completará a diferença, se a pensão do Instituto de Previdência do Estado não atingir o montante previsto nesta Lei". Quer dizer: se para a Lei que dispõe sobre o IPE determinada pessoa for considerada dependente de associado que for membro do Ministério Público, fazendo jus a pensão, assim também deverá ser tida perante o Estatuto do Ministério Público, devendo automaticamente passar a perceber a complementação de que trata o aludido artigo 86, caso a pensão do IPE não atinja o montante previsto no Estatuto, sem necessidade, inclusive, de ser provada, novamente, sua condição de dependente do membro do Ministério Público, já que a mesma foi anteriormente reconhecida, no momento em que tal pessoa passou a perceber a pensão do IPE.

Esta é a situação da interessada. O atestado de fl. 52/PGE comprova que ela vem percebendo como dependente do aludido Procurador da Justiça, juntamente com seus filhos menores, a pensão do IPE no valor mensal de Cr\$ 10.609,77, estando mais do que demonstrada, portanto, a sua condição de dependente do ex-membro do Ministério Público para também passar a perceber a complementação de que trata o artigo 86 da Lei nº 6.536/73.

O Tribunal de Justiça deste Estado, no acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível nº 34.371, de 19 de dezembro do ano passado, já reconheceu essa mesma dependência em relação a companheira de membro da magistratura, assegurando-lhe o direito de perceber pensão em decorrência da morte de seu companheiro, por força do que dispõe o artigo 83 do Estatuto da Magistratura (Lei nº 6.929, de 2 de dezembro de 1975), que assegura, de forma análoga, o mesmo direito garantido pela Lei nº 6.536/73 aos dependentes do membro do Ministério Público que falecer após haver contribuído para o IPE.

Portanto, tornava-se dispensável, no presente caso, que a interessada comprovasse, com outros elementos, a sua dependência econômica em relação ao falecido Procurador. Tais elementos, contudo, constantes a fls. 40-51/PGE, vêm reforçar o entendimento de que existiu tal dependência.

Por último, cabe acrescentar que o direito da interessada à complementação que pleiteia não exclui o mesmo direito em relação a Sra. N. W., viúva do associado e de quem o mesmo havia se desquitado antes de passar a viver com a requerente. Ambas, juntamen-

te com os dois filhos menores da peticionária, formam o conjunto de dependentes do associado, entre os quais a pensão, depois de calculada na forma do artigo 81 da Lei nº 6.535/73, deve ser rateada em quotas iguais, de conformidade com o disposto no artigo 82 da mesma Lei. Assim já foi decidido, noutra caso, pelo Tribunal de Justiça deste Estado, com a seguinte manifestação do Desembargador EDSON ALVES DE SOUZA:

"(. . .), estando demonstrado que a companheira e a esposa dependiam economicamente do associado falecido, deveria a sentença atender, como atendeu, a essa realidade da vida, para fazer correta justiça. Se a ambas ele prestava amparo econômico, nada mais justo que entre ambas se partilhe igualmente a proteção previdenciária que ele conquistou com sua condição de associado". (Revista de Jurisprudência do T. J. R. G. S., 73/610).

Entendo, pois, em conclusão, que, com fundamento no artigo 81 do Estatuto do Ministério Público, a requerente tem direito à complementação da pensão que vem recebendo, por morte do Procurador da Justiça J. O. W., de quem era companheira.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 5 de novembro de 1980.

VISTO INSTITUÍDO PELA LEI Nº 6.884/80

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

PARECER Nº 4.607

"VISTO" instituído pela Lei 6.884, de 09 de dezembro de 1980, que modificou a Lei 4.215, de 27 de abril de 1963; exigível para alterações, distratos e atos deliberativos de dissolução das sociedades, é ato privativo de advogado e constitui exercício profissional, implicando responsabilidade técnica do autor. A regularidade do visto aposto por servidor do órgão de Registro, ainda que bacharel em direito, e que não participou da feitura do ato ou instrumento.

Da Chefia da Casa Civil do Palácio Piratini, e de ordem do Senhor Governador do Estado, veio a esta Procuradoria-Geral, para exame e parecer, expediente originado de petição encaminhado àquela autoridade, por parte de entidades de classe e representativas dos profissionais contadores, contabilistas e técnicos em contabilidade, reclamando a orientação adotada pela Junta Comercial do Rio Grande do Sul no respeitante à Lei nº 6.884, de 09 de dezembro de 1980.

O diploma antes nomeado, alterando dispositivos da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1953 que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, determinou a obrigatoriedade de visto de advogado nos atos constitutivos e estatutos de sociedades civis e comerciais, para registro e arquivamento nas repartições competentes.

Ocorre que, em 23 de dezembro de 1980, através de TELEX (MIC/DNRG/TLX/CIRC/NR/032), o Senhor Diretor-Geral do Departamento Nacional de Registro de Comércio comunicou às Juntas Comerciais dos Estados que o "visto" determinado pela lei deveria ser feito "dentro da própria administração", por servidor com regular inscrição na OAB.

Nesta mesma data, tomando conhecimento da referida ordem circular, o Conselho Seccional da OAB — Seção do Rio Grande do Sul manifestou posição discordante, entendendo ser a orientação administrativa uma "frontal ofensa à lei" e comunicou por ofício ao Senhor Presidente da Junta Comercial do Estado, pedindo-lhe o cumprimento da lei, ao mesmo tempo em que decidiu, igualmente, levar o fato à ciência do Conselho Federal da OAB.

Acatando a manifestação do Conselho Seccional, o Presidente da Junta Comercial do Rio Grande do Sul baixou, em 13 de janeiro de 1981, a Resolução nº 01/81, aprovada em sessão plenária do mesmo Órgão, com a seguinte redação:

"Art. 1º — Para cumprimento do disposto na Lei nº 6.884, de 09 de dezembro de 1980, a Junta Comercial não procederá ao arquivamento de instrumento de contrato, alteração de contrato ou distrato de sociedades comerciais, inclusive de atos constitutivos, alterações de estatuto ou ato deliberativo de dissolução de sociedades anônimas, sem que nos mesmos figure "visto", assinado por advogado legalmente habilitado, com o nome legível e a indicação do respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil."

É contra as determinações dessa Resolução que se insurgem as associações e entidades de contadores, contabilistas e técnicos em contabilidade, invocando duas ordens de defeitos:

1º) ampliação do conceito de atos constitutivos e estatutos de sociedades comerciais, por ter a Junta considerado como tais as alterações de atos constitutivos ou contratuais os distratos e os atos deliberativos de dissolução de sociedade anônima;

2º) exigência de "visto" previamente ao ingresso do expediente na Junta por profissional legalmente habilitado, com nome legível e indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Vindo à Procuradoria, o expediente foi-nos distribuído, em caráter de exceção e de urgência, dado que o Senhor Governador do Estado requisitou opinativo em cinco (5) dias.

É o relatório.

De logo, percebe-se que o impasse formula-se a partir de entendimentos divergentes dos comandos da recente Lei nº 6.884/80, emitindo a Junta Comercial do Estado, com vistas à execução do registro de Comércio no território de sua jurisdição, instruções em parte conflitantes com aquelas emanadas da Direção Nacional do Registro de Comércio.

Duas ordens de questões há que se enfrentar para o deslinde que se reclama: a interpretação da lei e o exercício competencial de atribuições por parte das autoridades signatárias dos atos normativos, em tela.

1. A INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6.884/80

Se o tema é interpretação, algumas balizas devem ser fincadas para delimitar, a final, o sentido e exato alcance das disposições legais em cogitação.

Primeiro, cumpre lembrar que, oposta à teoria subjetivista ou psicológica, a doutrina hermenêutica prevalente, da interpretação progressiva ou do "objetivismo atualista" (cf. terminologia de REICHEL, RADBRUCH; FERRARA, RUGGIERO e DONATI, referidos por DOMINGUES DE ANDRADE em "Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das

Leis", Armênio Amado, Editora Coimbra, 1978, 3ª ed., p. 15), aclara que a interpretação procura a "voluntas legis", e, ressalte-se, a vontade atual, sempre presente enquanto vigora a lei, e que se determina pela própria "ratio legis". Esta, no dizer de RUGGIERO "é o motivo da norma, a sua razão justificativa. Reside ela na necessidade humana a que a norma dá proteção, e portanto no escopo a que esta visa: motivo e escopo que são inseparavelmente conjuntos e devem por isso corresponder-se harmonicamente". (Instituciones, I, p. 128).

A referência de DOMINGUES DE ANDRADE é assim comentada:

"Inquirir da ratio legis redundando em investigar qual seja a melhor solução — mais justa e mais útil — dentre as que a lei pode comportar." (ob. cit., p. 17, nota de rodapé nº 1).

Dentro daquilo que o nosso CARLOS MAXIMILIANO ("in" *"Hermenêutica e Aplicação do Direito"*, Forense, 9ª edição, p. 151/2) denomina de "elemento teleológico da lei", a interpretação cuida do fim que inspirou o dispositivo; dado que "o Direito é ciência normativa ou finalística", "o hermenêuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática".

A) O "VISTO" DE ADVOGADO

Que finalidade teria presidido a edição da Lei nº 6.884/80, ao cogitar do visto de advogado? Certamente que não uma simples adição de etapa burocrática ou formal nos procedimentos dos registros Civil ou de Comércio. De notar que o indigitado Diploma não se refere a atribuições registrárias, nem seu escopo parece ser o de alterar normas de inscrição; veio, isto sim, modificar a Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, quer dizer, é texto legal que visou a acrescentar norma específica ao exercício profissional do advogado. O novo § 4º, que arrola a exigência do visto do advogado nos atos que menciona, foi aditado ao artigo 71 da Lei nº 4.215/63 que define o conteúdo da advocacia.

Por isso, tem inteiro cabimento a manifestação da OAB — Seção do Rio Grande do Sul, em seu Ofício nº 1.750/80, de 31 de dezembro de 1980, dirigido ao Presidente da MM. Junta Comercial do Estado de que a orientação do DNRC "contravém, data venia, à norma legal e a esvazia de sentido reduzida a inadmissível providência meramente burocrática".

Ademais, outra regra de interpretação acena para o fato de que não se presume ter a lei disposições inúteis ou ociosas.

Ora, o exame administrativo dos atos e instrumentos submetidos à Junta, sob os aspectos formal e legal, é, de há muito e por disposição da Lei nº 4.726, de 13 de junho de 1956, atribuição desse organismo, não havendo razão, se de tal controle se tratasse, para o dispositivo ora baixado.

Sobre tal competência das Juntas assim se expressou RUBENS REQUIÃO:

"(...) as juntas possuem apenas competência para o exame formal desses atos e documentos. Assim, por exemplo, têm elas competência para verificar se os contratos sociais, as atas de assembleias gerais estão formalmente corretos, atendendo às exigências legais." ("in" Curso de Direito Comercial, Sarai-va, 1976, 7ª edição, p. 79).

A inovação consiste, precisamente, em se exigir, previamente à ação fiscalizadora da Junta a atuação de profissional que tenha habilitação para adequar, em instrumento idôneo, as vontades das partes; *"o visto de advogado, instituído pela Lei nº 6.884 contempla "a substância do ato, naquilo que as partes pretendem ajustar e instrumentar"*, conforme ressalta o já referido ofício da OAB, Seção do Rio Grande do Sul.

Além dos subsídios administrados pela pesquisa finalística, outros argumentos poderiam ser sinteticamente arrolados, em prol da exigência de advogado estranho aos quadros das Juntas para visar os documentos levados a registro:

a) Os funcionários da Junta que são bacharéis em Direito reúnem essa qualidade por mero acaso ou porque ocupam cargo de Assessor Técnico. Nesta última hipótese o Estado exigiu-lhes prova de colação de grau em Ciências Jurídicas e Sociais, e **não a condição de advogado.**

b) O servidor, por conseguinte, atua, na Junta, como agente da administração, pública e **não como advogado profissional.**

c) Sendo, por definição da lei, atividade privativa de advogado, o servidor que — lembre-se — não ocupa cargo de advogado e, portanto, não tem sua atribuição com conteúdo ocupacional — incidiria, até, em desvio de função.

d) Não se pode examinar isoladamente o novo dispositivo legal. É preciso, numa visão sistemática, ter em vista o artigo 103, VI, do mesmo Estatuto da OAB, que proíbe ao advogado **"assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para feito extrajudicial, que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado"**.

Ora, é óbvio que o servidor da Junta não terá feito nem colaborado na feitura dos documentos protocolados naquela repartição. Se os visasse como advogado, estaria, portanto, infringindo o artigo 103, VI, do Estatuto da OAB.

e) O "visto" do advogado, agora exigido por lei, será responsabilidade técnico-profissional para quem o apõe. Ora, se funcionário da Junta apuser tal "visto", a responsabilidade viria a recair sobre o Estado, de quem o funcionário é mero agente, a teor do artigo 107 da Constituição.

B) ATOS ABRANGIDOS NA EXIGÊNCIA DO VISTO

As mesmas cogitações teleológicas antes referidas presidem a análise que visa a esclarecer se, ao enumerar os atos sujeitos ao visto, a Resolução nº 01/81 da JCRS comportou-se dentro dos limites postos pela Lei nº 6.884/80.

Útil, mais uma vez, transcrever lição de CARLOS MAXIMILIANO:

"O fim inspirou o dispositivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo; retifica e completa os caracteres na hipótese legal e auxilia a precisar quais as espécies que na mesma se enquadram.

.....
Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos." (ob. cit., p. 152).

Assim, pois, se, para a feitura de estatutos ou atos constitutivos, exige a lei o visto advocatício, a mesma razão impõe a atuação do profissional nas alterações e nas dissoluções, por aplicação do axioma *"ubi eadem ratio, idem jus"*. É o que afirma, por outro modo, o parecer de fl. 13, da lavra do ilustrado Procurador Regional da Junta, Dr. ELIAS REBELLO HORTA:

"Assim entende (a Procuradoria Regional) por considerar que as modificações, ainda que parciais, ou a rescisão do pacto societário, implicam em novação do contrato ou do estatuto primitivo, no sentido de alterá-lo ou suprimi-lo, criando direitos e obrigações, afetando os vínculos estabelecidos entre os contratantes e, conseqüentemente, caracterizando ato de natureza constitutiva."

Com efeito, frustrado remanesceria o objetivo da lei se, após ato assistido por advogado, alteração ou supressão clausular fosse registrada sem aquela assistência, dado que o Registro Civil ou de Comércio continuaria a aceitar, em última instância, atos constitutivos não visados.

Um comezinho bom senso rechaça essa acepção compartimentalizada do texto legal que leva a afirmar a exigência de advogado para dar assessoramento técnico na feitura do estatuto de uma sociedade e dispensá-la na alteração ou desfiguração do mesmo instrumento.

Ademais, o artigo 307 do Código Comercial, em sua **parte final**, estabelece que a alteração do *"contrato primordial"* só poderá provar-se por novo instrumento **passado e legalizado com as mesmas formalidades** que o da instituição da sociedade.

Os autores repisam a exigência legal, de que a forma da alteração ou do contrato segue a da constituição da sociedade: RUBENS REQUIÃO (*ob. cit.*, p. 362); PLÁCIDO E SILVA (*Noções Práticas de Direito Comercial, Forense, Rio, 12ª edição, vol. I, p. 264 e 276*), *verbis*:

"(...) as alterações nos contratos das sociedades comerciais devem ser feitas por instrumento próprio, gravado e legalizado com as mesmas formalidades exigidas para o instrumento em que se instituam."

"O instrumento do distrato está sujeito às mesmas formalidades prescritas para o contrato."

Ora, se a Lei nº 6.884 ordena que os atos constitutivos e os estatutos só serão admitidos a registro e arquivamento quando visados por advogados, tal providência passou a ser formalidade obrigatória para a instituição da sociedade que, por força do artigo 307 do Código Comercial, deve ser também observada nas alterações de contrato.

E, em se tratando de sociedades anônimas, veja-se o artigo 135, § 2º, da Lei nº 6.604, de 15 de dezembro de 1980. Por este dispositivo, que faz remissão aos artigos 97, §§ 1º e 2º e 98 da mesma lei, verifica-se que, nos casos de alteração de estatuto, aplicam-se as mesmas normas que delineiam a competência do registro do comércio quando do exame dos atos de constituição da companhia.

De observar que o entendimento da Junta Comercial do Estado coincide com o da de São Paulo, a qual, pela Deliberação nº 1/81, de 15 de janeiro de 1981, exige o visto também nas alterações de contrato ou de estatutos.

II. COMPETÊNCIA PARA PRÁTICA E LEGALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS DO DIRETOR DO DNRC E DO PRESIDENTE DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO

A orientação técnica produzida através de TELEX pelo Diretor do DNRC, em princípio encontra fundamento competencial nos artigos 3º e 4º, inciso I, da Lei nº 4.726/65, que outorga àquele Departamento do Ministério da Justiça, "função supervisora, orientadora e coordenadora no plano técnico", e "expedindo as normas necessárias para tal fim, e solucionando as dúvidas ocorrentes na interpretação e aplicação das respectivas leis e atos executivos".

Presente, como visto, competência funcional, apresenta, todavia, o ato, eiva de ilegalidade, para nós, manifesta, ou, como refere a OAB — Seção Rio Grande do Sul — "frontal".

Pelos motivos arrolados no item anterior, alínea A, as instruções do DNRC não poderiam, sem pecha de ilegalidade, atribuir o visto exigido pela novel disposição a servidores das Juntas.

A ordem circular do Diretor do DNRC, a pretexto de interpretar a lei, apresenta cunho regulamentador e, como tal, submete-se ao seu comando, sem viabilidade de extrapolar para conteúdos contra ou além do dispositivo matriz. Dispensável, mesmo, a referência da literatura pátria e estrangeira, assaz rica, aos limites do poder regulamentar.

De outra parte, pelos argumentos antes expendidos, apresenta-se substancial e irrepreensível o ato da Junta Comercial do Rio Grande do Sul, adequado e consoante a nova lei. Sob o prisma de competência, nada há a reparar, igualmente, visto que a Resolução 01/81 é instrumento para viabilizar a execução, pelos setores encarregados do órgão estadual do Registro de Comércio, conforme às determinações da Lei nº 6.884/80, execução que é atribuição expressa no artigo 10, I, da indicada Lei nº 4.726/65 como sendo das Juntas Comerciais.

As Juntas Comerciais, dentro de uma regração híbrida imposta pela Lei nº 4.726/65, enquanto administrativamente submetem-se ao Governo do Estado, tecnicamente estão sujeitas aos órgãos e autoridades do Ministério da Indústria e Comércio, o que leva a indagar da possibilidade de a entidade estadual inobservar orientação emanada do DNRC, fato, aliás, denunciado pelas associações e corporações signatárias da representação do Senhor Governador do Estado. Ocorre, na espécie, que pelos motivos antes enunciados, o ato do Senhor Diretor-Geral do DNRC, S.M.J., padece de nulidade, o que lhe tira poder vinculante, nos termos em que espelha a seguinte passagem de PONTES DE MIRANDA:

"Se a lei, em relação à Constituição, ou o decreto ou regulamento, em relação à lei, reproduz a regra jurídica hierarquicamente superior, com podamento, acréscimo, substituição ou pontuação deformante, o Poder Executivo que lançou tal decreto ou regulamento exorbitou das suas funções, e é nulo o que se afasta do texto inserto, deturpando-o." (in Comentários à Constituição de 1967, tomo III, p. 312).

A preservação da legalidade nos atos da administração é bem maior que se sinala continuamente em todas as atuações dos poderes públicos e que não pode ser sacrificada em prol da preservação de uma hierarquia técnica, aliás, precariamente manifestada, também sob o aspecto formal — uma mensagem via Telex. A própria legalidade é o princípio básico da hierarquia, como sinala MIGUEL REALE, invocando WERKL:

"Retornando, pois, o que de início foi dito quanto ao princípio da legalidade da Administração — o qual, no dizer lúcido de ADOLFO WERKL significa "a vinculação de certas atuações qualificadas ou de todas elas à atuação da lei, como princípio hierárquico que assinala as funções da Administração no sistema das funções do Estado de Direito." (in Direito Administrativo, Estudos e Pareceres, Forense, 1969, p. 275/6).

Na verdade, a ilegalidade da ordem ou orientação — como é o caso vertente — exime os agentes da administração de sua observância, como o diz claramente HELY LOPES MEIRELLES, no seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª Edição, fl. 428:

"Por esse dever (o de obediência) não está o funcionário obrigado a cumprir mecanicamente toda e qualquer ordem, mas unicamente, as ordens legais (...). O cumprimento de ordem ilegal, como o descumprimento de ordem legal acarreta para o servidor responsabilidade disciplinar e criminal." (CP, art. 18).

Pelos fundamentos até aqui expressos e, em conclusão, entendemos estar de acordo com a lei a Resolução nº 01/81, da Junta Comercial do Estado.

S.M.J. é o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de janeiro de 1981.

IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO DO MAGISTRADO PARA EXERCER A ADVOCACIA

MANOEL GONCALVES FERREIRA FILHO
Professor titular de Direito Constitucional na
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo
Doutor em Direito pela Universidade de Paris

PARECER

1. Indaga-me o ilustre jurista, Dr. Orlando Vanin:

"É constitucional o disposto no art. 86, da Lei nº 4.215, de 1963, o chamado Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ao estabelecer que magistrados aposentados somente possam passar a exercer a advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função?"

2. questão gira, evidentemente, em torno da interpretação que deve ser dada ao art. 153 da Constituição. Encontra-se aqui o seguinte:

"É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

3. Como é sabido, um dos pontos fundamentais do liberalismo era o estabelecimento da liberdade de comércio, indústria e profissão. Tal liberdade era vista como imprescindível para o desenvolvimento das forças produtivas e como necessária à eliminação dos privilégios que contrariavam o princípio de igualdade.

Refletindo esse entender, a Carta de 25 de março de 1824, afirmou, no art. 179, nº 24:

"Nenhum gênero de trabalho, de cultura, de indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos".

E acrescentou a seguir:

"Ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres" (nº 25).

4. Também é sabido que, reconhecida essa liberdade, pretenderam os positivistas, mormente no Brasil, desvincular o exercício de quaisquer profissões da exigência de títulos de habilitação (V. a este propósito, por exemplo, João Barbalho, *A Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro: Briguiet, 2ª ed., 1924, pág. 446).

A Constituição de 1891, no art. 72, § 24, adotou um texto que iria provocar muita controvérsia:

"É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial".

Com efeito, sustentaram muitos que, em face desse dispositivo, triunfara integralmente a posição positivista. Disto decorreria a inconstitucionalidade de imposição, por via legislativa, de condições de capacidade para o exercício de profissão.

Embora essa interpretação não prevalecesse, como o demonstram não só as lições de Barbalho (Ob. cit., loc. cit.) mas também as de Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5ª ed., 1954, nº 527 e segs.), a polêmica subsistiu até a Constituição de 1934.

5. Esta, no art. 113, nº 13, eliminou as dúvidas ao prescrever:

"É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditada pelo interesse público".

6. Mais claro ainda o texto de 1937, art 122, nº 8, que faz referência a:

"A liberdade de escolha de profissão ou gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei".

7. Mais sucinta foi a Constituição de 1946, art. 141, § 13:

"É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

8. Muito próxima deste é a redação da Constituição de 1967, neste passo mantida pela Emenda nº 1, de 1969, art. 153, § 23:

"É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

9. O exame dessa evolução histórica fornece alguns subsídios importantes.

Bem claro está que a referência a "condições de capacidade" veio fundamentar a possibilidade de a lei fixar requisitos, a fim de aferir a habilitação do pretendente ao exercício de uma profissão. Por isso, a Constituição de 1934 mencionava até "condições de capacidade técnica".

Esta Constituição, bem como a Carta de 1937, distinguem tais "condições de capacidade" de outras exigências fundadas no "interesse" ou no "bem público". São as restrições que Barbalho propugnava e que, segundo o mestre, "se justificam enquanto indispensáveis para garantir a segurança geral e individual" (ob. cit., pág. 445).

10. À vista do exposto, poder-se-ia argumentar, e com boas razões, que Direito Constitucional brasileiro, a partir de 1946, somente admitiria se restringisse a liberdade de profissão pela exigência de habilitação técnica.

Pontes de Miranda, todavia, nos seus *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969* (São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2ª ed., 1971, tomo V, pág. 536), inclui, entre as condições de capacidade, "as restrições impostas pelo bem público". Este entendimento é igualmente o que prepondera na jurisprudência.

11. Que são, porém, restrições exigidas pelo bem público?

Não são quaisquer exigências que, ao arbítrio do legislador, sejam estabelecidas. Em texto muito conhecido esclarece Pontes de Miranda:

"O que é preciso é que as exigências para o exercício das profissões não criem inacessibilidade, por diferenças de nascimento, de sexo, de raça, de profissão anterior lícita dos indivíduos em causa, ou de qualquer dos pais deles, de classe social, de riqueza, de crenças religiosas, ou de idéias políticas" (Ob. cit., loc. cit., pág. 536).

Nisto segue ele a lição tradicional.

Já se apontou a lição de Barbalho, a admitir tão-somente as restrições justificadas pela segurança geral ou individual. Acrescenta-se a de Maximiliano que afirma deverem as restrições atender ao "interesse coletivo, isto é, à segurança individual, à ordem, à moral e à higiene" (Ob. cit., nº 527).

12. O mesmo Maximiliano adverte que essas exigências não devem "distinguir entre indivíduos" ou "entre as classes" (Id., *ibid.*). Quer dizer, não podem ser discriminatórias.

Com efeito, se o forem, estarão violando o princípio constitucional da igualdade (art. 153, § 1º).

Como já mostrei em outros trabalhos, o princípio constitucional da igualdade tem um aspecto importante que é a proibição das discriminações (V. o meu trabalho "O princípio da igualdade e o acesso aos cargos públicos", em *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, nº 13/15, pág. 53 e segs.).

Sem dúvida, a diversidade das situações reclama a diferenciação das normas, para que se observe a regra de justiça do tratamento desigual dos casos desiguais. Entretanto essa diferenciação se torna discriminação e como tal é vedada por ser contrária à igualdade, se for arbitrária ou desarrazoada.

Esta é a lição exposta, entre outros, por Santiago Dantas, no Brasil:

"Entendo que o mesmo princípio da igualdade perante a lei veda "as leis em que fazem distinções arbitrárias com o fim de modificar, em relação a algumas pessoas ou coisas, o tratamento jurídico comum" (Cf. "A igualdade perante a lei e due process of law", em Problemas de Direito Positivo, Rio de Janeiro: Forense, 1953, pág. 37 e segs.).

É na Alemanha o entendimento de Stein (*Derecho Politico*, trad. esp., Madri: Aguilar, 1973, pág. 221 e segs.) assim como Leibholz e outros. Na Itália, o de Costantino Mortatti (*Instituzioni di Diritto Pubblico*, Pádua: Cedam, 7ª ed., 1967, pág. 826 e segs.) bem como de Claudio Rossano e outros. Nos Estados Unidos, o de Bernard Schwartz (*The Great Rights of Mankind*, Nova Iorque: Oxford Univ. Press, 1977, pág. 202) bem como de Corwin e outros (V. sobre a doutrina e a jurisprudência estrangeiras as referências de meu trabalho acima referido).

13. Em razão do exposto, não se pode deixar de reconhecer que a indagação formulada como consulta merece resposta negativa. A regra mencionada não é constitucional.

O prazo imposto pelo art. 86 do Estatuto referido de modo algum pode ser considerado como "condição de capacidade". Não fornece, evidentemente, critério de habilitação técnica. Ao contrário toma uma evidente presunção de competência profissional como fundamento para vedar o exercício da profissão. Nem configura restrição exigida pelo bem público. Não a justificativa nem "a segurança geral e individual" (Barbalho), nem "a ordem, a moral, a higiene" (Maximiliano). Resultaria do exercício regular de uma atividade dignificante, qual seja a de juiz.

Desatende, pois, ao prescrito no art. 153, § 23 da Constituição.

E viola também o art. 153, § 1º, o princípio constitucional de igualdade, por introduzir uma discriminação. De fato, discrimina de modo desarrazoado entre pessoas que contam com requisitos técnicos e condições morais para o exercício da profissão de advogado.

É o meu parecer.

SÃO PAULO, 12 de novembro de 1980.

REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO DO ICM

HERON ARZUA

Advogado em Curitiba

Sobre a revogação do regime de isenção para os produtos **peras e maçãs** provenientes da ALALC, com vistas ao imposto sobre a circulação de mercadorias.

A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná narra os fatos abaixo, formulando consulta.

Breve Histórico

O Ministério da Fazenda, as Federadas e o Distrito Federal, celebraram, entre si, recentemente (em 31 de junho deste ano), **Convênio**, que levou o número 07/80, cuja cláusula primeira revoga autorização anterior, formalizada pelo Convênio ICM 44/75.

Reza mencionada estipulação, *ipsis*:

A autorização prevista na cláusula primeira do Convênio ICM-44/75, de 10 de dezembro de 1975, deixa de aplicar-se às saídas de alho, amêndoas, ave-lãs, castanhas, nozes, peras e maçãs:

Por sua vez, gizava disposição do Convênio 44/75, no que interessa:

Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

1 - hortifrutícolas em estado natural:

e) flores, frutas frescas nacionais ou provenientes dos países-membros da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) e funcho; (Grifo nosso).

Nos termos dos arts. 4º e 7º, da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, o Convênio ICM 07/80 passou a vigor em todo o território nacional, obrigando a todos os Estados-membros.

Em conseqüência, no Paraná, após o Convênio ter sido ratificado pelo Decreto nº 2.544, de 26 de junho de 1980 (D.O. de 27.06.80), a Secretaria das Finanças baixou a Instrução SEFI nº 671, em 7 de junho de 1980 (D.O. de 15.07.80).

O aludido ato administrativo, entre outras providências, reiterou a revogação da isenção para os produtos arrolados no citado Acordo, e fixou, no particular aspecto de que se cuida, a data de 2 de agosto de 1980 para a exigibilidade do ICM.

À pretensão da Fazenda foi oposta medida judicial, por contribuinte importador de peras e maçãs de países signatários do Tratado que instituiu a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), sob o fundamento da impossibilidade jurídica da incidência do imposto estadual nas operações de importação com aqueles produtos.

A posição do particular teria encosto, primeiramente, no art. 153, § 29, da Constituição Federal (princípio da anterioridade), do qual decorreria implicitamente a regra de que a revogação da norma isentiva não se reveste (a lei revogadora) de eficácia imediata, a qual está postergada para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra sua publicação.

Ao depois, por terem tais mercadorias sido incluídas na "Lista Comum", a que alude o art. 4º, letra b, do denominado "Tratado de Montevideu", a isenção é definitiva e irrevogável. (Art. 8º do cit. Tratado).

Invoca-se também, em reforço à tese da não-prevalência do Convênio 07/80, o art. 98, do Cód. Trib. Nac. (Lei 5.172, de 1966), que dispõe revogarem os tratados a legislação tributária interna.

Finalmente, o contribuinte alega não ter sido o Convênio homologado pela Assembléia Legislativa, porquanto se cogita de matéria (isenções) de sua exclusiva competência.

Consulta

Diante do exposto apresenta os seguintes quesitos.

- a) À vista do princípio contido no art. 153, § 29, da Constituição Federal (Emenda nº 1, de 1969), a revogação da isenção restaura ou não a faculdade da Fazenda de cobrar de imediato o imposto preexistente?
- b) Qual a situação jurídica dos produtos "peras e maçãs" no Tratado de Montevideu de 1961?
- c) Qualquer que seja a resposta ao quesito anterior, haveria óbice legal da incidência do ICM sobre operações envolvendo aqueles produtos, se revogado também o regime de isenção para os mesmos produtos nacionais?
- d) Da ótica do direito, é obrigatória a ratificação dos Convênios relativos ao ICM pelos Poderes Legislativos dos Estados?

Parecer

As questões colocadas a desate não se revestem de dificuldades jurídicas de maior relevo. Nenhuma das indagações sub consulta reclama incursões profundas em campos onde a doutrina já não tenha elaborado construção teórica suficiente ou a jurisprudência seja escassa. Ao revés, a matéria objeto deste parecer é de trato corrente entre os doutores de direito público e se apresenta sem empecos capazes de gerar dúvidas ou hesitações de monta.

Por isso, é útil relembrar noções fundamentais a respeito das isenções e de seu regime jurídico no direito brasileiro.

Convém, afinal, sopesar aspectos relacionados com a constitucionalidade das leis, para bem situar a Lei Complementar nº 24, de 1975, no arcabouço jurídico de nosso País.

Por sem dúvida, as soluções, então, surgirão naturalmente, como efeito conseqüente das normas que indicam e comandam a interpretação dos problemas postos no escorço inicial.

Natureza Jurídica da Isenção

No direito tributário brasileiro prevalece a tese de que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato imponible previsto no antecedente normativo (hipótese de incidência), como se deduz do art. 113, § 1º, do Cód. Trib. Nac.

Quando se verifica o fato imponible, diz-se que, juridicamente, houve a incidência do tributo.

Se não houver o desenho da materialidade na norma, ou se o fato, embora nela tipificado, não acontecer no mundo fenomênico, não se instaura a relação tributária.

Do ângulo do direito, isso se chama **não-incidência**. O tributo não é devido, porque a própria obrigação tributária não chega a ser constituída.

A **não-incidência** abarca duas espécies: a **simplex**, que decorre da circunstância de não se verificarem os pressupostos materiais indispensáveis para a constituição do fato imponible (este não existe, não ocorre ou não se completa); e a **especial**, que é a não-incidência qualificada, por supressão, na Constituição, da competência impositiva (imunidade).

Se a hipótese de incidência tributária é concretizada, tem-se, então, o fato imponible do tributo, surgindo a obrigação tributária.

Daí, duas situações (entre outras) podem ocorrer: ou o crédito tributário é constituído pelo lançamento (art. 142, do CTN), devendo o contribuinte, por via de regra, ex-

tingui-lo pelo pagamento (art. 156, I); ou o crédito tributário é constituído e excluído (art. 175), ficando o contribuinte dispensado de seu pagamento.

Nesse momento, cronologicamente posterior à incidência, aparece a **isenção**, que se não confunde com a **não-incidência**.

Nítida é a diferença conceitual entre ambas: "tratando-se de não-incidência, não é devido o tributo porque não chega a surgir a própria obrigação tributária; ao contrário, na isenção, o tributo é devido porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento; por conseguinte, a isenção pressupõe a incidência, porque é claro que só se pode dispensar o pagamento de um tributo que seja efetivamente devido. (RUBENS GOMES DE SOUZA, "Compêndio de Legislação Tributária", RT, 1975, SP, p. 97).

GIANNINI, muito antes, já anotava os traços peculiares a cada instituto: na não-incidência o tributo não é devido por uma razão inerente à sua própria estrutura jurídica, nos termos da lei que delimita o campo de incidência; na isenção, o tributo é devido, mas a lei dispensa o seu pagamento para aquela hipótese. ("Rapporto Giuridico d'Imposta", Milão, 1937, p. 107).

Tal postura doutrinária parece, como se viu, ter sido encampada pelo direito positivo pátrio.

Assim, da ocorrência de um fato, hipoteticamente previsto numa norma, aparece, pelo fenômeno da subsunção, uma relação jurídica, traduzida num vínculo que une o sujeito ativo ao sujeito passivo.

Essa relação é denominada de **obrigação tributária principal**. (Art. 113, § 1º, do CTN).

No entanto, para que o sujeito ativo possa exigir a prestação (objeto da obrigação), é preciso que ele adote procedimento administrativo (culminando na emissão de um ato), que constitui outra relação jurídica (de exigibilidade), chamada de **crédito tributário**. (Art. 142, do CTN).

Temos, em corolário, os conceitos de **obrigação tributária** e **crédito tributário**, estando fixado pelo CTN um dualismo estrutural na relação obrigacional tributária.

A seu tempo, o art. 175, inc. I, do mesmo diploma, define a **isenção como causa excludente do crédito tributário**, e o art. 140 estatui que as circunstâncias que excluem a exigibilidade do crédito não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

Não atingindo a primeira relação jurídica — surgida com a ocorrência do fato impositivo, a isenção a mantém intacta, pois ela é a causa de exclusão tão-só do crédito.

Em resumo: a isenção, pelo CTN, exclui o crédito (art. 175, I), mas não afeta a obrigação. (Art. 140).

Isto posto, fica aplainado o caminho para o entendimento de que, em se revogando isenção, não se está criando nova obrigação tributária, nem aumentando o crédito dela decorrente, que apenas se achava neutralizado por força da norma isencional.

Nada obstante, é de se assinalar a existência de prestigiosa doutrina que sustenta suprimir a norma legal da isenção e própria definição da hipótese de incidência, de modo a obstar o nascimento da obrigação tributária. (BERLIRI, "Principi di Diritto Tributario", Milão, 1957, tomo I, vol II, p. 220; ALFREDO AUGUSTO BECKER, "Teoria Geral de Direito Tributário", Saraiva, SP, 1963, 1a. ed. pág. 276; SOUTO MAIOR BORGES, "Isenções Tributárias", Sugestões Literárias, SP, 1969, 1a. ed.).

Mas, como observa FÁBIO FANUCCHI, com a acuidade que lhe é característica, a tese se embate contra a opinião da maioria dos doutrinadores nacionais e, mais, contra o direito escrito, corporificado pelo texto do art. 175, do CTN. ("Curso de Direito Tributário Brasileiro", RT, 3ª ed., 1975, vol. I, pág. 371).

Na mesma direção, é a opinião de JOSÉ WASHINGTON COELHO, que considera ter o Código Tributário Nacional situado a isenção como forma de exclusão do crédito, pressupondo a ocorrência da obrigação, a qual só é atingida em seus efeitos. ("Código Tributário Nacional Interpretado", Eds. "Correio da Manhã", 1968, p. 175 e segs.).

Aliás, essa maneira de cuidar do instituto da isenção é intencional desde os tempos do antigo projeto do Código Tributário Nacional, conforme revela RUBENS GOMES DE SOUZA, na exposição que faz, como Relator-Geral. (Cf. n.22 do Relatório, in "Trabalhos da Comissão Especial do Cód. Trib. Nac.", 1954, publ. do Ministério da Fazenda, p. 107).

Em verdade, modo diferente de enfocar a questão resulta na consequência de se igualar o que é **incidente** (mas que pode ficar desonerado de pagar o tributo) com o que **nunca pode ser incidente** (e que, portanto, jamais chegará a ser incluído na relação tributária).

Também confunde a isenção com a definição negativa da hipótese de incidência, que ocorre naqueles casos em que a norma, além de lindar o fato impositivo de modo positivo explícita e completa, pela negativa, o seu verdadeiro alcance. (V.g., § 3º, do art. 1º, do DL. 406-68).

Eficácia da Lei Revogadora

Estabelece o art. 178, do CTN, que a "isenção, salvo se concedida por prazo certo ou em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei a qualquer tempo, observado o disposto no inc. III do art. 104". (Redação determinada pela Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975).

Dedução lógica do mandamento é a existência de isenções simples, isto é, que tenham sido concedidas sem condições e sem prazo determinado, como sói ser o caso sob consulta. (Cf. Convênio nº 44-75).

É unânime a doutrina e a jurisprudência que as isenções insubordinadas a certas condições ou por prazo determinado não geram situação jurídica subjetiva, podendo livremente ser revogadas. (ALIMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, pág. 525; SEABRA FAGUNDES, "Revogabilidade das Isenções Tributárias", RDA 58, de 1959; SOUTO MAIOR BORGES, "Isenções Tributárias", op. cit.; Súmula nº 544, do SUPREMO).

Se há concordância quanto à possibilidade de revogar as isenções de natureza simples, surge, no entanto, dúvida quanto à eficácia de logo da lei revogadora.

Na interpretação do art. 141, § 34, da Constituição de 1946 ("Nenhum tributo será exigido, ou aumentado sem que lei o estabeleça e nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária"), a jurisprudência é copiosa no sentido de que, revogada uma isenção no decurso do exercício, o imposto pode ser cobrado imediatamente, sem ofensa ao princípio da anualidade, ressalvada, porém, a isenção "de natureza onerosa": acórdão de 13-4-65, no recurso de mandado de segurança nº 14.174 (Diário da Justiça da União de 02-06-65, p. 1.263); acórdão no recurso de mandado de segurança nº 13.947 (RDA nº 88, pág.97); acórdão de 04-11-65, no recurso extraordinário nº 57.567 (RTJ 35, pág. 249); acórdão no recurso extraordinário nº 71.250, RDA 10B, pág. 147 a 155).

E o fundamento dessa exegese reside na distinção doutrinária, longamente exposta neste trabalho, entre isenção e não-incidência.

Convém lembrar o assento do Tribunal Supremo:

Na isenção o tributo é originariamente devido, mas fica dispensado o pagamento; na incidência o tributo se torna indevido por não ocorrer o fato gerador da obrigação fiscal, embora o objeto seja passível de tributação.

Ora, se na isenção existe o tributo, a revogação no favor legal, como ocorre no presente caso, não cria imposto novo; limita-se a restaurar para o Fisco o direito, que existia antes da isenção, de cobrar o tributo. Logo, se essa revogação não cria tributo novo, não tem cabida o apelo ao disposto no § 34 do art. 141 da Constituição federal que não veda, que direta ou indiretamente, ao Fisco, o direito de cobrar, logo após a revogação, o tributo autorizado no orçamento e cuja exigibilidade se encontrava apenas suspensa em virtude da isenção.

Como não há falar em falta de autorização orçamentária para a cobrança do imposto de vendas e consignações, que gozavam de isenção, de vez que, segundo o parecer invocado de José Frederico Marques, essa autorização diz respeito ao tributo, e, nunca, ao elemento quantitativo da cobrança", e também porque não se trata de tributo novo, mas de obrigação já existente, cujo pagamento, por motivo de favor legal, era dispensado, revogado este, não se

vislumbra qualquer lesão ao princípio da anualidade. Nada impede, pois, "que o Fisco passe a cobrar, logo depois daquela revogação, o tributo autorizado no orçamento e cuja exigibilidade se encontrava suspensa por motivo de isenção", como acentuou J. Netto Armando, em parecer no ag. 129.895, de São Paulo.

(RDA, 1967, pag. 97 a 99).

Se a inclinação do SUPREMO já era pacífica antes do advento do Código Tributário Nacional, maior razão agora se apresenta em que o direito positivo adotou a lição doutrinária e determinou ser a isenção causa elidente do crédito tributário mas não da abrigação tributária.

É certo que, infirmado parcialmente essa interpretação, veio à lume o art. 104 e seu inc. III, do CTN, pelo qual os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre patrimônio ou renda, que reduzem ou extinguem isenções, entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação.

Ele se aplica, entretanto, como deflui de seu texto, tão-somente aos impostos sobre o patrimônio ou a renda, na classificação trazida pela mencionada codificação. E o ICM se alinha entre os catalogados como "Impostos sobre a Produção e a Circulação" (Capítulo IV, Título III, do CTN), não sendo, de conseqüente, apanhado pelo citado preceito.

(Há ainda, inobstante, os que entendem que a Constituição de 1967 revogou o citado art. 104, do Código Tributário Nacional). (SYLVIA A. OPPENHEIM, "O Instituto da Isenção do Direito Tributário Brasileiro", "Direito Tributário", Ruy Barbosa Nogueira, J. B. Editor, SP, 1969, pág. 472).

Conclui-se, diante da doutrina, da jurisprudência e de nosso direito positivo que, revogada isenção simples respeitante ao ICM, impõe-se sua imediata exigibilidade.

O Tratado de Montevideu

A ALALC é uma zona de livre comércio criada pelo Tratado de Montevideu, de 18 de fevereiro de 1960, com a participação da Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai e com adesão posterior da Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia.

No Brasil, o Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo nº 1, de 3.2.61) e promulgado pelo Poder Executivo pelo Decreto 50.656, de 24 de maio de 1961.

Ainda há pouco, no dia doze de agosto deste ano, os países da América Latina assinaram um novo Tratado, em Montevideu. Até que todos os signatários tenham ratificado o mencionado Tratado, a partir de sua entrada em vigor pela ratificação dos três

primeiros, serão aplicadas aos países signatários que ainda não o tenham feito as disposições da estrutura jurídica do Tratado de Montevideu de 1960. (Art. 65, do Tratado de Montevideu 1980).

Cabe, destarte, verificar os preceitos atinentes ao problema em causa no Tratado de Montevideu ora vigente, posto que ainda não houve ratificação do novo, nem pelo Brasil, nem por nenhum país signatário.

Pelos arts. 1º e 3º do Tratado, tem-se a eliminação dos gravames e restrições no intercâmbio da zona (Zona de Livre Comércio) respeitante aos produtos dela originários.

Tais gravames e restrições são aqueles que incidem sobre a importação de produtos originários do território de qualquer Parte Contratante. (art. 3º).

O art. 4º prevê um mecanismo complexo, imaginado inicialmente para doze anos, de negociações periódicas (Listas Nacionais) e abrangente a uma Lista Comum.

Para efeitos dessas negociações foi elaborada uma nomenclatura, especial, denominada de "Nomenclatura Alfandegária para ALALC" (NABALALC), que tem por base a Nomenclatura de Bruxelas.

Para a formação das Listas Nacionais cada Parte deverá conceder, anualmente, às demais, reduções dos gravames, equivalente a 8% da média ponderada dos gravames vigentes para terceiros países, até alcançar a eliminação dos mesmos para o essencial das importações da Zona. (Art. 5º).

Existem onze Listas Nacionais, uma para cada país membro.

A Lista Comum é uma relação dos produtos os quais, no comércio intrazonal, deveriam ficar livres até 2 de junho de 1973. Em efeito, a inclusão nesta Lista é definitiva e as concessões outorgadas sobre os produtos, irrevogáveis. (Art. 8º).

Enquanto as Listas Nacionais tinham o efeito de reduzir parcialmente os direitos alfandegários, a Lista Comum, negociada de três em três anos, não tinha efeito imediato nenhum. A sua finalidade era só a de se chegar a um acordo, em quatro etapas, a respeito dos produtos que, no final do período, deveriam estar inteiramente liberados de quaisquer impostos ou direitos.

Todavia, conforme noticia HENRY TILBERY "Tributação e Integração na América Latina", pág. 110), este mecanismo de negociações não funcionou na prática, na forma e no volume esperados. As dificuldades estavam na Lista Comum, na qual foram incluídos 175 produtos em 1964 e nada mais. Por essa razão, importantes modificações foram introduzidas nesse sistema pelo Protocolo de Caracas, em 1969.

No tocante à imposição de tributos internos, o Tratado contém dispositivos que visam a evitar tratamento discriminatório de produtos originários da Zona. (Arts. 18 e 21).

Em especial, dispôs o art. 21:

Em matéria de impostos, taxas, e outros gravames internos, os produtos originários do território de uma Parte Contratante gozarão, no território de outra parte Contratante, de tratamento menos favorável que o aplicado a produtos similares nacionais.

Feita essa digressão sobre a estrutura jurídica e fiscal do Tratado, sobra agora situar os produtos "peras e maçãs" na quadra do Acordo.

Assinale-se, primeiramente, ser evidente o equívoco da afirmação que tais produtos tenham sido inseridos na Lista Comum, o que, de resto, nunca produziu efeito algum. (Cf. HENRY TILBERY, op. cit., pág. 110).

Em verdade, tais produtos foram objeto de inclusão da parte do Brasil na sua Lista Nacional, com a alíquota zero nos direitos aduaneiros e com um-por-cento na Taxa Melhoramentos dos Portos. (Posição 08.06.0.01 para as maçãs; e 08.06.0.02 para as peras; da Lista Nacional do Brasil, 1980).

Não houve, assim, regime de isenção para tais produtos no âmbito da Lista Nacional, pois é entendimento corrente dos tribunais brasileiros que a alíquota zero não equivale *in genere* a isenção. (Súmula nº 576, do SUPREMO).

O STF sustenta o entendimento de que o fato de uma norma das tarifas de alfândega indicar alíquota zero para certas mercadorias não significa, de modo nenhum, que se achem elas isentas do imposto de importação. (RE 76.805-SP, 1a. Turma, D. O.J. de 23.3.77).

ICM. Isenção que trata o art. 1º, § 4º, VI, do DL 406/68. Não compreende as mercadorias importadas cuja alíquota foi fixada pela União na escala "zero", pois, embora livre de direitos, pode ela, alíquota, ser elevada pelo CPA.

A expressão livre de direitos não equivale a isenção na jurisprudência do STF, cristalizada na S. 576. (RE 91.501-0-RJ, 1a. Turma. D. O. J. de 7.12.79).

A isenção do ICM para as "peras e maçãs" oriundas de país signatário da ALALC ocorreu na obediência do art. 21, do Tratado e do art. 98 do CTN.

É que, reconhecido o favor ao similar nacional, inflige-se a sua extensão aos produtos estrangeiros. Isso foi o que fez o Convênio 44-75, em obséquio também à iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (Súmula 575).

Revogado o regime de isenção para os produtos nacionais, cancelado está o benefício para iguais mercadorias provenientes da ALALC.

Ratificação dos Convênios

Determina o art. 23, § 6º, da Lei Fundamental, que "as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar."

Com fulcro na norma constitucional, os Poderes Legislativo e Executivo deram eficácia ao mandamento, expedindo a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

Na sistemática adotada, a Lei deferiu ao Poder Executivo, por via de seu art. 4º, a ratificação dos Convênios:

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

Em síntese, a Constituição diz que os convênios serão celebrados e ratificados pelos Estados segundo o disposto em Lei Complementar. Esta atribuiu ao Poder Executivo dos Estados competência para ratificar esses convênios. Excluídas ficaram, dessa forma, as assembleias legislativas de participar do referido processo legislativo.

Como, no ensinamento unânime dos doutos, instituir impostos e conceder isenções é matéria de reserva legal, a doutrina brasileira vem postulando a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 24.

Contudo, a realidade é que até hoje a questão não sensibilizou as partes e não suscitou qualquer polêmica a nível administrativo ou do Judiciário, parecendo que a Lei nº 24 teve aceitação generalizada por todos.

De outra parte, a favor dos atos legislativos milita, tanto na doutrina como na jurisprudência, a presunção da constitucionalidade.

Essa foi a doutrina acolhida pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, segundo a qual os juízes e tribunais só podiam deixar de aplicar as leis "manifestamente inconstitucionais". (Art. 13, § 10).

Logo depois, em 1902, JOÃO BARBALHO, nos seus "Comentários à Constituição Brasileira", acentuava que "no exercício de tão relevante poder cumpre aos tribunais observar a máxima circumspecção." E logo adiante arrematava: "A lei traz sempre a pre-

sumção de validade. Somente dando-se razões peremptórias, e em vista de texto preciso com o qual se contradiga a lei, é que poder-se-lhe-á negar execução."

CARLOS MAXIMILIANO, a seu turno, adverte que "todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo." ("Hermenêutica e Aplicação do Direito.")

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis, quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas correntes de idéias apoiadas por juristas de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada.

Donde, toda a presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve se resolver em seu favor e não contra ela.

Ora, a Lei 24 tem por antecedente histórico um ato complementar (de nº 34), cujo art. 1º, § 2º, dispunha expressamente independerem os convênios e protocolos de ratificação pelas assembleias legislativas dos Estados participantes.

Arrima-se numa Carta outorgada, em que as atribuições do Poder Executivo avultaram, se contrastadas com as Constituições anteriores, em relevo a de 1946.

Vale dizer: nasceu no acme de um processo absolutista e centralizador, sob o influxo de idéias que negam a virtude de teoria da separação de poderes, na sua concepção primórdia.

E não se encontra isolada. Por todo o texto da Emenda 1/69 espraiam-se sinais reveladores da mudança de orientação, no plano de distribuição de competências, todos no sentido da supremacia jurídica da União e, principalmente, de seu Poder Executivo, a abocanhar fatias anteriormente pertencentes à esfera legislativa.

Em matéria administrativa e tributária, só para ficar em seara própria, sobejam exemplos: atribuição para alterar as alíquotas e bases imponíveis dos impostos de importação, exportação, produtos industrializados, e das contribuições sociais; iniciativa da resolução que fixa as alíquotas máximas do ICM; idem, em relação ao imposto estadual sobre transmissão de bens imóveis; edição de decretos-lei em assuntos financeiros e tributários; iniciativa dos projetos de lei versativos sobre finanças públicas; competência para dispor sobre a estrutura, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração; prazo de apreciação, pelo Congresso Nacional, dos projetos do Executivo; etc.

Sendo essa a "feição" da Carta de 69, é aí — queira-se ou não — que se integra a Lei 24 e é diante desses indicadores que se pode delinear a sua conformação constitucional.

Nessa senda, a primeira consideração diz respeito à forma de concessão de isenções, por **convênios**. Estes constituem uma limitação ao poder de isentar dos Estados, que não as podem conceder isoladamente. Aqui, nova ruptura com as noções tradicionais, que proclamam o direito de isentar unicamente à entidade que tem o poder de tributar.

Isso já macula a pureza do princípio da reserva da lei, pois não é diploma da mesma natureza que instituiu o tributo e outorga isenções.

A forma — **convênios** — implica, igualmente, em transferência de poderes legislativos para os Executivos, que são os que propõem e discutem as isenções e suas revogações. A participação das assembleias legislativas, se aceita a tese de sua necessária intervenção para a validade dos convênios, resumir-se-á na aceitação ou rejeição de seus termos, mas nunca na sua alteração.

No episódio, outra restrição ao princípio da reserva legal.

Se se aceita que os convênios — **que serão celebrados e ratificados pelos Estados segundo o disposto em lei complementar** — sejam propostos e discutidos pela Administração, em virtude de a dicção legal assim o requerer (em evidente derrogação do princípio da reserva da lei, que pressupõe plena atuação legislativa), não há por que se exigir, em nome do mesmo princípio, que a sua ratificação se formalize por via do Legislativo, quando a mesma vontade (Lei 24) deferiu esse ato ao Executivo.

Inda mais se as próprias assembleias legislativas confirmaram esse entendimento, fazendo constar nas leis de seus respectivos Estados.

Assim põe a Lei paranaense nº 6.364, de 29.12.72, a questão:

Art. 42.

§ 1º — Após a ratificação dos Convênios ou Protocolos, na forma do disposto em lei complementar, compete à Secretaria das Finanças, através de Instrução, a aplicação dos benefícios fiscais.

Os Poderes Executivos celebram e ratificam os convênios referentes ao ICM por força de lei complementar, ou seja, por lei resultante de processo especial em que o Congresso legisla, não como delegado da União, mas como representante de toda a Nação.

É a razão por que as leis complementares à Constituição são tidas por **leis nacionais** e não simplesmente federais. (GERALDO ATALIBA, "Lei Complementar na Constituição", RT, SP, 1971).

A homologação dos Convênios pelos Executivos seria mais uma das exceções previstas na Constituição à vedação de delegação de atribuições entre os Poderes (Cf. art. 6º, par. único, da C.F.).

De qualquer forma, o esforço dispendido para se mostrar que a inconstitucionalidade da Lei 24 não é tão óbvia assim e requer maior meditação, não tem cabida na causa em estudo.

Isso porque o Convênio ICM 44/75, que reconheceu isenção para as frutas frescas nacionais ou vindas da ALALC, também não foi ratificado pela Assembleia Legislativa do Paraná, mas sim por ato do Governador do Estado. (Decreto nº 1.419, de 24.12.75).

O argumento da inconstitucionalidade da Lei 24 e, por decorrência, do Convênio ICM 07/80, não aproveita ao contribuinte, pois do mesmo vício originário padece a norma inaugural de concessão da isenção.

Por esse caminho, a isenção nunca foi juridicamente formalizada. Ela seria inexistente desde a origem.

Conclusão

Numa palavra, resumo o parecer e respondo os quesitos.

a) A revogação da isenção pertinente ao imposto sobre circulação de mercadorias, de natureza não onerosa, como definida na consulta, recompõe o direito de a Fazenda cobrar de imediato o imposto.

b) Os produtos "peras e maçãs" foram incluídos na Lista Nacional do Brasil, com alíquota zero nos direitos aduaneiros. Tal regime não se assimila à isenção, como consta na Súmula 576, do SUPREMO.

c) Não há qualquer óbice legal na incidência do ICM sobre as "peras e maçãs" importadas de países signatários do Tratado de Montevideu de 1961, desde que revogado o benefício para os similares nacionais.

d) A Lei Complementar nº 24, de 7.1.75, defere aos Poderes Executivos dos Estados a celebração e ratificação dos Convênios de isenção do ICM. Se a Lei 24 é inconstitucional nesse tópico, **o que não se presume**, então a própria concessão da isenção não tem existência, mormente se o ato originário (Convênio ICM 44/75) somente foi homologado pelo Executivo. (Decreto nº 1.419/75), como é o caso **in concreto**.

É o parecer.

CURITIBA, 30 de setembro de 1980.

TRABALHOS FORENSES

DENOMINAÇÃO DE PRÓPRIO MUNICIPAL

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

PARECER Nº 4.612

DENOMINAÇÃO DE PRÓPRIO MUNICIPAL.
Competência concorrente do Prefeito Municipal e da Câmara de Vereadores. Urgência para deliberar (45 dias): só em matéria da competência exclusiva do Prefeito.

O PREFEITO MUNICIPAL DE ESPUMOSO consulta sobre a possibilidade de iniciativa do Poder Executivo em projeto que dá ao Parque Municipal de Exposições o nome de uma pessoa falecida "*que prestou relevantes serviços à comunidade*".

Tendo encaminhado à Câmara de Vereadores projeto de lei nesse sentido, foi o mesmo devolvido pelo Legislativo municipal, sob a alegação de que se trata de matéria privativa da Câmara, nos termos do artigo 31, item XXIII, da Lei Orgânica do Município.

É o relatório.

De início, examinemos a norma mencionada para justificar a devolução:

"Art. 31 – Compete, privativamente, à Câmara Municipal:

XXIII – conceder título de cidadão honorário, ou qualquer outra homenagem ou honraria, a pessoas que reconhecidamente tenham prestado serviços relevantes ao município, mediante decreto legislativo aprovado, no mínimo, por dois terços dos seus membros."

O Prefeito consulente, por sua volta, invoca a fundamentação legal através da qual enviou o projeto à Câmara, ou seja, o artigo 30, item XV, da mesma Lei Orgânica, assim vazado:

"Art. 30 – Compete à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias atribuídas explícita ou implicitamente ao Município pelas Constituições da República e do Estado e especialmente:

XV – legislar sobre o zoneamento urbano, bem como sobre a denominação de vias, logradouros e próprios públicos do município."

No caso do Parque de Exposições trata-se, indubitavelmente, de um próprio público do município.

Assim sendo, a sua denominação é objeto do artigo 30, XV, da Lei Orgânica.

Neste sentido cabe à Câmara aprovar ou não o projeto que lhe for submetido, ficando-lhe vedado eximir-se da apreciação, e ao Prefeito sancionar ou não aquele projeto que for aprovado.

Não se confunda, todavia, a competência de aprovar (ou desaprovar), que é da Câmara, com o poder de iniciativa para elaborar e propor o projeto que é concorrente, que tanto pode partir do Prefeito como de qualquer dos Vereadores.

Da mesma maneira, a hipótese do artigo 31, XXIII, que é diversa daquela da consulta, pois não se trata de denominação de próprio público municipal, como pretende a Prefeitura, mas sim da concessão de título honorífico a pessoa viva que tenha prestado reconhecidos e relevantes serviços ao município, não é de iniciativa exclusiva do legislativo, mas também é de competência concorrente (Prefeito e Vereadores).

O que é privativo da Câmara é a edição formal do ato, que se fará através de decreto legislativo, e não por intermédio de lei, com a praxe que lhe é peculiar, como ocorre na situação prevista pelo artigo 30, inciso XV.

A concessão de título só pode ser editada pela Câmara, mas a proposta do mesmo pode surgir de qualquer dos poderes municipais.

Por derradeiro, cabe considerar a aplicabilidade do prazo de urgência, de 45 dias, para apreciação do projeto, indagada pelo consulente, nos termos do artigo 44 da Lei Maior do Município.

Estabelece aquele dispositivo:

“Art. 44 — No início ou em qualquer fase da tramitação de projetos de lei, sobre qualquer matéria da competência exclusiva do Prefeito, este poderá solicitar à Câmara que os aprecie no prazo de 45 dias, a contar do seu recebimento pelo Poder Legislativo.” (Grifo nosso).

Conforme sublinhamos antes, não se trata de matéria exclusiva, nem dos Vereadores, nem do Prefeito.

Falece, portanto, a condição para exigir a apreciação abreviada, com a urgência constitucional e legal dos 45 dias.

EM CONCLUSÃO, desfeitos os equívocos apresentados, cabe o reenvio do projeto de lei, pelo Chefe do Executivo, devendo a Câmara examiná-lo e decidir sobre o mesmo.

A tramitação, desde logo, será a normal, e não poderá ser aplicada a regra do artigo 44 da Lei Orgânica.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 12 de fevereiro de 1981.

REMUNERAÇÃO DOS VEREADORES

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
PARECER Nº 4.610

VEREADORES. REMUNERAÇÃO.

A atualização da remuneração dos Vereadores rege-se pela Lei Complementar nº 25/75.

O CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL DE DOM PEDRITO submete a exame desta Procuradoria-Geral do Estado o Decreto Legislativo nº 1, de 15 de janeiro de 1981, editado pela Câmara Municipal local, mediante o qual é reajustada a remuneração dos Vereadores.

Indaga se o assunto foi tratado de forma correta, sendo que o “quantum” mensal passou de Cr\$ 10.040,00 para Cr\$ 20.000,00, dividido em duas partes iguais — uma correspondendo à parte fixa e a outra à variável — com vigência a contar de 1º de janeiro de 1981.

Foram anexadas à consulta mais cópia do Decreto Legislativo nº 1, de 4 de março de 1980, cópia da folha de pagamento dos 13 Vereadores do Município, correspondente ao mês de janeiro de 1981, e cópia do balancete da Prefeitura referente ao mês de dezembro último, acusando a receita realizada no exercício de 1980, que atingiu o valor de Cr\$ 118.344.162, 53 (cento e dezoito milhões, trezentos e quarenta e quatro mil, cento e sessenta e dois cruzeiros e cinquenta e três centavos).

Foi informado pelo interessado que a população municipal é de 35.208 (trinta e cinco mil, duzentos e oito) habitantes.

É o relatório.

2. A matéria objeto da consulta encontra-se disciplinada na Constituição Federal (artigo 15, § 2º) e Leis Complementares nºs 25 e 38, de 2 de julho de 1975 e 13 de novembro de 1979, respectivamente.

Lê-se no § 2º do artigo 15 da Carta Federal:

“A remuneração dos Vereadores será fixada pelas respectivas Câmaras Municipais para a legislatura seguinte, nos limites e segundo critérios estabelecidos em lei complementar.”

Esse conteúdo do dispositivo transcrito foi incorporado através da Emenda Constitucional nº 4, de 23 de abril de 1975.

A Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, estabeleceu os critérios e limites da remuneração dos edis, tendo sofrido modificações inseridas pela Lei Complementar nº 38, de 13 de novembro de 1979.

3. Na redação atualmente em vigor, o artigo 4º da Lei Complementar nº 25/75 reza:

“A remuneração dos Vereadores não pode ultrapassar, no seu total, os seguintes limites em relação à dos Deputados da Assembléia Legislativa do respectivo Estado.

I —

II — nos Municípios com população de mais de 10.000 (dez mil) a 50.000 (cinquenta mil) habitantes, 15% (quinze por cento);”

Por força das alterações operadas pelos artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 38/79, o Vereador perceberá “subsídios”, que podem ser ou não acrescidos de outra ou outras parcelas, constituindo o total das parcelas a “remuneração” sujeita aos limites estabelecidos segundo as disposições em vigor da Lei Complementar nº 25/75.

Igualmente por força da Lei Complementar nº 38/79, modificando o teor de disposições da Lei Complementar nº 25/75, os limites máximos da remuneração dos Vereadores (estabelecidos em função da população municipal) passaram a ser vinculados proporcionalmente, ao total da remuneração dos Deputados Estaduais, em lugar da vinculação aos “subsídios”, como era prescrito anteriormente.

O teto da remuneração dos Vereadores, calculado do modo previsto no artigo 4º da Lei Complementar nº 25/75, deve, no entanto, ser reduzido, quando for o caso, pois que a despesa a esse título não poderá, em cada Município, ultrapassar, anualmente, a 3% (três por cento) da receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior (Lei Complementar nº 25/75, artigo 7º e parágrafo único).

Há, porém, uma remuneração mínima assegurada ao Vereador, a teor do artigo 4º, item X, da Lei Complementar nº 25/75, que é de 3% (três por cento) da que couber ao Deputado Estadual, podendo, nesse caso, a despesa ultrapassar o limite de 3% (três por cento) da receita realizada no exercício anterior, limite esse previsto no artigo 7º do mesmo diploma.

4. Sendo a população do Município de Dom Pedrito estimada em 35.208 (trinta e cinco mil, duzentos e oito) habitantes, o presente caso enquadra-se na hipótese do item II do artigo 4º da Lei Complementar nº 25/75. Deve, pois, em princípio, a remuneração dos integrantes do Legislativo local cingir-se ao limite máximo de 15% em relação à dos Deputados do nosso Estado.

5. Os Deputados Estaduais têm sua remuneração também disciplinada pela Constituição da República (artigo 13, VI), sendo que não pode ultrapassar de 2/3 (dois terços) da atribuída em lei aos Deputados Federais, que percebem subsídios e ajuda de custo.

Os membros do Congresso Nacional tiveram sua remuneração fixada através do Decreto Legislativo nº 76, de 3 de dezembro de 1978, para a legislatura iniciada em 1º de fevereiro de 1979, tendo sido estabelecido que os valores do subsídio e da ajuda de custo então fixados serão reajustados, por ato das Mesas de cada uma das Câmaras, a partir, inclusive, de 1980, nas mesmas épocas e segundo as mesmas bases estabelecidas para os vencimentos dos funcionários federais (artigo 3º).

No âmbito do nosso Estado a matéria foi regulada pelo Decreto Legislativo nº 3.822, de 5 de dezembro de 1978, dele constando que os membros da Assembléia Legislativa perceberão dois terços do que couber aos membros do Congresso Nacional (artigo 4º) e que os valores dos subsídios e da ajuda de custo dos Deputados Estaduais serão reajustados, por ato da Mesa, a partir de 1980, nas mesmas épocas e segundo as mesmas bases estabelecidas para os membros do Congresso Nacional (artigo 6º).

6. A respeito da matéria, foi expedida, pela Assembléia Legislativa, a Resolução da Mesa nº 117, de 21 de janeiro de 1981, publicada no Diário Oficial do Estado, em 23 de janeiro passado. A atualização feita por esse diploma rege-se pelos valores definidos em outros atos a que se reporta, não publicados (Ato da Mesa nº 82, de 8 de janeiro e Ata da Mesa da Assembléia nº 320, de 21 de janeiro de 1981).

Consoante o Decreto Legislativo Federal nº 76, de 3 de dezembro de 1978, artigo 3º, a atualização em questão deve basear-se no reajuste dos funcionários federais, por via indireta. O funcionalismo federal obteve reajuste de vencimentos efetivado pelo Decreto-Lei nº 1.820, de 11 de dezembro de 1980, em duas parcelas, uma vigorando a partir de 1º de janeiro de 1981 e a outra a partir de 1º de abril de 1981, conforme valores discriminados para os diferentes cargos existentes no serviço público federal centralizado.

7. Pela circunstância de não haver especificações no diploma estadual referente ao reajuste da remuneração dos membros da Assembléia Legislativa, publicado no Diário Oficial de 23 de janeiro de 1981, não dispomos dos elementos necessários para responder se a remuneração dos Vereadores, no presente caso, transbordou ou não o limite máximo.

A fim de que o consulente obtenha certeza a respeito, sugerimos que requeira à Assembléia Legislativa que forneça, por certidão, o valor da remuneração dos Deputados, à semelhança do procedimento previsto no artigo 9º da Lei Complementar nº 25/75.

8. Elevando para Cr\$ 20.000,00 o valor mensal a ser pago aos 13 Vereadores, o Decreto Legislativo nº 1, de 15 de janeiro de 1981, de Dom Pedrito, não infringe o limite de 3% em relação à receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior — de Cr\$ 118.344.162,53.

9. Resta apurar se essa remuneração ultrapassa ou não o limite de 15% em relação à dos Deputados Estaduais, para o que o consulente deve solicitar dados concretos à Assembléia Legislativa.

10. Não havendo infringência quanto aos limites impostos pela Lei Complementar nº 25/75, parece-nos não padecer o diploma municipal examinado de vício que o invalide.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 6 de março de 1981.

ELETRIFICAÇÃO RURAL

MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4529
MUNICÍPIO.

Projeto de eletrificação rural executado por Cooperativa com financiamento do FUER (Fundo de Eletrificação Rural).

Tendo em vista projeto de eletrificação rural que deverá ser implantado no Município de Santo Antônio da Patrulha através da COOPERATIVA DE ELETRIFICAÇÃO RURAL DO LITORAL NORTE – COOPERNORTE – com financiamento do FUER, Fundo de Eletrificação Rural, o Senhor Prefeito da Comuna pergunta:

“De que maneira poderá (o Município) auxiliar na construção das citadas redes, transferindo recursos próprios à COOPERNORTE e de que forma fazer a competente prestação de contas?”

2. Preliminarmente, deve ser esclarecido que o Fundo de Eletrificação Rural foi criado pelo Decreto Federal 67.052, de 13 de agosto de 1970, que instituiu, também através do artigo 5º, o Grupo Executivo de Eletrificação Rural – GEER.

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo consulente, 80% do projeto será financiado pelo FUER, através do GEER, e os restantes 20% deverão ser integralizados pelos proprietários, na assinatura do contrato.

Diante da colocação feita pelo consulente, supõe-se que o Município dispõe de uma verba prevista em orçamento, para eletrificação rural, e deseja empregá-la no projeto em referência, visando a diminuir o ônus dos cooperativados.

É de ressaltar, contudo, que a COOPERNORTE, na qualidade de permissionária do governo federal, fará o estabelecimento das linhas de transmissão e redes de distribuição, de acordo com o disposto no Decreto 79.898, de 30 de junho de 1977, que define o programa nacional de eletrificação rural.

3. De conseguinte, o município, desde que disponha de uma verba específica para eletrificação rural, poderá fazer uma doação à COOPERNORTE como **recurso a fundo perdido**.

Quanto à fiscalização do projeto ficará a cargo do GEER face ao disposto no artigo 69, f do Decreto 67.052/70.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 22 de outubro de 1980.

RUIDOS EXCESSIVOS OU INCÔMODOS

CAIO LUSTOSA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4648

RUIDOS E SONS EXCESSIVOS OU INCÔMODOS.

Competência municipal concorrente.

Adequação às normas federais.

O PREFEITO MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DO SUL encaminha a esta Procuradoria-Geral texto da Lei nº 01/1/79, de 7 de dezembro de 1979, editada por aquela municipalidade e que "instituiu a Lei do Silêncio, dispondo sobre ruídos ou sons sucessivos ou incômodos". Visando à aplicabilidade desse diploma, o aludido administrador deseja ser informado do conflito ou não das normas ali contidas com dispositivos federais ou estaduais.

Englobadas em treze artigos, a lei municipal sob exame contém disposições vedando a perturbação do bem-estar e sossego público, medidas para redução da poluição sonora, fixação de horários, procedimentos administrativos, níveis de sons e ruídos; bem como estatui infrações e prevê penalidades.

É o relatório.

Nos termos da Constituição vigente, cabe à União Federal legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde (art. 8º, XVII, c) e sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres (letra n). Isso, porém, não implica em cercear-se os municípios de, no legítimo exercício da autonomia que constitucionalmente lhes é assegurada (art. 15, II, da CF), elaborar normas complementares nessas matérias.

A propósito, o ensinamento de HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, que muito bem elucida a questão:

"Não resta dúvida de que em tais hipóteses, necessariamente, a competência, entre os três níveis de governo, numa política de integração e harmonização, longe de exclusividade ou superposição supletiva, deve ser efetiva e concretamente concorrente, de maneira que todos os governos, federal, estadual e municipal, tenham, por expressas disposições constitucionais, competência para legislar sobre qualquer matéria que envolva, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança ou o bem-estar da população". (autora cit., "Autonomia do Município na Preservação Ambiental", ed. Resenha Universitária, SP, 1976, pág. 9).

Presentemente, a nível federal, a legislação anti-ruído e pertinente a trânsito é enfeixada na Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966 (Código Nacional de Trânsito), seu regulamento (Decreto-Lei nº 237, de 28 de fevereiro de 1966), Decreto nº 62.127, de 16 de janeiro de 1968, e Resolução nº 448, de 14 de outubro de 1971, do Conselho Nacional de Trânsito. No que concerne aos sons e ruídos provocados por atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, está em vigor a Portaria nº 092, de 19 de junho de 1980, do Ministério do Interior. Nesse próprio texto ministerial, há referência (inciso V) à competência de as "entidades e órgãos federais, estaduais e municipais," disporem "sobre a emissão ou proibição de emissão de sons e ruídos produzidos por quaisquer meios ou de qualquer espécie, considerando sempre os locais, horários e a natureza das atividades emissoras, com vistas a compatibilizar o exercício da atividade com a preservação da saúde, da segurança e do sossego público".

Todavia, num aspecto está a merecer reparo a lei municipal aqui examinada: é no que tange à fixação dos níveis máximos de sons e ruídos. Ao estatuí-los (art. 10, letras b a d) admite os limites de até 75 e 85 decibéis, em zonas comerciais e industriais; ao passo que a Portaria nº 092/80-MINTER fixa, como níveis máximos, independente de localização, sons e ruídos de até 70 ou 60 decibéis, em horário diurno e noturno, respectivamente.

Ora, mesmo que os níveis fixados em Santa Cruz do Sul possam satisfazer às peculiaridades do zoneamento da cidade, quer nos parecer que não podem eles exorbitar dos máximos estabelecidos na portaria ministerial. Há de prevalecer, assim, o que se acha expressamente disposto nos incisos I e II desse último ato (Cf. DOU, de 25 de junho de 1980). Pelo simples fato de que, havendo disputa de competência concorrente, entre as esferas federal, estadual e municipal, prevalece a da União sobre os dois outros entes: "*decorrência lógica de que os interesses nacionais devem prevalecer sobre os locais*". (Cf. HELY LOPES MEIRELLES — "*Direito Municipal Brasileiro*", 3ª ed., pág. 154).

EM CONCLUSÃO, opinamos no sentido de que a Lei nº 01/1/79, de 07 de dezembro de 1979, de Santa Cruz do Sul, quer sob o prisma da competência, quer sob seus aspectos substantivos, não colide com a legislação federal vigente e relativa a emissão de sons ou ruídos; ressalvados, apenas, os níveis máximos, em decibéis, por aquela admitidos e que hão de se adequar aos níveis, mais rigorosos, já fixados em portaria ministerial.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de abril de 1981.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

USUCAPIÃO SEM PROVA DE DOMÍNIO PARTICULAR CONTESTAÇÃO

ODACI RODRIGUES FRANÇA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de Direito Público interno, por seu Consultor Jurídico infra-assinado, CONTESTANDO ação ordinária de usucapião proposta por JOÃO LOPES DA CUNHA e cessionário IVO EMAR MACIEL SCHMITT, admitido a integrar a relação jurídica por despacho de fls. 77, quer argüir, como argüí, duas preliminares, prejudiciais do mérito, como seguem:

I — PRELIMINARES

a) ILEGITIMIDADE DA AÇÃO

1. A prefacial, atina, sem dúvida, com a **impossibilidade jurídica do pedido**, que o torna totalmente írrito, posto que atualmente, por expressas disposições legais — arrimadas inclusive em preceito constitucional —, não é mais possível usucapir bens públicos, "seja qual for a sua natureza", conforme estabelecem os Decretos federais nºs 19.924, de 27.04.31; 22.7B5 (art. 2º), de 31.05.33; 710 (art. 12, § 1º), de 17.09.31 e Decreto estadual nº 174 (art. 2º, letra "e", combinado com o art. 7º letras "a" e "b"), de 20.11.40.

Atualmente as ilhas dos rios e lagos públicos interiores pertencem aos Estados-membros e as dos rios e lagos limítrofes com Estados estrangeiros são do domínio da União, conforme se inferido disposto no art. 4º e itens, combinado com o art. 5º da atual Carta Constitucional, alterada pela Emenda 1/69.

Dispõe, com efeito, o art. 5º

"Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascentes e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior" (art. 4º — grifei).

Precedentemente as ilhas, como ensina HELY LOPES MEIRELLES, em Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição págs. 506/7, já tinham seu regime jurídico perfeitamente caracterizado, como de domínio dos Estados-membros **força de preceito constitucional inscrito no art. 64 da Constituição de 1891** que, à semelhança das terras devolutas, atribuiu domínio dos Estados sobre tais porções de terras.

As posteriores Constituições — a de 1934 art. 20, item III; Carta de 1937, arts. 36 e 37, letras "a, b, c"; de 1946, art. 34, itens I e II e, finalmente, o Código de Águas, art. 23, atribuíam aos Estados-membros e União o domínio das ilhas e terras devolutas. Reservado à União o domínio somente da porção do território das terras devolutas — situadas nos Estados — **necessário e indispensável** para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais — as demais porções —, por dispensáveis, foram transferidas aos Estados-membros, mercê do art. 64 da Constituição de 1891 e, entre elas, as ilhas fluviais e lacustres, **desnecessárias aos fins de defesa** etc.

A Carta de 1967, alterada pela Emenda 1/69, **inovou a matéria somente em parte**: partilhou o domínio das ilhas entre a União e os Estados, excluindo os Municípios.

Já na década de 1940, o Decreto Estadual nº 174, pelo art. 2º, letra "c", combinado com o art. 7º, letras "a" e "b", seguindo a esteira constitucional, firmava o domínio do Estado sobre tais porções de terras.

Dessume-se, assim, que as ilhas, como terras devolutas, tiveram disciplina dominial muito clara: ou pertenciam à União, Estados-membros e Municípios, como pertencem, presentemente, conforme sua situação, à União ou aos Estados-membros, excluídos os Municípios, por expressa partilha constitucional (arts. 4º e 5º da Carta de 1967). E, como bens de domínio do Poder Público, **são inusucapíveis**, posto que sobre eles não se adquire posse "pro sua", decorrendo daí a primeira prefacial.

L. LIMA STEFANINI, em a Propriedade no Direito Agrário, ed. 1978, pág. 64, define as terras devolutas "como sendo aquelas espécies de terras públicas (sentido lato) não integradas ao patrimônio particular, nem formalmente arrecadas ao patrimônio público, que se acham indiscriminadas no rol dos bens públicos por devir histórico-político".

Assim, não tendo o suplicante, provado nos autos o domínio particular sobre dita porção de terras, objeto da usucapião, são elas do domínio do Estado, por força de preceito constitucional e demais provimentos legais ordinários citados.

Aliás, como se lê de todos os doutrinadores e de farta jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal do Estado, — o domínio do Poder Público se infere por simples exclusão — e, assim, cumpre ao particular provar o seu domínio, não provado, o domínio é do Poder Público.

Não provado que área é de natureza privada, **irrelevante** é a prova de justificação de posse, posto que contra o Estado e seus bens, não se adquire posse aos efeitos da usucapião.

2. Portanto, as terras que se pretende usucapir, por situadas numa das ilhas do Rio Guaíba e não provado o domínio particular, se caracterizam como bens de domínio público e, por isso, insuscetíveis de prescrição aquisitiva.

Todos os administrativistas do País e civilistas de maior expressão, assentam, à unanimidade, ser impossível, atualmente, adquirir domínio, via usucapião, de bens públicos, **mesmo dos dominicais**.

HELLY LOPES MEIRELLES, entre todos, o de maior expressão jurídica, enfatiza:

"A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica da sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardam essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o direito.

A despeito disso, por longo tempo, lavrou fundo a divergência jurisprudencial, até que os Decretos federais nºs 19.924; 22.785 e 710, respectivamente, de 27 de abril de 1931; 31 de maio de 1933, e 17 de setembro de 1938, cortaram a dúvida, reiterando a imprescritibilidade dos bens públicos "seja qual for a sua natureza" (art. 2º do Decreto número 22.785). Hoje é remansosa a jurisprudência nesse sentido, quer do Supremo Tribunal Federal, quer das cortes estaduais". (Direito Administrativo Brasileiro, 2ª ed., pág. 440).

CLÓVIS BEVILAQUA:

"Os bens públicos, em face do que dispõe o art. 67 do Código Civil, são isentos de usucapião, porque não podem sair do patrimônio da pessoa de direito público, senão pela forma que a lei prescreve, e o usucapião pressupõe um bem capaz de ser alienado livremente". (Código Civil, 3ª ed., vol. 1, pág. 295).

PONTES DE MIRANDA:

"Todos os bens públicos (art. 66, I, III) são hoje, inalienáveis e inusucapíveis. Contra quem alega tê-los adquirido basta que a entidade de direito público alegue e prove ser bem público. Não é preciso que alegue e prove ser bem público. Não é preciso que alegue e prove ser de uso comum, porque bens públicos de uso especial e dominicais, também são inalienáveis e inusucapíveis". (Tratado de Direito Privado, t. II, pág. 142).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"... Quanto aos patrimoniais, levantou-se dúvida sob a inspiração de Spencer Vampré, que logo se transformou em corrente favorável à tese do usucapião, sob a alegação de que, sendo eles passíveis de alienação na forma que a lei prescrever, poderiam ser adquiridos pela posse prolongada, uma vez que o usucapião é forma de alienação prescrita em lei. O parecer fez carreira,

não obstante contrariado por CLÓVIS BEVILAQUA, e encontrou guarida nos tribunais. Sentindo a instabilidade que tal doutrina gerava para os bens públicos, veio o Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931, com força de lei por ser baixado no período em que o chefe do Executivo acumulava as funções legislativas; e, posteriormente, o Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933, encerrou a questão anunciando em caráter absoluto, no art. 2º: "Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião". Não obstante o caráter liberal daquela tendência, e segundo o argumento de BEVILAQUA, a lei se lhe opõe, acrescentando o mestre que o interesse social deve militar contra a teoria suscitada por VAMPRE, uma vez que os bens públicos, como patrimônio coletivo, não se devem achar expostos ao risco desta apropriação particular, tanto mais grave quanto maiores as dificuldades de fiscalização em país extremamente vasto e dotado de regiões mas povoadas". (Instituições do Direito Civil, vol. IV, ed. 1970, pág.113).

Convém referir, por derradeiro, os precisos e claros termos da SÚMULA nº 340 e art. 200 do DECRETO-LEI nº 9.760, de 05.09.1946.

"Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião". (SÚMULA 340).

"Os bens imóveis da União, seja qual for a sua natureza, não estão sujeitos a usucapião" (art. 200), princípio aplicável aos bens dominicais de domínio dos Estados-membros.

3. Dessume-se, assim, dos ensinamentos dos melhores juristas do País e do precedente jurisprudencial Sumulado (art. 479 do CPC), a **total impossibilidade jurídica do pedido**, cujo efeito é a **inépcia da inicial por carência ou ilegitimidade da ação**.

E. D. MONIZ DE ARAGÃO conceitua a possibilidade jurídica como sendo a "existência, dentro do ordenamento jurídico, de um tipo de providência, tal como o que se pede".

E prossegue:

"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. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica. Assim ocorre com o exemplo clássico da cobrança da dívida de jogo, a cujo respeito existe um declarado veto da lei. 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 pre-

visão que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltará uma das condições da ação" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, págs. 435/6).

J.J. CALMON DE PASSOS, discorrendo sobre a inépcia da inicial, decorrente de defeitos vinculados à causa de pedir e ao pedido adverte:

"(...) aquela a que faltou o pedido ou a causa de pedir; ou aquela na qual da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão; ou a em que o pedido é juridicamente impossível, ou incompatível com outro ou outros pedidos formulados cumulativamente (.....). Também determina a inépcia a falta da causa de pedir. Realmente, faltando a causa de pedir, faltará a enunciação do fato jurídico sobre o qual assenta o autor a sua pretensão. Recordemos, aqui, o que já foi dito: causa de pedir, título ou "causa petendi" outra coisa não é que o fato constitutivo do direito do autor e o fato constitutivo da obrigação do réu." (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 200, nº 118).

ARRUDA ALVIN

"Assim, se o autor objetiva pela ação uma providência jurisdicional, para a qual não existe previsão legal no ordenamento positivo, é necessariamente inepta a petição, pois não poderá atingir os seus objetivos; e isto é verificável, desde logo, "in limine", se evidente a ausência de previsão jurídica, em abstrato, da providência solicitada (pág. 317)o que legítima o uso do direito de ação é a previsão, no ordenamento jurídico, embora abstratamente, da juridicidade embasadora da pretensão de quem usa do processo". (Código de Processo Civil comentado, vol. I, pág. 318).

b) NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE CONSENTIMENTO DA MULHER DO A.

4. É de observar-se, por derradeiro, que o autor está em juízo **sem o consentimento da mulher**, necessário e indispensável face ao disposto no art. 10 do CPC.

CELSE AGRÍCOLA BARBI, em comentários sobre a indispensabilidade do consentimento ensina:

"O artigo regula a legitimação para a causa quando a pessoa for casada; no caput estão as normas acerca das ações a serem propostas por essas pessoas; no parágrafo, as referentes às ações que forem propostas contra elas... e prossegue: A falta de consentimento de um cônjuge ao outro, para as ações acima examinadas, invalida o processo" (págs. 133/7).

Casado o autor é obrigatória a citação da mulher (art. 10), nulo é o processo por descumprimento de formalidade essencial e indispensável, que não mais pode ser convalidada, contestado o pedido.

A jurisprudência não dissente do magistério do mestre, como se vislumbra dos ACÓRDÃO da 3ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE ALÇADA, Apel. 17.758, em Julgados, vol. 27, págs. 292/3 e 2ª CÂMARA CÍVEL, Apel. 12.698, em Julgados, vol. 21, pág. 363.

5. Afloradas tais nulidades, espera o Estado do Rio Grande do Sul, arrimado nos formentos acima deduzidos, ver acolhidas as prefaciais para se decretar o indeferimento da inicial — por força de inépcia —, sem julgamento de mérito — medida que requer ao amparo do art. 295, parágrafo único, item III, do Código de Processo Civil.

II — NO MÉRITO

6. Como já se disse alhures — não provado o domínio particular sobre a área que se pretende usucapir, nem seu desmembramento dos bens da nação, através de Sesmarias ou Legitimação de Posse, — o bem é público — por força de preceitos de ordem Constitucional e ordinários, já citados.

Convém, sobre a assertiva, a dirimir possíveis dúvidas, pequena digressão histórica: a princípio, todas as terras do Brasil eram públicas em virtude da posse de Pedro Álvares Cabral, tomada em nome e para o domínio do Rei de Portugal.

Tanto é exata a afirmativa, que a Constituição Imperial de 1826, fala somente em bens do Imperador (art. 115), sem qualquer referência ao território da nação, que era da Coroa Portuguesa; assim, o território colonial, do começo, foi vasta fazenda da Coroa. Essa real fazenda passou ao domínio nacional com a Independência e, por força do art. 64 da Constituição Federal de 1891, vieram as "devolutas" a pertencer aos Estados-membros de sua situação.

L. LIMA STEFANINI, em propriedade no direito agrário, ed. 1978, ensina:

"A História do Brasil nos relata fato que se tornou notório: Pedro Álvares Cabral tomou posse da nova terra em nome do Rei de Portugal. Este marco veio ratificar o domínio que já anteriormente havia se estabelecido e firmado: e, "ipso facto", passaram estas terras a integrar particularizadamente o patrimônio público da Coroa portuguesa". (Pág. 30).

Na primeira metade do Século XVI, iniciou-se o processo de desmembramento, via das sesmarias, cartas de dadas e legitimação de posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, como se infere dos termos da Lei nº 601, de 18.09.1850, que proibiu cessão gratuita, regulamentada pelo Decreto nº 1.318, de 30.01.1854, primeiros providimentos ordenados sobre a disciplina das terras no Brasil.

Da histórica e citada legislação (Constituições), resulta claro que o Estado está livre de provar domínio — que é "pleno iure" —, o que não acontece com o particular, que de-

ve provar que sua área foi legitimamente adquirida ou desmembrada do patrimônio público — em algum tempo — por título idôneo, salvo ainda, prescrição imemorial ou "praescriptio longissimi temporis", consumada antes do advento do Código Civil, em vigor em 01.01.1917.

No que toca à área descrita na inicial, inexistente nos autos qualquer certidão imobiliária atribuindo seu domínio a particulares. Ao contrário, informa o autor que "o Oficial do Registro de Imóveis, Dr. SINVAL SALDANHA, em escrito fundamentado, porém, negou tal registro, não considerando o documento revestido das formalidades próprias e mesmo o considerando impróprio....." (grifei).

7. Assim, desvestida é a pretensão do autor aos efeitos da usucapião: falta-lhe requisito fundamental: a posse animus domini.

Sem posse não pode haver usucapião: ela é o mais importante dos elementos da ação, o que lhe serve de base.

A posse para se usucapir há de ser posse própria, não posse consentida, precária, meramente do uso, como a do A.

A condição de permanência, meramente consentida, assemelha a sua posse a dos casos previstos no art. 168 do Código Civil, que impedem qualquer pretensão prescrite.

Sendo o autor e anteriores ocupantes, como refere a inicial, meros cessionários, não têm posse aos efeitos de gerar a prescrição aquisitiva, porque a posse jurídica não ensancha o fundamental requisito da usucapião, que é a posse própria, posse como de dono.

Esclarece OROZIMBO NONATO:

"O poder de fato que o particular exerça sobre bens do Estado não se eleva dentro do sistema da lei brasileira, à categoria de posse: falta-lhe, porém, o elemento negativo a que se refere IHERING e que degrada a relação exterior a simples detenção" (RF 64/273 e RDA 83/194).

Finalmente, não provado o domínio particular do autor e anteriores ocupantes, irrelevante é o fato da "accessio possessionis", mormente quando verificada após o advento dos Decretos Federais nºs 19.924 e 22.785, promulgados e publicados, respectivamente, a 27 de abril de 1931 e 31 de maio de 1933, que foram editados especialmente para dirimir certas dúvidas de Tribunais de inferior instância, que admitiam a usucapião dos chamados bens dominicais, mesmo após a vigência do Código Civil.

Nem refere, ademais, a inicial de que data é a posse do requerente, de que calendário passou a fluir: verificado, por exemplo, que é (posse) posterior ao advento dos Decretos federais nºs 19.924, de 27.04.1931 e 22.785, de 31.05.1933 (art. 2º) é imprestável aos efeitos da prescrição aquisitiva, posto que tais diplomas fecharam questão em relação a inadmissibilidade de usucapir bens públicos, mesmo os dominicais.

Neste particular convém reproduzir parte do voto do eminente Ministro LUIZ GALOTTI; proferido no julgamento de RE nº 71.298 — Decisão do Plano de STF — autor, a pedido do Ministro BENTO DE FARIA, do texto do Decreto federal nº 22.785/33:

“Considerando ainda que, embora no direito pátrio, os bens públicos, mesmo os dominicais, já sejam insuscetíveis de usucapião, a circunstância de se terem manifestado, em contrário, algumas opiniões, torna conveniente que o legislador volte a reafirmar esse princípio, que é de ordem pública.” (Rev. Trim. de Jurisp. vol. 61, t. II, pág. 454).

Do mesmo sentir OROZIMBO NONATO:

“A doutrina do Código Civil sofreu, por vezes, interpretação contrária ao seu espírito, — tanto por parte de alguns juristas, como por certos julgados dos nosso Tribunais. Mas o decreto federal nº 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2º, dissipou, definitivamente, as dúvidas, que essas opiniões e essa jurisprudência suscitaram. Segundo esse texto “os bens públicos, seja qual for a sua natureza”, não são sujeitos a usucapião. Trata-se de norma interpretativa da legislação anterior, e que, portanto, nada inovou sobre a matéria (RDA, vol. 28, pág. 225).

8. Renomados civilistas, de outra banda, **inadmitem posse**, aos efeitos da usucapião, dos bens públicos dominicais, após o calendário de vigência do Código Civil (01 de janeiro de 1917), entendimento que modestamente adotamos.

PONTES DE MIRANDA:

“Todos os bens públicos somente podem ser alienados se a lei o permite e segundo ela o permite (Supremo Tribunal Federal, 20 de abril de 1933, Revista dos Tribunais, 106, 820) ...são insuscetíveis de apropriação, de sorte que a sua posse — entenda-se — a posse dos bens de uso comum ou de uso especial e a posse própria dos dominicais — não se pode adquirir por particulares”. (Tratado, vol. 2º, pág. 142/3).

LAFAYETTE R. PEREIRA:

“Não basta que o direito seja em si prescritível: é ainda mister que a coisa corpórea a que se refere possa também ser prescrita. Que importa que alguém, por exemplo, pratique atos de senhor e possuidor sobre um imóvel de uso público, se nunca lhe adquirirá o domínio? (Direito das Coisas, 6ª ed. pág. 170 — grifei —).

L. LIMA STEFANINI:

“Enquanto integrantes do domínio das entidades de direito Público, e como terras públicas são, enquanto permanecerem com o caráter de devolutas,

estas terras serão inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis, à semelhança das “res communi” (praças, bosques, ruas, estradas, etc.). Portanto, incorrem em imperdoável erro os textos hodiernos e os doutos, quando fraseiam que as terras devolutas são alienáveis. São, sim, disponíveis e alienáveis, como propriedades públicas patrimoniais, as terras públicas, “stricto sensu”; terras que já integraram o patrimônio privado da União, dos Estados e Municípios. Terras devolutas são bens públicos não conhecidos pela ordem jurídica privada, mas que são de domínio público por devir histórico-político e tradição pública. Assim, o Direito Público assegura a propriedade e o Direito Comum a rege, sendo em relação ao Direito Comum, as terras devolutas indisponíveis (obra citada, pág. 78).

Assim, não se pode falar de pretensão usucapível, quando a posse é meramente direta, “ad interdicta”, que não se confunde e é totalmente distinta do suporte fático da posse “ad usucapionem”.

9. Sendo o autor, mero ocupante, não tem posse aos efeitos de gerar a prescrição aquisitiva, **porque a posse jurídica não ensancha o fundamental requisito da usucapião**, que é a posse própria, posse como de dono.

10. Assim, face a vedação contida nos arts. 66, inc. III e 67 do Código Civil, com a interpretação das normas dos Decretos federais citados, **mormente o de nº 22.785 é, mais recentemente, o de nº 9.760, de 05.09.1946 (art. 200), quem não usucapiu até 1917, ano de vigência do Código Civil, não pode contar o tempo posterior aos efeitos da usucapião.**

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL o afirmou várias vezes, antes e depois do Código Civil: a usucapião de posse imemorial era admissível, mas esse prazo deveria ter ocorrido antes do advento da lei substantiva.

11. **Constituído a essencialidade da usucapião:** a prescrição aquisitiva e o fato da posse, — não de qualquer posse —, quem é mero detentor da coisa — “a nom domino” — não pode pretender sentença declaratória de direito inexistente, posto que não se adquire direito contra direito — como já disse HELY LOPES MEIRELLES — mormente quando é contra-posto a direito do Estado, visto que seus bens, mesmo os dominicais, são incapáveis.

Impossível é assim a pretensão à sentença declaratória de usucapião.

III — PARQUE ESTADUAL DO DELTA DO JACUI

12. O Governo do Estado, **ciente** de seu domínio das glebas de terras das ilhas do Delta do Jacuí — não provado o domínio particular — preocupado com a investida imobiliária gananciosa e desenfreada, que se pretendia sobre as referidas ilhas, responsáveis, ainda, pela manutenção de uma das últimas áreas verdes próximas à parte mais edificada e povoada da capital; de um imenso e único filtro natural, colocado na abertura dos rios, fatores im-

prescindíveis à manutenção da potabilidade, já bastante ameaçada, das águas do Guaíba, única fonte atual de abastecimento de água potável; considerando que oferecem ainda, condições básicas para propiciar lazer à população da Capital; que constituem terrenos cotados, atualmente, como de alta produtividade biológica, ao mesmo tempo que representam ecossistemas frágeis e de características peculiares, objetivando sua proteção, **editou** o Decreto estadual nº 24.385 (anexo), criando o Parque do Delta do Jacuí, disciplinando usos e funções das referidas áreas, tratando agora de implantar um plano Diretor, capaz de proteger em definitivo tais áreas.

DO EXPOSTO, reiterando as preliminares argüidas, espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — também por razões de mérito —, recebida a contestação, ver julgada improcedente a ação, condenando-se o autor a todas as demais cominações de direito.

Protesta-se por todo gênero de provas em direitos admitidas, especialmente testemunhal, documental e pericial.

PORTO ALEGRE, 20 de dezembro de 1978.

SENTENÇA

VISTOS:

I — JOÃO LOPES DA CUNHA, qualificado na inicial — juntando posteriormente outorga uxória — ajuizou ação de usucapião de "um terreno, sem benfeitorias, no bairro Arquipélago, Ilha da Pintada, primeiro distrito de Porto Alegre, em perímetro urbano...", narrando ser herdeiro-filho de Velocino Antônio da Cunha, antigo possuidor do imóvel, e cessionário de todos os direitos hereditários dos demais sucessores daquela possuidor, a cuja posse acedeu a sua. Velocino adquiriu o terreno de anterior possuidor, Anarolino José Rodrigues que, por sua vez, o houvera por compra e venda de Alexandrina Peixoto da Silva, negócio realizado em 1905, confirmado em 1910, data em que foi pago o respectivo imposto de transmissão.

Desde então, por si e por seus antecessores, vem o autor possuindo a gleba, mansa e pacificamente, sem oposição nem interrupção, com ânimo de dono, motivos pelos quais faz jus à declaração de seu domínio, adquirido por usucapião extraordinário, a fim de legalizá-lo mediante a expedição do competente mandado de transcrição.

Iniciada a lide em vara cível, à data da audiência de justificação compareceu o representante do Estado do Rio Grande do Sul e alegou ser o imóvel bem público, levando o juízo a declinar da sua competência em favor deste juízo fazendário.

Recebidos aqui os autos, procedeu-se e julgou-se justificada a posse alegada. Na oportunidade, habilitou-se no feito IVO EMAR MACIEL SCHMIDT como cessionário dos direitos possessórios do casal demandante, pleiteando a substituição processual dos autores. Denegada esta, vista a oposição do Estado, foi o cessionário admitido como assistente litisconsorcial. A decisão originou agravo, retido nos autos.

Procedidas que foram todas as citações e intimidades de lei, contestou a ação o Estado forte no argumento de que, segundo normas constitucionais brasileiras, desde a Constituição de 1891, as ilhas dos rios interiores dos Estados a estes pertenciam, como bens públicos. Por isso, os imóveis situados na Ilha da Pintada, integrante do delta do rio Jacuí, são inalienáveis e insuscetíveis de usucapião. Daí a impossibilidade jurídica do pedido.

Doutra parte, considerando-se a natureza devoluta do imóvel objeto da ação, também por isso é ele bem público estadual, pois o demandante jamais provou tivesse o imóvel sido incorporado ao patrimônio particular. Tal condição leva outrossim à imprescritibilidade do direito do contestante.

Criticando finalmente os requisitos possessórios apresentados pelo postulante, pede a contestação a improcedência da ação.

A resposta foi rebatida pelo autor, que assevera fazer a Ilha da Pintada parte da planta urbana da Capital do Estado, local onde inúmeros imóveis se acham transcritos regularmente, não sendo justo permaneça desprotegido o interesse do demandante. O Estado tardou em defender seu domínio, permitindo que os terrenos do bairro Arquipélago deixassem de ser devolutos e passassem a integrar a esfera jurídica de particulares, que nele edificaram e residem. Cita a posse remontada ao ano de 1905, anterior ao Código Civil, e insiste no atendimento de sua pretensão.

Sobre o processo manifestou-se o órgão do Ministério Público, opinando pela imprescritibilidade dos bens públicos.

Sanada irregularidade decorrente da ausência inicial de outorga uxória, sem provas a produzir em audiência, vieram os autos conclusos apenas com a realização dos debates orais (folhas 122v./123).

II — A posse do autor, por si e por seus antecessores, é desprovida de qualquer titulação. Muito embora fale a inicial em escritura de compra e venda, lavrada em 1905 por instrumento particular, e em pagamento de cisa em 1910, tais assertivas ficaram órfãs de qualquer adminículo probatório. É verdade que as testemunhas da justificação atestam posse do requerente e, antes, de seu pai Velocino Antônio da Cunha, somando mais de 50 anos. Mas a tanto se limita a prova trazida pelo demandante.

Como é indiscutido e resulta de normas constitucionais iterativamente expressas, as ilhas dos rios navegáveis constituem bens públicos estaduais desde a Constituição Federal de 1891. E, constituindo tais bens, no caso da Ilha da Pintada, patrimônio público dominical, sempre se o considerou inalienável, ressalvada expressa autorização de lei. Segundo hoje é pacífico, pelo menos a partir de 1933, os bens públicos de qualquer natureza são insuscetíveis de usucapião.

Para que vicejasse a tese da inicial, mister seria convencesse o autor da privatização do imóvel, em algum momento de sua história. Como é sabido, desde o advento da Lei nº 601, de 1850, e seu Regulamento, de 1954, a discriminação das terras públicas e privadas obedeceu a normas legais expressas. Admitiu-se a aquisição por usucapião, em caso de posse mansa e ininterrupta por mais de 40 anos, antes da vigência do Código Civil. E, mesmo depois do advento deste diploma de direito substantivo, no atinente aos bens públicos dominiais, aceitou-se pudessem ser adquiridos por usucapião, uma vez que os requisitos da prescrição aquisitiva tivessem consumado antes do Decreto nº 22.785, de 31.05.1933.

Assim, ou o imóvel estava juridicamente titulado (sesmaria revalidada, posse legitimada, ambas fundadas em títulos anteriores ao Regulamento de 1854, ou o interessado obtinha titulação pela prova de prescrição *longissimae temporis*. Caso contrário, o imóvel continuava do domínio público, nos termos dos artigos 65 e 66, do Código Civil. E desta maneira ocorria porque o domínio público nunca dependeu de registro ou transcrição.

As terras brasileiras têm sua situação dominical inicialmente restrita à Coroa Portuguesa e, posteriormente, ao Império do Brasil. Sua privatização iniciou-se pela concessão de sesmarias, outorgadas pelos capitães-donatários, pelos governadores-gerais e, depois de 1808, com o deslocamento da metrópole para o Rio de Janeiro, pelo Rei e pelo Imperador. De acordo com a Lei nº 601, de 1850, e seu Regulamento, de 1854, bem assim conforme a legislação posterior, prescritas restaram as modalidades de aquisição do domínio de terras pelos particulares. E a única dessas modalidades que independia de título era o usucapião.

Todas as terras não privatizadas e sobre as quais deixou de incidir a posse *ad usucapionem* antes do Código Civil, incluídas restaram naquelas contempladas no artigo 64, da Constituição de 1891. Desde então e apenas quanto aos bens públicos dominicais, admitiu-se aquisição particular por usucapião, dès que seus requisitos estivessem implementados antes de 1933.

Na espécie, a prova trazida pelo demandante não convence este juízo do preenchimento dos requisitos possessórios a tempo de excluir a imprescritibilidade geral do Decreto 22.785/33. Nenhum documento trouxe ele em prol da afirmação de posse antiga, deixando *in albis* a convicção defluente da afirmativa de que dispunha de escrito particular e prova de recolhimento de cisa em 1905 e 1910, respectivamente. As testemunhas ouvidas referem, efetivamente, posse antiga. Mas, data vênua, sem a segurança necessária à formação de convencimento relativo à privatização do domínio do bem usucapiendo. Fosse o bem particular, até se poderia valorizar melhor a prova testemunhal. Em se tratando, porém, de bem público por definição constitucional, aquela prova se deveria mostrar mais escorreita, segura e pormenorizada. Referências vagas a posse de mais de 50 anos (fls. 73) ou desde a infância do depoente (fls. 74), considerando que a inquirição das testemunhas se deu em 1978, não comprovam posse *ad usucapionem* completada antes de 1933.

III — Por todo o exposto, absorvidas as preliminares da contestação no exame do mérito da causa, julgo a ação improcedente e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 20% do valor dado ao feito na inicial, atendida sua reduzida expressão pecuniária e tendo em conta a demorada tramitação da lide.

Sendo a assistência admitida de caráter litisconsorcial, a sucumbência será suportada também pelo assistente, no equivalente a 40% do seu total, tocando o resto (60%) ao demandante.

Intimem-se.

Ivo Gabriel da Cunha
Juiz de Direito

PORTO ALEGRE, 2 de março de 1981.

INCORPORAÇÃO DA VERBA DE REPRESENTAÇÃO CONTESTAÇÃO

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário nos autos da ação ordinária que lhe movem JOÃO SPADARO FILHO, ADÃO PEREIRA DE AVILA, RIOGRANDINO MENEZES BONILHA, GERALDO COIMBRA BORGES, JOÃO BORGES MACHADO, QUINTINO URDAPILETA MACHADO, ALMERINDO SANTOS DE CARVALHO, JOÃO ALDO DANESI, NOMITOR DA ROSA, OTACILIO RENE DA SILVA ROSA, ESMERALDO FONSECA FILHO, WELLINGTON CARLOS SOVERAL e ARY GUEDES DE MELLO vem, em resposta ao pedido dos AA., aduzir, articuladamente, as razões pelas quais espera ver indeferidas as pretensões postas com a inicial.

1. Os AA., todos Oficiais Superiores da Brigada Militar (art. 19, § único, inc. I, da Lei 6.195/71), por terem, quando na atividade, percebido a gratificação de representação a que se alude no art. 18, § 1º, alínea a), do Código de Vencimentos e Vantagens, em vigor, (Lei 6.196/71), pretendem, com a presente ação, a incorporação em seus proventos de inativos.

2. Fundam sua pretensão em que, com a edição do novo Estatuto da Força, Lei 7.138, de trinta de janeiro de 1978, a norma constante do art. 154, "revigorante do que se continha no art. 1º da "Lei Praieira" (Cf. inicial item II), fez incluir dita vantagem "dentre aquelas incorporáveis aos proventos de seus detentores, quando de sua transferência para reserva ou reforma." (idem, ibidem).

E enfatiza:

"OS AA., COMO DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS EMERGENTES DA LEI 2.558/54, FAZEM JUZ À INCORPORAÇÃO, EM SEUS PROVENTOS, DA GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE QUE ERAM TITULARES POR OCASIÃO DE SUA TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA".
(Inicial, item II).

3. Pedem a incorporação, mediante pagamento da gratificação de representação, acrescida de juros de mora e correção monetária, mais a definição da sucumbência.

4. Anote-se que os AA. percebiam, quando em atividade, a supracitada gratificação, ora na forma da alínea b), do § 3º, do artigo 19 ora, na da alínea c), de tal sorte que a um

grupo de autores se abonava a título de representação 50% do soldo e a outro, somente, 30%. A inicial não discrimina, inobstante tal precisão se possa ter dos documentos que acompanham a peça vestibular.

5. A pretensão é insólita e, mesmo assim, absolutamente improcedente.

O texto, que no entendimento dos AA., autorizaria o deferimento da pretensão deduzida em juízo, seria o da cláusula final do artigo 1º da Lei Praieira, Lei 2.558/54, que assim dispõe:

"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, a 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.

Mesmo num ângulo puramente "literal" a construção dos AA. não se justifica. Porque na correta linguagem empregada por MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, exorbita "do quadro das significações verbais possíveis do texto legal" (Cf. Aut. cit. "ENSAIO SOBRE A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS", 3ª Edição, Coimbra 1978, p. 39). E mesmo que se considere a advertência de LARENZ que premune o intérprete dos "diversos significados possíveis" de acordo com o sentido literal que necessariamente as disposições legais se revestem, mesmo assim a construção é artificiosa, porquanto até neste campo preliminar do trabalho exegético impõem-se limites. Tome-se a LARENZ, de empréstimo, o esclarecimento necessário:

"Se assim o sentido literal na maior parte dos casos não basta como critério interpretativo, precisamente porque ainda permite diversas interpretações, já contudo o sentido literal possível (grifado no original), isto é, a totalidade daqueles significados que, segundo a linguagem vulgar, ainda podem estar ligados à expressão, indica o LIMITE DA INTERPRETAÇÃO (em sentido restrito)." (ressaltou-se o grifo original).
(Cf. METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO, Karl LARENZ, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 369).

Os AA. evertem o sentido literal da cláusula em questão quando fazem defluir da expressão "com direito a vencimentos e vantagens integrais" o direito à percepção da integralidade das vantagens que lhes eram abonadas, quando em atividade, independentemente da própria disciplina legal das vantagens usufruídas. O que, há de se convir, é leitura precária, incompatível, mínimo de rigor técnico que se deve reconhecer ao dispositivo em questão. Em direito administrativo a incorporabilidade ou não da vantagem decorre de expressa previsão da lei que a institui. Isto é palmar. O sentido literal, como ensinam os autores, incorpora o sentido técnico. (Cf. PAULA BATISTA, Compêndio de Hermenêutica

Jurídica, §§ 27 e 28, 8ª Edição 1935, Saraiva, p. 224 e 225; PAULO DE LACERDA, Manual do Código Civil, Vol. I, nº 276, p. 545, Editora Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929).

6. Superada a questão da interpretação literal do dispositivo em que se assalha a pretensão dos AA., admitindo-se par prosseguimento de análise, a **plausibilidade** da leitura realizada pelos DD., incorporando-a, desta forma, às "significações verbais possíveis do texto" (MANOEL A. D. ANDRADE, op. cit. p. 39), deve-se dar continuidade ao trabalho interpretativo, como no-lo indica KOHLER, no seguinte texto de sua obra "Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, vol. 1º, p. 126" que se colheu na tradução do autor citado acima:

"Decerto que, segundo este ponto de vista, várias significações são possíveis, podendo assim ver-se tanto numa como noutra a boa solução. Mas em tal caso devemos recorrer à conexão das disposições legais, e preferir a interpretação mercê da qual a Lei apresenta a estrutura mais conseqüente e mais organicamente correcta; e em particular havemos de tomar em consideração o encadeamento das diversas leis do país, porque uma exigência fundamental de toda a sã legislação é que as leis se ajustem umas às outras e não redundem em congêrie de disposições desconexas." (Cf. "in" Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis, aut. cit. p. 27).

7. Por pertinente, historicize-se que a Lei 2.558, de 20 de dezembro de 1954, conhecida como Lei Praieira, foi editada na vigência do Estatuto de 1952, Lei 1.753, de 27 de fevereiro. Aquele diploma comportava, tal como o atual, normas de caráter especial atinentes "a carreira..., os deveres, os direitos, as prerrogativas e as vantagens dos servidores militares do Estado. (Art. 1º, lei citada).

Igual movimento legislativo se observou à época relativamente ao servidor público civil, com a Lei 1.751/52, ainda em vigor com um mínimo de modificações, e para o servidor policial, que obteve um tratamento paritário com os demais segmentos dos prestadores de serviço público, com a Lei 1.752/52, nomeadamente seu Estatuto. Com o Estatuto que então se editou para os membros da Brigada Militar não substitua a nenhum outro, posto que inexistente, em muitos aspectos da matéria que sistematicamente regulou, e como se viu abrangia a carreira, deveres, direitos, prerrogativas e vantagens, revogou disposições estabelecidas em outros diplomas que não tinham o caráter sistemático que assumiu o Estatuto. Assim é que o Estatuto previu expressamente a revogação de "todas as leis e regulamentos" que colidissem com suas disposições (art. 145, Lei 1.753/52).

Têm interesse para o desate da presente espécie as normas constantes deste diploma legal que diziam respeito com a **transferência para reserva**, capítulo VI.

O estatuto de então, em seu art. 45, II, a), estabelecia forma de transferência para a reserva que voluntariamente os oficiais podiam exercer, ao ATINGIR 25 (vinte e cinco) ANOS DE EFETIVO SERVIÇO, contados na forma do art. 66, que não admitia a contagem de tempo estranho ao serviço da Força, menos ainda o tempo ficto.

Entretanto, tal forma de inativação era contemplada COM VENCIMENTOS PROPORCIONAIS. Veja-se nos termos da disposição versada:

"Art. 44 — A transferência de oficial para a reserva é compulsória ou voluntária:

I) Compulsória:

a)

II) Voluntária:

a) quando o oficial contar mais de vinte e cinco anos de efetivo serviço, com vencimentos e vantagens proporcionais ao posto;" (Cf. Lei 1.753/52).

Ouase três anos após a promulgação do Estatuto, a Lei Praieira veio permitir e contagem "para fins de reforma ou transferência para reserva" (art. 1º, Lei 2.55B) do tempo que os oficiais e praças da Brigada Militar houvessem servido em Zona de Guerra, EM DOBRO (modalidade de tempo ficto, contrário a regra do art. 68, anteriormente citado), determinando, ainda, que PERCEBESSEM, NÃO vencimentos e vantagens proporcionais, como determinava o artigo 44, em seu inc. II, letra a), mas com vencimentos e vantagens integrais, ainda no posto imediatamente superior, e não no posto que detinha.

Daí a necessidade de haver expressa alusão a vencimentos e vantagens integrais, porquanto, não houvera a previsão, deveria incidir o dispositivo do Estatuto e, na expressão da lei, os "vencimentos e vantagens" seriam proporcionais. Integrais está aí não para elidir as disposições específicas de incorporação de vantagens, mas para evitar a incidência da norma constante do art. 44, inc. II, alínea a) que obrigava a proporcionalidade.

Agora o que é curial. À época, conforme se vê do elenco do art. 122, e disposições constantes do art. 123, 124, 125 e 126, não havia referência alguma à gratificação de Representação. E o Código de Vencimentos, QUE É DE 1971, estabelecendo em seu art. 18, § 1º, alínea a), a sobredita gratificação de representação, considerou-a EXPRESSAMENTE, não incorporável, pela norma de seu art. 79. "Verbis":

"SÃO CONSIDERADAS GRATIFICAÇÕES NÃO INCORPORÁVEIS PARA EFEITO DESTA CÓDIGO, AS GRATIFICAÇÕES ESPECIAIS CONSIDERADAS NAS ALÍNEAS "a" e "b" do art. 18. (Cf. Lei 6.196)

Impende sublinhar que a Lei 6.196 contém dispositivo expresso derogando as disposições, então vigentes, em contrário. Então a interpretação que se impõe, também por este ângulo, é a que mantém a característica legal, inalterada, da NÃO INCORPORABILIDADE DA GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO.

Garante-se, assim, a harmonia do corpo legislativo e compatibilidade das normas de mesma hierarquia.

Enfatize-se que é o próprio Estatuto vigente, Lei 7.138/78, que os AA. apontam como fator de seu direito a ver incorporada a gratificação em exame, que determina a aplicação do Código de Vencimentos e Vantagens.

O artigo 53 refere que é direito do policial militar a percepção de vencimentos, proventos e outras vantagens pecuniárias, "na forma estabelecida no Código de Vencimentos e Vantagens da Brigada Militar" (art. 53, inc. V, Lei 7.138). Ratifica, pois, o novo estatuto, a inincorporabilidade da gratificação de representação, nele, assim, prevista.

8. Daí porque não impressiona o argumento articulado à inicial de que o novo Estatuto teria revigorado todos os dispositivos da Lei Praieira e conseqüentemente afastado a incidência do art. 79 da Lei 6.196, para aqueles nela enquadrados. PORQUANTO DESTINA-SE A NORMA CONSTANTE DO ART. 79 DO C.V.V. A DEFINIÇÃO DE UMA CARACTERÍSTICA DA GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. Somente norma expressa poderia despojar A GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE SUA PREDICAÇÃO LEGAL. Enquanto existir o art. 79 do C.V.V. a gratificação de representação SERÁ SEMPRE ININCORPORÁVEL.

É um absurdo, sem expresso comando legal, ora considerar-se a gratificação incorporável e ora considerá-la incorporável.

Mais, como já se viu, constitui indigente interpretação literal — rasa e antinômica — aquela que conduz ao afastamento de toda a sistemática da criação legal das vantagens, bem como de seu regime específico, desprezar-se os mais mezinhos rudimentos técnicos, jurídicos e legislativos para prestigiar o sentido comum da palavra "integrais", constante do clausulamento legal; despreza a expressão técnico-jurídica, "vencimentos e vantagens integrais", que possui como correlata a expressão "vencimentos e vantagens proporcionais" (art. 44, II, a), da Lei 1.753 que foi excepcionada pela lei em questão, Lei Praieira) para ler a disposição como se da cláusula legal constasse a seguinte expressão: "a integralidade dos vencimentos e vantagens abonados na atividade, independentemente do regime específico de incorporação."

Esta leitura absolutamente atécnica, que repugna todos preceitos fundamentais da hermenêutica (Cf. PAULO DE LACERDA, op. cit. Vol. I, nº 276, p. 545), confere interpretação ampliada a dispositivo de Lei Excepcional, contra seu magistério indispensável. CARLOS MAXIMILIANO, em sua festejada obra "HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO" asseriu, com precisão:

"A norma de Direito Especial estende-se tanto quanto se justifica teleologicamente a dilatação do seu imanente valor jurídico-social, do seu imperati-

vo intrínseco, de sua idéia básica; ao passo que a regra excepcional SÓ DE MODO ESTRITO SE INTERPRETA. (ressaltou-se, grifos do original).
(Op. cit. nº 274, p. 285, 7ª Ed. Livraria Freitas Bastos, 1961).

Indiscutível, outrossim, a qualificação da "Lei Praieira" como **diploma excepcional**, por tratar-se de regramento que excepciona DIREITO ESPECIAL: legislação aplicável a prestadores de serviço público. Neste condição, inclusive, foi reconhecida pelo nosso TRIBUNAL DE JUSTIÇA na Ap. Civ. nº 31.015, originária de sua 3ª Câmara Cível. O relator em seu voto assim a qualificou, após citar textualmente o "caput" do art. 1º, da Lei 2.558, a Praieira. Diz, em seu voto o eminente relator, Des. JOSÉ PAULO BISOL:

"...SOBRETUDO PORQUE SE TRATA DE NORMA DE EXCEÇÃO, CUJA INTERPRETAÇÃO É NECESSARIAMENTE RESTRITIVA. ..."

Portanto, face a reconhecida excepcionalidade do dispositivo em questão, somente será viável, por juridicamente correta, a interpretação que integre a disposição excepcional ao conjunto dos preceitos que se dirigem a seus destinatários, compatibilizando-o com os institutos delineados nos corpos legislativos especiais sem desfigurá-los, ou alterá-los em sua essência. E se é certo, e os AA. assim admitem (nº III, da inicial), que o novo Estatuto, Lei 7.13B/78, não revogou o Código de Vencimentos e Vantagens, Lei 6.196/71, antes pelo contrário, admite a plena eficácia de suas disposições, se viu com a transcrição do art. 53 do Estatuto, a extensão do dispositivo excepcional deverá ser balizada pelas peculiaridades e características constantes deste corpo especial de normas atinentes a vencimentos, proventos, indenizações, escopo deste código, como consta de seu art. 1º.

Admitir-se que o dispositivo excepcional versado funcione, a todo tempo, como disposição condicionante de todas as demais leis que se editem para regular direitos e vantagens a classe de seus destinatários, estar-se-ia "ipso facto" conferindo à disposição excepcional categoria hierarquicamente superior "ad instar" de princípio ou norma constitucional a que as demais leis deveriam se amoldar.

Dito desta forma, a pretensão dos AA. não se sustenta.

Por conseqüência, o caráter de vantagem inincorporável, como foi legalmente concebida a gratificação de representação para os membros da Brigada Militar, é prevalente e não poderá ser desfigurado por interpretação extensiva da disposição excepcional constante da Lei Praieira. Isto a despeito de (a) admitir-se no quadro das significações verbais possíveis do texto excepcional, para argumentar como se fez, a leitura que possibilita a construção da tese dos AA.; (b) de entender-se que tenha havido repristinação das disposições da Lei Praieira com a disposição constante do art. 154 do Estatuto de 197B. Mesmo assim, por interpretação sistemática, viu-se, não se pode conceber, como fazem os AA., a **incorporação da gratificação de representação**.

9. Mas o art. 154 dos atuais Estatutos não tem eficácia repristinadora. Tampouco possui a extensão que lhes querem conferir os autores.

Sucedo que aquele diploma excepcional possui dispositivo que cria **tempo ficto** não previsto em nenhuma disposição do Estatuto que se editava e que perderia eficácia, tornando-se inaplicável, se disposição expressa não lhe mantivesse a vigência.

E, ao determinar que **permanecessem em vigor** as normas da Lei Praieira, é evidente que o Estatuto manteve em vigor somente aquelas disposições, ou parte de disposições, que não teriam, há mais tempo, sido derogadas pela superveniência de outros regramentos.

Note-se, só permanece em vigor aquilo que, ainda, vige.

V.g., não se poderá dizer que a promoção por ocasião da transferência para reserva ou reforma que alude a Lei Praieira é agora novamente devida, em decorrência deste dispositivo. O permissivo que havia sido derogado por imposição da Carta Política de 1967 continua derogado, sendo impossível sua aplicação. O próprio Estatuto no art. 69 reedita a norma que veda a promoção por ocasião de sua reforma ou transferência para a reserva. Os efeitos patrimoniais é que são possíveis de alcançar, não em decorrência da regra do art. 154, como pensam os autores, mas em face do que expressamente foi previsto pelo § 2º, do art. 167 do Estatuto vigente, NO VAZIO DA NORMA CONSTITUCIONAL. A Emenda Constitucional nº 1 não reeditou as disposições vedativas de maior remuneração na inatividade, constantes da Carta de 1967.

10. Por final, não colhe o argumento dos AA., constante do nº VI da inicial, de que a possibilidade de criação de outras vantagens não previstas no Código de Vencimentos e Vantagens lhes favorece.

Quando os autores afirmam que a Lei 7.009 de 06 de outubro de 1976 determinou a incorporação da gratificação de risco de vida, e que o art. 164 criou novas vantagens incorporáveis, nada mais fazem do que trazerem águas aos moinhos do contestante. Em verdade, é esta a tese da contestação. **SOMENTE MEDIANTE LEI SE PODERÁ ALTERAR O REGIME DE INCORPORAÇÃO ESTABELECIDO PELO CVV PARA A GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO.**

Por interpretação extensiva de disposição excepcional, não se poderá modificar atributo explícito de lei que estabelece a inincorporabilidade de dita gratificação aos proventos.

11. Tem-se, assim, por contestado o pedido básico dos AA.

12. Quanto ao pedido assessorio de condenação à correção monetária não procede por duas ordens de razões:

a) porquanto sendo os proventos débito de dinheiro, os juros de mora compõem a integralidade das perdas e danos segundo disposição constante do art. do Código Ci-

vil. Por outro lado inexistente lei que determine a aplicação de qualquer critério de atualização aos vencimentos e proventos dos prestadores de serviço público;

b) por outro lado, à toda evidência, o negócio jurídico de pagamento, mormente de vencimentos e proventos, em direito administrativo, é ato vinculado ao que a lei, a este respeito, fixa, e as eventuais variações corretivas são as das leis de vencimentos e não, como esperam os AA., as que levem em consideração a depreciação da moeda, apurada ao momento do pagamento.

Não há, por este aspecto, aproximação possível com o salário — como entende respeitável corrente jurisprudencial da Corte Estadual — em que o contrato é fonte de exigência do critério "comutativo" de justiça. O engano está justamente em que a aproximação dos proventos aos salários, para topicamente, sublinhando o caráter alimentar que reside em ambos, justificar a aplicação de critério valorístico, peca por desfazer o traço diferencial entre a retribuição do trabalho prestado privadamente e o sistema legal de retribuição do trabalho público em que não há porque perquirir do problema do equilíbrio patrimonial entre as partes, face aos fins que animam o Estado.

Impõe-se, pois, a manutenção do princípio da reserva legal como informativo da atribuição de correção monetária. Sem o que a questão necessariamente terá que dizer com o tangimento do princípio da harmonia e independência dos poderes, como fez ver, em recente estudo, GALENO LACERDA (Cf. Correção Monetária e Discricção dos Tribunais, "in" Rev. AJURIS, nº 4, p. 64).

PELO EXPOSTO, requer a improcedência total da presente ação com as cominações de direito.

Protesta por todo o meio de provas em direito admitido. IMPUGNA O VALOR DA DO À CAUSA EM PEDIDO FORMULADO INDEPENDENTEMENTE.

P. Deferimento

PORTO ALEGRE, 30 de março de 1981.

CARTÃO DE CRÉDITO E ICM MEMORIAL

REJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

MANDADO DE-SEGURANÇA Nº 36.766

1ª CÂMARA CÍVEL
RECORRENTE — MESBLA S.A.
RECORRIDO — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

I. O sistema de compra e venda de mercadorias com utilização do denominado cartão de crédito fornecido por MESBLA S.A. supõe um mecanismo complexo que se desdobra em várias etapas.

Inicialmente constitui-se um pré-contrato de promessa de venda, que gera obrigações para a vendedora que se aperfeiçoa pela adesão do comprador no momento da aquisição da mercadoria.

A obrigação principal consiste na oferta de condições especiais de venda pelo preço à vista da mercadoria, com pagamento a prazo — até o 30º dia do mês subsequente ao da realização da operação.

No termo final do citado prazo, nasce para o devedor, decorrente de cláusula expressa no ajuste, possibilidade de optar pelo desdobramento do pagamento do preço em parcelas mensais, mediante financiamento. Paralelamente, facultada-se à vendedora, com base no ajuste-padrão, contratar com instituição financeira abertura de crédito em conta-corrente em nome do titular do cartão de crédito. Assim, a concessão do financiamento resulta, seguramente, em acréscimos ao preço (à vista) da mercadoria.

Impõe-se focalizar certos aspectos característicos deste tipo de contratos de emissão e utilização de cartão de crédito: trata-se da inserção, no próprio bojo do instrumento, de mandato pelo qual o comprador e/ou o usuário constitui a companhia sua procuradora, outorgando-lhe os poderes para negociar e obter crédito em nome do titular e por sua conta de instituição financeira da livre escolha da vendedora para os efeitos dos mencionados financiamentos das despesas efetuadas pelo titular do cartão.

Além disto, incluem-se entre os poderes de mandato os de emitir e assinar títulos representativos do débito do titular, ajustar prazos, juros, comissões e encargos financeiros relativos à dívida, que, neste caso, é "havida pelo cliente como líquida e certa" e cobrável por via executiva.

É o que se verifica da cláusula nona, parágrafo único, do contrato-tipo anexo nos autos:

"Parágrafo único — Neste caso, fica a MESBLA autorizada a obter financiamento para o CLIENTE, até o limite do seu débito, junto a quaisquer instituições financeiras, da livre escolha da MESBLA e a seu exclusivo critério. Para tanto, o CLIENTE, por esta e melhor forma de direito, nomeia e constitui a MESBLA sua bastante procuradora, outorgando-lhe todos os poderes de representação especiais para negociar e obter o crédito, em nome e por conta do CLIENTE, em qualquer instituição financeira, da livre escolha da mandatária, ficando investida de poderes especiais para assinar os contratos que se fizerem necessários, emitir títulos de crédito representativos do débito do CLIENTE, fazer a alienação fiduciária em garantia, acertar prazos, juros, comissões e encargos financeiros da dívida, que, com tais acréscimos, desde já, é havida pelo CLIENTE como líquida e certa, cobrável pela via executiva, com renúncia expressa do CLIENTE de opor qualquer contestação, quer ao seu montante, quer ao rito executivo para a sua eventual cobrança. A MESBLA se coobrigará com o CLIENTE na responsabilidade de resgatar a dívida junto à instituição financeira e, se em razão dessa coobrigação, vier a ser compelida a liquidar o débito, ficará sub-rogada no direito de cobrança ao CLIENTE e nas garantias que, porventura, tenham sido dadas à instituição financeira."

Assim posto o problema da procuração, não seria demais aduzir que ela funciona como impedimento ao devedor de discutir o valor e a própria exigibilidade da obrigação, uma vez que este renuncia expressamente (vide parágrafo único citado) *"a qualquer contestação, quer quanto ao montante (da dívida), quer quanto ao rito executivo para sua cobrança"*.

Dest'arte, também renuncia (comentário à fl. 125, da Revista citada) *"em geral, ao favor debitoris" (previsto no art. 131, 5, do Código Comercial Brasileiro) e abdica das exceções de caso fortuito e força maior, e sobretudo, ainda, porque sai do manto protetor do direito obrigacional para se recolher ao amparo do direito cambiário, o qual não reconhece as exceções que teria por via daquele direito"*.

II — CUSTO DO FINANCIAMENTO

Entende a Fazenda Estadual que os juros, comissões e demais acréscimos não decorrem de mora do devedor, constituem, antes, custo de financiamento que, por ter o comprador exercido opção contratual, se aperfeiçoou.

Vale considerar, na hipótese em questão, que o mandato outorgado pelo devedor constitui a garantia nuclear de seu adimplemento.

É indiscutível que as cambiais emitidas pela companhia têm força executiva, constitui título executivo extrajudicial.

Verificando o inadimplemento do titular junto à financeira, portanto, pode MESBLA emitir títulos de crédito, direito este consagrado no contrato através da procuração outorgada.

Compulsando a jurisprudência, encontramos dois acórdãos proferidos pelo 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (publicados ambos na Revista de Direito Mercantil, págs. 121 e seguintes, nº 26, ano XVI, Nova Série 1977), os quais decidiram no sentido da eficácia do mandato inserto nos contratos de financiamento, nada obstando a que o mandatário emita cambial em nome e por conta do mandante, em proveito próprio. Admitem, igualmente, a liquidez e certeza da dívida, conferindo força executiva aos títulos emitidos pelas empresas em tal sistema negocial:

"A ação executiva é adequada para a cobrança de débito pago por empresa que se tornou solidária com portador de cartão de crédito por ela fornecido." (1ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, obra citada, p. 121).

Tais encargos extras, embora inexistentes à data da saída dos bens adquiridos, integram o valor da operação de que decorre a saída das mercadorias, constituindo base de cálculo do ICM nos termos da Lei Estadual e Decretos Regulamentadores vigentes.

Embasada nestes argumentos a Coordenadoria Geral do ICM, através da sua fiscalização, constituiu o crédito tributário através do Auto de Lançamento nº 261780008, no qual especificou o imposto a pagar, correção monetária e multa no valor de Cr\$ 9.194.685,80.

Desconforme com o que considera crédito tributário ilegalmente constituído e já convertido em Dívida Ativa, impetra MESBLA o presente Mandado de Segurança, visando a obter ordem de suspensão da exigência de recolhimento do imposto e multa, bem como a desconstituição do crédito tributário e anulação do respectivo auto de lançamento.

III — BASE IMPONÍVEL DO ICM

A impetrante, resumidamente, constrói sua argumentação em torno dos seguintes temas:

a) os acréscimos ao preço de aquisição da mercadoria não constituem fato imponível do ICM porque contrastam com os elementos descritos na hipótese de incidência do tributo, considerando sua inclusão e tributação como *"atos ilícitos"*.

A base de cálculo do imposto, aspecto primordial da materialidade de sua hipótese de incidência, abrange, dentro dessa ordem de raciocínio, apenas os valores cobrados pelo vendedor; do comprador, que integram o valor da operação de que decorreu a saída da mercadoria.

Os demais acréscimos, juros, despesas bancárias, etc. que, em momento posterior, aderiram ao preço e, portanto, ao valor da operação realizada, não são alcançados pela incidência do tributo, uma vez que o fato impositivo decorrente da operação de compra e venda se constitui definitivamente no momento da saída dos bens, produzindo todos os seus efeitos.

b) a tributação não foi efetivada de acordo com o fato gerador descrito na lei material, assim sendo, o imposto é ilegítimo. Há ofensa ao princípio da estrita legalidade do crédito fiscal, que somente admite o tributo se criado por lei, e na medida desta, o que, no caso, inoocorre.

IV — O REGIME CONSTITUCIONAL DO ICM

O Imposto sobre operações de circulação de mercadorias tem matriz constitucional no art. 23, II da Emenda Constitucional nº 1/69:

“Art. 23 — Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto 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”.

A norma constitucional, ao disciplinar a competência tributária estadual, além de definir os sujeitos passivos do ICM (produtores, industriais, comerciantes ou pessoas a estes equiparados por lei complementar); descreve o aspecto mais complexo da hipótese de incidência do imposto que é o material: o ICM incide sobre **operações jurídicas** associadas a fenômeno de ordem econômica — circulação — a qual pode ser definida como a movimentação do bem identificado como mercadoria da fonte de produção até o consumo.

Somente estabelecidas estas premissas necessárias a uma correta definição do tributo consoante o seu regime constitucional, é possível o problema da base de cálculo do ICM.

V — ATRIBUTOS DO ASPECTO MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO: BASE DE CÁLCULO

GERALDO ATALIBA, ao definir a **base de cálculo** (in *Hipótese de Incidência Tributária*, 1978, São Paulo, p. 118), expressa sua bem fundada convicção de que ela consiste em atributo de um aspecto, o material, da hipótese de incidência do tributo:

“Esta verificação tem uma conseqüência imediata: a base impositiva pode abranger inteiramente as perspectivas dimensionáveis do fato objeto do conceito em que a h. i. se constitui ou somente algumas.

Pode também dar-lhes configuração jurídica diversa da que, em realidade e no mundo fenomênico, elas têm”.

Isto significa que são múltiplos os atributos que dimensionam o aspecto material da hipótese de incidência postos à escolha do legislador que, igualmente, pode utilizar diferentes critérios para medi-los.

É claro que a escolha destes atributos e critérios, pela legislação infraconstitucional, deve obedecer aos parâmetros da hipótese de incidência do tributo, tal como foi desenhado na Constituição Federal, sob pena de se comprometer a harmonia sistemática com que foi construído pelo constituinte.

Relativamente ao ICM, a nível de legislação complementar e ordinária estadual, determina-se a base impositiva de acordo com *“valor da operação”*.

Têm, portanto, os legisladores estaduais, competência para estabelecer, em relação ao ICM, bases impositivas que incluam determinados fatos dimensionáveis da materialidade da hipótese de incidência do imposto, utilizados sob os mais diferentes critérios.

Exemplificativamente, a maioria dos Estados entende lhes ser devido imposto sobre prestação de serviço de transporte, através da inclusão deste valor na base de cálculo do ICM e sua competência neste sentido é perfeitamente consentânea com a C. F.

Em síntese: o ICM formalmente instituído como sendo tributo que incide **“sobre operações de circulação de mercadorias”**, deve ser calculado com base em circunstâncias relacionadas com pressupostos de seu **elemento material** traçado no art. 23, II da C. F.

No caso dos autos, a íntima relação base de cálculo/valor das operações que impulsionam a movimentação dos bens (mercadorias) em direção ao consumo se encontra preservada uma vez que a lei estadual, (e com apoio nela o fisco estadual), ao designar a função de base impositiva a um ou vários dos **atributos mensuráveis do aspecto material da hipótese de incidência do ICM**, o fez com perfeita adequação aos elementos ínsitos na hipótese de incidência do tributo. Senão vejamos:

Os acréscimos tributados — juros, comissões, despesas bancárias —, não decorrem de mora do devedor, e são cobrados pela credora em razão de expressa cláusula contratual.

Tais despesas provêm de financiamentos concedidos aos adquirentes das mercadorias por força dos ajustes previamente firmados no interesse da vendedora. Mesmo se concedidos por terceiros estranhos à relação jurídica de compra e venda e em data posterior às respectivas saídas, integram o preço da compra e venda.

Constituem, incontornavelmente, valor da operação de que decorre a saída dos bens em questão, e como tal devem ser incluídos na base de cálculo do ICM, guardando, como se vê, íntima relação com a hipótese de incidência do imposto.

A previsão contida na legislação estadual, art. 24, § 1º do Regulamento do ICM (Decreto nº 22.493/73) dispõe, precisamente, neste sentido:

"Art. 24 — A base de cálculo do imposto é (art. 27):

.....
§ 1º — Nas operações entre contribuintes diferentes, quando a fixação do valor da operação depender de fatos ou condições supervenientes à saída da mercadoria, tais como pesagens, análises, medições, classificações e apuração de despesas, o imposto será calculado inicialmente sobre o valor provável da operação, obtido pela estimativa do elemento desconhecido e, após o implemento deste, sobre a diferença, se houver, no estabelecimento de origem (art. 77, III)".

Este dispositivo regulamentar encontra respaldo seguro no artigo 12, § 4º da Lei nº 6.485, de 20 de dezembro de 1972.

Daí a perplexidade do ora recorrente diante da argumentação da recorrida, invocando ofensa ao princípio da legalidade tributária, pois, como foi cabalmente demonstrado, não foram incluídos na base de cálculo do ICM "ao arrepio da lei impositiva" como pretende, "valores outros, estranhos ao preço e ao valor da operação de que decorreu a saída das mercadorias".

Igual perplexidade nasce frente às citações doutrinárias trazidas à colação, pois não importam em apoio à tese que sustenta.

É correto afirmar que o imposto somente é legítimo quanto a tributação for feita rigorosamente de acordo com o fato gerador (RUY BARBOSA NOGUEIRA) e que um tributo não deve ter "por base de cálculo uma grandeza que não seja *ínsita h. i.*" (GERALDO ATALIBA) sob pena de desnaturá-lo. Mas como já foi sublinhado não tem aplicação ao caso dos autos, mas a hipóteses gritantes de inadequação de base de cálculo aos pressupostos da espécie tributária a que se refere.

O próprio Professor GERALDO ATALIBA (obra citada, pág. 118) menciona, a propósito, vários exemplos: uma taxa por serviço de conservação de rodovias não pode tomar por base o valor dos veículos ou sua idade, mas somente o seu peso ou outras características que provoquem maior ou menor desgaste nas pavimentações sob pena de desnaturar a taxa e configurar impostos sobre o patrimônio.

O antigo IVC não poderia ser calculado sobre o capital da firma ou valor do seu estoque, o que acarretaria em considerá-lo imposto sobre o capital ou sobre o patrimônio. Por outro lado, não se conceberia que um imposto sobre patrimônio tivesse por base impositível a renda de seu titular. Tal situação configuraria um imposto sobre a renda.

Nestes casos ocorre, não somente a desfiguração da natureza específica do tributo, mas também da sua natureza genérica, de modo a transformar, por exemplo, um imposto em taxa ou vice-versa.

Assim sendo, outro comportamento não se poderia exigir da Fiscalização do ICM que, na hipótese dos autos, tomou por base, ao lavrar o auto de lançamento impugnado pelo recorrente, o valor global das operações de venda, abrangente de todos os encargos financeiros devidos pelos titulares dos cartões de crédito relativos a estas operações.

Tais despesas, juros e comissões decorrentes de financiamentos — valores pagos à recorrente por seus clientes em razão de contrato — são elementos de modo algum estranhos à materialidade da hipótese de incidência do ICM e constituem suporte fático da regra jurídica de tributação, que é, em última análise, uma resultante da totalidade do sistema jurídico formado pelas leis, artigos de leis e normas constitucionais.

PORTO ALEGRE, 5 de maio de 1981

ATUALIZAÇÃO DO FORO

CONTESTAÇÃO

MARIO MARTINS COSTA
Procurador
Assistente da Cadeira de Direito Civil da PUC

FORO ENFITÉUTICO: DESAPARECIMENTO DO PODER AQUISITIVO DA PENSÃO COMPROMETE A COMUTATIVIDADE DO CONTRATO.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DOS EFEITOS DA FAZENDA ESTADUAL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador firmatário, conforme Portaria nº 3/81, D. O. E. de 13/01/81, contestando a ação ordinária que lhe move RIZZO SA. – INDÚSTRIA DA ALIMENTAÇÃO, vem expor e requerer o que segue:

1ª A autora é titular de direito enfitéutico sobre um imóvel sito, nesta cidade, à rua Voluntários da Pátria, conforme descreve na petição inicial, sendo que o domínio útil do mesmo pertence ao Estado.

Como Rizzo SA., viesse pagando o foro anual de Cr\$ 0,01 (hum centavo), moeda inexistente e sem curso forçado no Brasil, o réu, através da Secretaria da Fazenda, atualizou o valor da pensão enfitéutica de modo que o Estado auferisse sempre o mesmo valor, ou seja, a expressão aquisitiva do foro inicial.

Dentro desta linha de procedimento, o Estado cobrou de Rizzo SA., no ano de 1980, o valor de Cr\$ 43.748,40 (quarenta e três mil, setecentos e quarenta e oito cruzeiros e quarenta centavos), e em anos anteriores pensões menores, sempre com a finalidade de atualizar o poder aquisitivo do foro anual e sem aumentar-lhe o valor real.

2ª Com a finalidade evitar o comisso, a autora pagou normalmente ao Estado as pensões enfitéuticas dos anos de 1978, 1979, 1980.

Entretanto, vem, agora, através de ação ordinária de repetição de indevido, pedir a devolução de Cr\$ 112.409,08 (cento e doze mil, quatrocentos e nove cruzeiros e oito centavos), que pagou ao réu, mais juros moratórios, correção monetária e honorários advocatícios. Acresce, ainda, notar, que Rizzo SA., numa tirada de fino humor, pede "elegantemente" que seja abatida do pedido a quantia de Cr\$ 0,03 (três centavos), de que realmente se julgava devedora.

A ação funda-se no artigo 678 do C. C., que estabelece seja o foro anual certo e invariável.

Antes que se rebata em definitivo a tese da autora, necessário se faz uma breve análise do instituto da enfiteuse.

3º O artigo do C. C. diz:

"Dá-se a enfiteuse, aforamento ou emprazamento, quando por atos entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquiriu e assim se constitui enfiteuta ao senhorio direto uma pensão, ou foro anual certo e invariável".

Segundo Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado volume 18, pág. 85), "A relação jurídica entre senhorio e enfiteuta é relação jurídica real. Exerce direitos e deveres quem é, no momento, o enfiteuta, ou quem é, no momento, o senhorio".

Portanto, a enfiteuse é negócio bilateral comutativo porque existem obrigações para ambas as partes e ocorre, também, certeza quanto à existência das prestações.

Ora, o foro ou pensão enfitêutica encontra-se entre as obrigações do enfiteuta. Embora seja uma prestação certa invariável, ela não pode desaparecer ou inexistir, o que faria ocorrer a perda do caráter comutativo do contrato.

O foro de Cr\$ 0,01 (hum centavo) desequilibra a natureza comutativa do instituto, porque esta expressão monetária inexistente individualmente no mundo dos negócios e não tem qualquer poder liberatório. Se se aceitasse o foro anual de Cr\$ 0,01 (hum centavo), estaríamos pondo fim ao próprio contrato enfitêutico, pois, por via de consequência, teríamos a figura do comisso, no decorrer de três anos, uma vez que Cr\$ 0,01 (hum centavo) é moeda inexistente e não representa foro algum. Aliás, o mesmo mestre Pontes de Miranda ensina que "não há enfiteuse sem cláusula que fixe o foro ou sem critério para se fixar". (Tratado de Direito Privado, tomo 18, pág. 89).

In casu, senão houvesse a atualização da pensão enfitêutica pelo senhorio, teria desaparecido a própria enfiteuse por perda de um requisito essencial, ou seja, o foro.

4º Diante da inflação galopante que atravessa o país, a ordem jurídica e a sociedade como um todo não podem ficar indiferentes, como de fato não ficam, face à corrosão do poder aquisitivo da moeda. Este fato faz desabar o princípio do nominalismo, ou do valor nominal, da moeda. Em consequência, recentemente a lei 6.899, de 08 de abril de 1981 mandou aplicar correção monetária sobre qualquer débito resultante de decisão judicial nas execuções, inclusive, de dívida líquida e certa.

A Egrégia 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, apreciando a apelação cível nº 33.839, aborda incidentalmente o problema da desatualização da moeda, fato inconteste e preocupação do nosso dia-a-dia. O Eminentíssimo Desembargador Milton dos Santos Martins foi candente em seu voto com relação ao problema. Diz textualmente o douto julgador:

"A esta altura, tenho até como atentório à dignidade da Justiça, depois de anos, embora a tolerância do atraso do pagamento, que venha o devedor consignar a moeda devida pelo valor nominal. É um verdadeiro absurdo, que violenta a comutatividade do contrato, afronta o bom senso, ofende os princípios elementares de Justiça, menospreza o processo, ignora o juiz".

5º Evidentemente, está-se diante da hipótese semelhante onde a petição inicial, pela proposta que faz, é, realmente, atentatória ao bom senso e a dignidade da justiça.

Tivesse a autora impugnado os critérios de atualização do foro ora cobrado, o processo seria discutível.

Entretanto, querer pagar Cr\$ 0,01 (hum centavo), de pensão anual é um absurdo que chega aos limites da "chacota" ou da piada de mau gosto.

A moeda, quando expressão de valor como medida de troca, tem necessariamente três elementos básicos; curso forçado, poder liberatório e poder aquisitivo. Ora, desaparecendo de uma determinação fração de unidade monetária o poder aquisitivo, deixam de existir, também, os outros dois requisitos, isto é, o curso forçado e o poder liberatório. Em outras palavras, o dinheiro inexistente em sua função econômica.

No caso, *sub judice*, a pretensão da autora de querer pagar em moeda sem poder aquisitivo esbarra contra fatos reais.

Dentro da nossa conjuntura econômica é impossível adquirir algo com a fração Cr\$ 0,01 (hum centavo).

Por esta mesma razão, tornar-se inviável a consignação desta fração monetária por ausência de valor ou a sua substituição dentro dos princípios da teoria do pagamento. Assim, a pretensa dívida de Cr\$ 0,01 (hum centavo) não pode ser substituída por uma prestação diversa como seria o caso da dação em pagamento. Enfim, Cr\$ 0,01 (hum centavo) inexistente como moeda real, e quem deve esta expressão nada deve.

6º Se Rizzo SA., insistir em sua tese, chegará forçosamente à conclusão de que não existe mais foro, e, conseqüentemente, desapareceu a enfiteuse por inexistência de um requisito básico, isto é, a pensão enfitêutica.

Teríamos, desta forma, a ocorrência de um comisso atípico.

Contudo, nada disto aconteceu, em razão de providência do senhorio que atualizou o foro. A atualização não implica em incerteza ou variação do foro. Ao revés, a conservação do valor nominal da pensão, diante de um quadro inflacionário violento, significa a incerteza e variação negativa proibida em lei.

Face ao exposto, espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL que V. Excia. julgue improcedente a ação, condenando-se a autora nas custas e honorários advocatícios.

Protesta por todo o gênero de provas em direito admitidos.

Nestes Termos
E. Deferimento

PORTO ALEGRE, 30 de abril de 1981.

BASE DE CÁLCULO DO ICM NAS REMESSAS INTERESTADUAIS CONTESTAÇÃO

REJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da ação ordinária que lhe move a Firma LUNDGREN IRMÃOS TECIDOS S/A., vem, pelo presente, em contestação dizer a Vossa Excelência o seguinte:

1. A Autora remete mercadorias — tecidos — da matriz estabelecida na Guanabara para filiais neste Estado.

Na origem, recolhe ICM correspondente ao valor da remessa ou saída da mercadoria, sendo a base de cálculo 75% deste valor, que, no caso, foi preço de venda a não contribuinte no estabelecimento da remetente.

No Estado destinatário, ao realizar nas filiais operações de vendas destas mercadorias, deve recolher o imposto, com dedução do que foi pago na origem.

Sucede que, em determinadas operações, sobre os preços anteriormente estabelecidos, a Autora, em virtude de exclusivos interesses de seu comércio, concede abatimento e descontos, fato que se reflete no cálculo do imposto.

Tal prática não foi aceita pela Fazenda Estadual, que determinou o estorno do crédito fiscal resultante do pagamento do ICM no Estado de origem na mesma proporção dos descontos concedidos de modo a manter a diferença (percentual de 25%) a favor do Estado do Rio Grande do Sul. E o fez com fundamento no art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68.

ARGUMENTOS DA AUTORA

a) Houve errôneo enquadramento no art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68, eis que a regra se aplica exclusivamente a casos em que as mercadorias têm preço uniforme em todo o país, como se verifica dos termos do Decreto-Lei citado.

b) Menciona interpretação da COTEP — Resolução nº 11 — que fixa entendimento quanto à base de cálculo a que se refere o art. 2º do Decreto-Lei nº 406/68.

c) Alega que o exato enquadramento do caso caberia no art. 2º, § 2º e item III, "b" do Decreto-Lei 406.

d) O entendimento do fisco estadual fere princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto, expresso no art. 3º, § 1º, do já aludido Decreto-Lei.

e) Inexiste princípio de Lei que obrigue o destinatário a tributar seu produto por valor diferente do preço de venda real ao consumidor no Estado do destinatário. O preço declarado na origem é meramente estipulativo, sem vinculação à obrigação fiscal. Daí a impossibilidade de se estornar créditos fiscais, visando a assegurar ao Estado destinatário a margem de 25%, a título de participação no tributo.

2. INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA CONTIDA NO DECRETO-LEI Nº 406/68.

"Art. 2º — A base de cálculo do imposto é:

§ 1º — Nas saídas de mercadorias para estabelecimento em outro Estado, pertencente ao mesmo titular ou seu representante, quando as mercadorias não devam sofrer, no estabelecimento de destino, alteração de qualquer espécie, salvo reacondicionamento e quando a remessa for feita por preço de venda a não-contribuinte, uniforme em todo o país, a base de cálculo será equivalente a 75% deste preço".

É clara a intenção do legislador: **equidade** na repartição dos tributos a fim de que os Estados destinatários não sejam prejudicados, proteção ao Estado economicamente mais fraco que fornece à operação o mercado consumidor.

A tese da Autora, no sentido da apropriação de todo o **crédito fiscal** consignado nas notas fiscais da sua Matriz relativo à transferência de mercadorias recebidas, tendo como base de cálculo do ICM a incidência integral deste tributo sobre 75% do preço de venda ao consumidor do Estado remetente — frustra a participação do Estado destinatário na repartição do tributo que, em consequência daquele expediente, seria recolhido inteiramente no Estado de origem, face aos abatimentos concedidos no local de destino das mercadorias. Haveria burla evidente ao princípio da repartição dos impostos.

Pois, sempre que a venda se efetuar com desconto sobre o preço da remessa, aceita a colocação da demandante, não obstante a previsão legal, inexistiria receita para o Estado destinatário. No caso, o Estado do Rio Grande do Sul receberia menos de 25% do total do tributo, e poderia até, se os descontos forem superiores a esta percentagem sobre o preço anteriormente previsto, nada receber.

3. Insiste a A. que o exato enquadramento da espécie cabe no inciso III, letra "b" do art. 2º, e seu § 2º do Decreto-Lei nº 406/68.

Não fundamenta, porém, a sua pretensão.

Nem poderia fazê-lo. É evidente que não tem aplicação o citado inciso III do art. 2º, que estabelece:

"Art. 2º — A base de cálculo do imposto é:

III — Na falta do valor na impossibilidade de determinar o preço aludido no inciso anterior.

b) Se o remetente for comerciante, o preço Fob estabelecimento comercial, à vista, em vendas a outros comerciantes ou industriais".

Para a aplicação do inciso III é necessário que fique caracterizada a inexistência de elementos para determinar o preço da mercadoria remetida. O dispositivo é claro, alude à **falta de valor ou impossibilidade de determinar o preço** . . .

O que, de modo algum, ocorre no caso dos autos.

De resto, a própria contribuinte (doc. nº 1), solicitada pelo fisco no processo administrativo nº 54.742/73, de Uruguiana, cujo auto de lançamento se pretende anular (fl. 31 dos autos), ao informar qual das modalidades previstas no Decreto-Lei nº 405 (art. 2º) foi utilizada para a realização de transferências do Estado da Guanabara para a filial de Uruguiana, confessa:

"Assim sendo, as mercadorias remetidas à filial ao preço de venda, não sofrendo no estabelecimento de destino qualquer modificação e não podendo jamais a signatária prever que esta ou aquela mercadoria, para não ficar encailhada, terá de sofrer redução no preço da venda, realiza as transferências do Estado da Guanabara para esta cidade, seguindo à risca as determinações legais a respeito ou, seja de acordo com o § 1º do art. 2º do Decreto-Lei nº 406/68".

4. A referência que faz à Resolução nº 11 da Cotepe, cujo teor transcreve a fls., é inútil para esclarecer ou alterar a posição jurídica da demandante.

5. O princípio da não-cumulatividade do ICM, atingido — na opinião da Autora — pelo entendimento da Fazenda Estadual, e configurado no caso dos autos, é tese invariavelmente contrariada nos arestos que são aqui trazidos à colação (cópias xerox anexas).

Em feito similar ao presente, assim se manifestou o Desembargador JÚLIO COSTA-MILAN ROSA, no despacho que indeferiu seguimento a Recurso Extraordinário, nos autos do Agravo de Petição nº 6.540, "in" Diário da Justiça de 19 de setembro de 1969:

"Vale o citado argumento expendido pelo venerando acórdão da 1ª Câmara Cível Especial: ao contrário do que se sustenta, não se configura, no caso, ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade do tributo.

A Fazenda do Estado não quer cumular o ICM, mas haver aquilo que a lei lhe autoriza a cobrar, no caso de mercadorias oriundas de outros Estados, ou seja, a parcela de 20% sobre o valor do tributo correspondente ao preço pelo qual a mercadoria foi aqui vendida (art. 10, § 2º, Decreto nº 18.389 e art. 53, § 2º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1965).

Tais dispositivos disciplinam a repartição do tributo, cabendo 80% para o Estado remetente e 20% para o destinatário da mercadoria e onde esta é vendida.

Manda a lei, para tornar efetiva a repartição do tributo, seja o ICM, no Estado remetente, calculado na base de venda do estabelecimento destinatário, no momento da remessa, diminuído de 20%.

Não pode, evidentemente, o contribuinte frustrar a repartição, com prejuízo do Estado destinatário, mediante descontos do seu puro arbítrio, ou fixação de preço fictício no ato da remessa, de modo que, na operação de compra e venda, nenhuma parcela do imposto seja recolhida à Fazenda do Estado destinatário".

6. PREÇO FICTÍCIO E PREÇO REAL

Quando das transferências das mercadorias para os estabelecimentos situados neste Estado, a Autora calculou e pagou o imposto sobre 75% do preço da venda a não-contribuinte na praça da remetente.

Este o preço fictício, **nominal** das mercadorias, eis que foi fixado apenas teoricamente.

Pois aqui, no Estado destinatário, efetivamente **vende**, oferece, **anuncia** sistematicamente com descontos em função dos interesses de seu comércio.

Tais interesses, revela a própria demandante em requerimento à Exatoria de Uruguaiana (doc. nº 1), dizem respeito a maior vendagem, influência da moda e estações do ano, e a fim de evitar o "encalhe" das mercadorias.

Tem-se que o preço **real**, é o resultante dos descontos e reduções, estabelecido para obter o resultado comercial desejado pela Autora.

Verificada a contradição entre o valor fictício, contingente, e o preço real de venda, não há como fugir ao reajustamento do crédito fiscal indevidamente adjudicado.

É que a Lei (art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68) cuida, precisamente, para que seja mantida a diferença de 25% do tributo devido ao Estado destinatário.

Dá a necessidade de se proceder ao estorno do crédito fiscal consignado nas notas fiscais de transferências da Matriz para as Filiais na proporção dos descontos concedidos visando a manter a percentagem de 25% no valor tributável devido em nosso Estado.

Como bem salienta o Desembargador JÚLIO COSTAMILAN ROSA, no despacho citado anteriormente:

"De acordo com os preceitos legais citados, tal percentagem é fixa para o Estado destinatário, mas não o é para o Estado remetente, pois a Lei, quanto a este, fixou apenas o máximo que poderá ser cobrado, enquanto a percentagem para aquele é inalterável."

Importantíssima, ainda, a observação quanto à possibilidade de que tenha havido recolhimento a mais no Estado remetente:

"A restituição deste tributo pago a mais deverá ser pedida lá, e não aqui sob a forma de compensação como pretende a requerente."

A JURISPRUDÊNCIA

A espécie, até o advento do Decreto-Lei nº 406/68, estava regulada pelo art. 53, § 2º, inciso II, assim redigido:

"Art. 53 — A base de cálculo do imposto é:

§ 2º — Na saída para outro estado, a base de cálculo definida neste artigo.

II — não pode exceder, nas transferências para estabelecimento do próprio remetente ou seu representante, o preço de venda do estabelecimento do próprio remetente ou seu representante, o preço de venda do estabelecimento destinatário, no momento da remessa, diminuído de 20% (vinte por cento) e ainda das despesas de frete e seguro." (com alteração introduzida pelo Ato Complementar nº 34, de 30 de janeiro de 1967).

O Decreto-Lei nº 406/68 nada de novo introduziu na regra supra transcrita, exceto o "quantum" que cabe ao Estado remetente e ao Estado destinatário na repartição do imposto. Pelo Código Tributário Nacional assistia ao Estado destinatário a percentagem de 20%, mais as despesas de frete.

Assim, a matéria foi apreciada pelo nosso Tribunal de Justiça, e pelo Supremo Tribunal Federal. Embora as decisões fossem proferidas sob a égide da lei anterior, delas se verifica a inteira coincidência com o ponto de vista manifestado pelo fisco estadual no presente feito, conforme demonstram as cópias xerox dos acórdãos anexos.

PORTO ALEGRE, 27 de outubro de 1976.

SENTENÇA

Vistos os autos.

LUNDGREN IRMÃOS TECIDOS S.A. ajuizou ação anulatória de débito fiscal contra o ESTADO.

Remetia mercadorias da matriz, estabelecida na Guanabara; para filiais no Rio Grande do Sul. Na origem, recolhia o ICM correspondente ao valor da remessa ou saída da mercadoria. A base de cálculo era 75% desse valor que, no caso, correspondia ao preço de venda, no estabelecimento remetente, a não contribuinte. No Estado destinatário, ao vender as mercadorias através das filiais, devia recolher o tributo, com dedução do pago na origem.

Em determinadas operações, a autora, em virtude de interesses próprios de seu comércio, concedia abatimentos e descontos sobre os preços anteriormente estipulados. O fato repercutia no cálculo do imposto. O Fisco estadual não aceitava essa prática. Demandava o estorno do crédito fiscal resultante do pagamento do ICM na Guanabara, na mesma proporção dos descontos concedidos pela autora, de maneira a manter a diferença, 25%, a favor do Rio Grande do Sul. Isso, com apoio no art. 2, § 1º, do Decreto-Lei 406/68. Mas o enquadramento da espécie nesse dispositivo legal era errôneo. A regra se aplicava exclusivamente aos casos em que as mercadorias tivessem preço uniforme em todo o território nacional. Era o que se constatava do exame do texto invocado. Aliás, a Resolução nº 11, da COTEPE, fixava tal entendimento quanto à base de cálculo referida no art. 2 do Decreto-Lei 406/68. Assim, a exata colocação do assunto estava no art. 2, § 2º, item III, "b", do diploma aludido. Ademais, o entendimento do Fisco rio-grandense feria o princípio constitucional da não cumulatividade do tributo, estabelecido no art. 3, § 1º, do Decreto-Lei mencionado. De outro lado, inexistia norma legal que obrigasse o destinatário da mercadoria a tributar o produto por valor diverso do preço da venda real ao consumidor, efetivada no Estado do destinatário. O preço declarado na origem era simplesmente estipulativo, desvinculado da obrigação fiscal. Por isso, impossível o estorno dos créditos fiscais, para assegurar ao Rio Grande do Sul a margem de 25% de participação no tributo.

O Estado contestou.

A lei visava à equidade na repartição do tributo, evitando prejuízos ao Estado destinatário. A apropriação de todo o crédito fiscal consignado nas notas fiscais da matriz, relativo à transferência de mercadorias, tendo como base de cálculo do ICM a incidência integral do imposto sobre 75% do preço de venda ao consumidor do Estado remetente — frustrava a participação do Estado destinatário. Em consequência, o tributo seria inteiramente recolhido no Estado de origem, face aos abatimentos concedidos no Estado destinatário.

Não tinha aplicação o inciso III, do art. 2, do Decreto-Lei 406/68. Para tanto, era necessário ficasse caracterizada a inexistência de elementos para determinação do preço da

mercadoria remetida. O dispositivo aludia, claramente, à falta de valor ou impossibilidade de determinar o preço. Isso não ocorria no caso.

A própria autora tinha admitido, administrativamente, que realizava as transferências do Estado da Guanabara para a filial de Uruguaiana seguindo à risca o § 1º, do art. 2, do Decreto-Lei 406/68.

A referência à Resolução nº 11, da COTEPE, era inútil ao esclarecimento do tema.

A opinião da autora tinha sido invariavelmente contrariada por copiosa jurisprudência.

Quando das transferências de mercadoria para estabelecimentos aqui situados, a autora calculou e pagou o imposto sobre 75% do preço de venda a não-contribuinte na praça do remetente. Este era o preço nominal da mercadoria, fixado teoricamente. No Estado destinatário, a autora realmente vendia, com descontos derivados dos interesses de seu comércio. O preço real, portanto, resultava dos descontos e reduções e era estabelecido para obtenção da vantagem comercial desejada pela autora.

Verificada a contradição entre o valor fictício e o preço real de venda, impunha-se o reajustamento do crédito fiscal indevidamente adjudicado. Daí a necessidade de se proceder ao estorno do crédito fiscal consignado nas notas fiscais de transferência da matriz para as filiais, na proporção dos descontos concedidos, visando a manter a percentagem de 25% no valor tributável devido ao nosso Estado.

O Ministério Público opinou pela improcedência da ação.

Em audiência, as partes reafirmaram seus pontos de vista.

É o relatório. Passo a decidir.

O Decreto-Lei 406/68 deu ao Estado destinatário da mercadoria, onde se vai efetivar a venda ao consumidor, o direito a 25% do ICM devido, considerado o preço real da operação mercantil. No caso, esse preço, que é o básico para o cálculo do tributo, é o correspondente ao da saída da mercadoria. Impossível, para tal finalidade, adotar-se o preço resultante de descontos e abatimentos concedidos pelas filiais aqui localizadas. A vedação tem como objetivo assegurar a repartição do imposto na percentagem legalmente estipulada. Assim, não se trata de cumulatividade, mas de partilha.

Corroborando a sucinta exposição supra, inúmeras decisões de nossa Superior Instância. Para sua aceitação, basta sublinhar que a disciplina legal do problema não foi modificada na sua substância. Apenas a percentagem tributária cabível a cada Estado — remetente e destinatário — é que foi alterada.

Portanto, os lançamentos constitutivos dos débitos fiscais ora impugnados merecem subsistir.

Face ao exposto, julgo improcedente a ação, para condenar a autora à satisfação das custas e dos honorários advocatícios de 15% do valor dado à causa.²

Intimem-se.

PORTO ALEGRE, 18 de abril de 1979.

Sergio Moura — Juiz de Direito.—

RAZÕES DO APELADO

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

RECURSO DA APELAÇÃO

APELANTE: LUDGREN IRMÃOS TECIDOS S/A
APELADO: O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RAZÕES DO APELADO

Os estabelecimentos filiais situados num Estado, que recebem, para revenda, mercadorias remetidas por matrizes situadas em outro, devem pagar ICM ao Estado destinatário onde as ditas filiais operam, segundo uma simples operação aritmética, fixada no § 1º, do art. 2º, do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, para cujo cálculo é indispensável respeito ao preço de saída da mercadoria no estabelecimento-matriz, sob pena de se estimular, por um lado, conflito fiscal entre Estados produtores e consumidores, ameaça ao princípio do federalismo, por outro, sonegação dos contribuintes.

MERITÍSSIMOS SENHORES:

Muito antes do CTN, muito antes do Decreto-Lei nº 406/68, quando o imposto de circulação de mercadorias recebeu sua disciplina ainda hoje em vigor, constituía questão de complicadíssimo equacionamento, a que serve de fundamento ao presente processo: A simples possibilidade de a política fiscal servir de entrave para a expansão das vendas, entre os Estados, ou de veicular arrecadações desproporcionais em favor das Unidades federadas com maior capacidade de produção e, conseqüentemente, reduzir o ingresso nos cofres dos Estados predominantemente compradores.

Já o saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO advertia, quando ainda o sistema tributário brasileiro obedecia às diretrizes da Constituição de 1946, e ao Decreto-Lei nº 915, de 1938:

"Do ponto de vista econômico, dado que o imposto de vendas, em geral, repercute sobre o consumidor, o critério do Decreto-Lei nº 915 faz com que os Estados produtores se beneficiem com o sacrifício fiscal de indivíduos domiciliados fora de seu território. Politicamente, esse resultado pode ter conseqüências detrimntosas para a unidade nacional, já que os Estados acabam por adquirir consciência de quanto isso se reflete sobre sua economia. Vários litígios de alguns Estados contra fábricas de cigarros, etc., domiciliadas noutros, revelam que o receio não é infundado. Os Estados prejudicados geralmente são os que exportam matérias-primas e entregam as cambiais à União, sujeitando-se aos preços elevados com que o protecionismo alfandegário favorece os Estados mais industrializados e beneficiados com o Decreto-Lei nº 915." (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, II volume, p. 640).

Tanto quanto era possível, o Decreto-Lei nº 406, no § 1º do seu art. 2º, aqui tão discutido, corrigiu tais distorções, mas, como se nota em toda a argumentação da ora apelante, ela insiste em voltar à confusão antiga, também verberada por FRANCISCO CAMPOS, antes do CTN e do Decreto-Lei nº 406:

"Implícita ou expressa, é consubstancial a ele (o autor se refere ao regime federativo) a regra de que nenhum dos poderes ou dos governos, de cuja associação se compõe a sua unidade, deve interferir nas atividades legítimas do outro, nem diretamente, nem por vias indiretas, oblíquas ou furtivas, poderá criar óbices, embaraços, tropeços ou empecilhos ao exercício das suas funções constitucionais, e, sobretudo, onerar, de qualquer maneira, diminuir ou destruir a eficácia dos meios ou instrumentos necessários ou adequados à ação dos seus órgãos na órbita constitucional da sua competência. Nenhum campo, porém, como o tributário, mais propício ao conflito de poderes, mais fértil em oportunidades para a concorrência prejudicial entre os governos, seja conscientemente orientada no mau sentido, e, portanto, desleal e ilícita, seja por motivo da fluidez ou da indeterminação da matéria tributária que, sendo a mesma e uma só, por mais precisamente que se recortem no mapa constitucional os contornos da sua divisão, comportará sempre a espécie esquiua e fugidia dos casos marginais, cuja ambigüidade dá lugar a que sobre eles se concentrem os fogos cruzados dos fiscos concorrentes." (Orçamento — natureza jurídica (...) Imposto sobre vendas e consignações — *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, 1963, 201: 47,48; grifos do apelado).

Foi exatamente no sentido de diminuir, senão eliminar essa "espécie esquiua e fugidia", essa "ambigüidade", que o CTN e o Decreto-Lei nº 406 foram promulgados. É claro que ainda resta muito por fazer — que o digam as tentativas de reforma tributária hoje objeto de todos os noticiários — mas que, quando da remessa de mercadorias de um para outro, tudo ficou muito mais detalhadamente previsto e disciplinado, também não resta a menor dúvida.

Quer à luz do contexto mais amplo da matéria em debate, vista acima de maneira muito sucinta, quer à luz do dispositivo legal cuja hipótese de incidência é inarredável, no

caso (§ 1º do art. 2º do Decreto—Lei nº 406/68), não deixa de causar certa estranheza a insistência da apelante com o seu método original de calcular o imposto dos produtos que recebe do Rio de Janeiro e negocia aqui no Rio Grande do Sul.

Toda a sua pregação, em que pese se estender por várias laudas, documentos, fontes bibliográficas e jurisprudência mais ou menos pertinente ao caso, se resume em uma frase:

A autora quer que o Rio Grande do Sul cobre o ICM que suas filiais daqui devem, não com base de cálculo que tome como referência o preço com que a mercadoria sai dos estabelecimentos-matriz no Rio de Janeiro, mas sim o preço — **ainda que inferior, ainda que com desconto** — pelo qual a mesma mercadoria é vendida aqui no Estado destinatário.

O quadro comparativo, abaixo, demonstra a que absurdos dito raciocínio pode conduzir: Admita-se que, independentemente da época, uma determinada mercadoria tenha saído do Rio de Janeiro a preço de 100, e a alíquota do ICM, tanto lá como aqui, fosse 15. Que essa mercadoria fosse remetida para uma filial do Rio Grande do Sul e, aqui, revendida, com o desconto dado pela mesma filial, a preço de 80. Que imposto é devido ao Estado do Rio Grande do Sul?

a) Segundo a autora apelante, levando-se em conta a interpretação que ela dá ao art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406 e sabendo-se que o ICM é um imposto não cumulativo, que permite ao contribuinte creditar-se do que já foi pago na operação anterior, pode-se concluir, em números singelos:

Preço RJ	Base de cálculo	Alíquota	Imposto devido
100	75%	15	11,25
Preço RS			
80	25%	15	3,00
Total			14,25

b) Segundo o R. apelado, levando-se em conta os mesmos dados tomados para a obtenção do ICM aqui devido:

Preço RJ	Base de cálculo	Alíquota	Imposto devido
100	75%	15	11,25
Preço RS			
100	25%	15	3,75
Total			15,00

Diferença entre o devido em "b" e o devido em "a": 0,75 . . .

Multiplique-se tal fator pelo número de mercadorias que todas as filiais das Casas Pernambucanas vendem, aqui no Estado, vindas da sua matriz, lá do Rio, e já ter-se-á uma idéia aproximada não só da extraordinária evasão fiscal que aí se obtém, em prejuízo do RS, como do extraordinário lucro que o apelante leva em cada operação.

Verdadeira concorrência desleal, "data venia", contra os demais contribuintes que calculem certo o imposto devido.

Dependendo dos créditos fiscais que a A. acumule no estabelecimento-matriz, ela acaba, segundo sua interpretação, e dependendo do preço que estabeleça para suas filiais, nunca pagando imposto nos Estados onde as últimas se localizem.

Às razões que o apelado ofereceu, em sua contestação, juntou ele a mais moderna orientação do próprio STF a respeito. A própria exposição de motivos do Decreto-Lei nº 406, porém, parece suficiente para desautorizar toda a tese sustentada pela ora apelante, de que pode tomar para base de cálculo do imposto devido aqui, preço de mercadoria inferior ao daquele com que a mesma sai do estabelecimento-matriz, noutro Estado.

No nº 11 daquela exposição, lê-se, entre outras coisas, observações pertinentes ao art. 2º do Decreto-Lei nº 406:

"O sistema ora proposto permite que o Estado de destino receba sempre o imposto sobre o valor acrescido em seu território, seja através das vendas a varejo, seja através da industrialização levada a cabo dentro de seus limites. A facilidade do sistema proposto consiste em que a base de cálculo nas remessas para outros Estados é sempre o preço no local de origem. Diga-se, de passagem, que todas essas dificuldades aparecem nas transferências de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular, porque nos demais casos existe sempre um preço fixado entre as partes."

É o que pede e espera seja, também, entendido por esse Egrégio Colegiado, negando-se provimento ao recurso da apelante, confirmada a sentença de primeiro grau.

PORTO ALEGRE, 20 de junho de 1979.

ACÓRDÃO

I.C.M.

Institucionalizado, constitucionalmente o Sistema Tributário Nacional, a interpretação e aplicação de leis tributárias aos fatos far-se-ão em consonância com a integralidade das normas disciplinadoras da relação jurídica de direito material.

Mercadorias oriundas de outros Estados.

Repartição do tributo.

Inconfiguração de ofensa ao princípio da não cumulatividade.

APELAÇÃO CÍVEL

1ª CÂMARA CÍVEL

Nº 33.658

PORTO ALEGRE

LUDGREN IRMÃOS TECIDOS S/A.,

APELANTE;

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

APELADO.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos os autos.

Acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, conforme as inclusas notas taquigráficas, improver a pretensão recursal contida na apelação cível, registrada sob o número 33.658, interposta por "Ludgren Irmãos Tecidos S/A." e apelado sendo o "Estado do Rio Grande do Sul".

Custas, ex lege.

Participou, também, do julgamento o eminente Desembargador TULIO MEDINA MARTINS.

PORTO ALEGRE, 11 de dezembro de 1979.

(a) CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR, Presidente.

(a) CRISTOVAN DAIELLO MOREIRA, Relator.

RELATÓRIO

Senhor Presidente — Como integrante desta, adoto o relatório de fls

LUNDGREN IRMÃOS TECIDOS S.A. ajuizou ação anulatória de débito fiscal contra o Estado.

Remetia mercadorias da matriz, estabelecida na Guanabara, para filiais no Rio Grande do Sul. Na origem, recolhia o ICM correspondente ao valor da remessa ou saída da mercadoria. A base de cálculo era 75% desse valor que, no caso, correspondia ao preço da venda, no estabelecimento remetente, a não contribuinte. No Estado destinatário, ao vender as mercadorias através das filiais, devia recolher o tributo, com dedução do pago na origem.

Em determinadas operações, a autora, em virtude de interesses próprios de seu comércio, concedia abatimentos e descontos sobre os preços anteriormente estipulados. O fato repercutia no cálculo do imposto. O Fisco estadual não aceitava essa prática. Demandava o estorno do crédito fiscal resultante do pagamento do ICM na Guanabara, na mesma proporção dos descontos concedidos pela autora, de maneira a manter a diferença, 25%, a favor do Rio Grande do Sul. Isso, com apoio no art. 2, § 1º, do Decreto-Lei 406/68. Mas o enquadramento da espécie nesse dispositivo legal era errôneo. A regra se aplicava exclusivamente aos casos em que as mercadorias tivessem preço uniforme em todo o território nacional. Era o que se constatava do exame do texto invocado. Aliás, a Resolução nº 11, da COTEPE, fixava tal entendimento quanto à base de cálculo referida no art. 2 do Decreto-Lei 406/68. Assim, a exata colocação do assunto estava no art. 2, § 2º, item III, "b", do diploma aludido. Ademais, o entendimento do fisco rio-grandense feria o princípio constitucional da não cumulatividade do tributo, estabelecido no art. 3, § 1º, do Decreto-Lei mencionado. De outro lado, inexistia norma legal que obrigasse o destinatário da mercadoria a tributar o produto por valor diverso do preço da venda real ao consumidor, efetivada no Estado do destinatário. O preço declarado na origem era simplesmente estipulativo, desvinculado da obrigação fiscal. Por isso, impossível o estorno dos créditos fiscais, para assegurar ao Rio Grande do Sul a margem de 25% de participação no tributo.

O Estado contestou.

A lei visava à equidade na repartição do tributo, evitando prejuízos ao Estado destinatário. A apropriação de todo o crédito fiscal consignado nas notas fiscais da matriz, relativo à transferência de mercadorias, tendo como base de cálculo do ICM a incidência integral do imposto sobre 75% do preço de venda ao consumidor do Estado remetente — frustrava a participação do Estado destinatário. Em consequência, o tributo seria inteiramente recolhido no Estado de origem, face aos abatimentos concedidos no Estado destinatário.

Não tinha aplicação o inciso III, do art. 2, do Decreto-Lei 406/68. Para tanto, era necessário ficasse caracterizada a inexistência de elementos para determinação do preço da mercadoria remetida. O dispositivo aludia, claramente, à falta de valor ou impossibilidade de determinar o preço. Isso não ocorria no caso.

A própria autora tinha admitido, administrativamente, que realizava as transferências do Estado da Guanabara para a filial de Uruguaiana seguindo à risca o § 1º, do art. 2, do Decreto-Lei 406/68.

A referência à Resolução nº 11, da COTEPE, era inútil ao esclarecimento do tema.

A opinião da autora tinha sido invariavelmente contrariada por copiosa jurisprudência.

Quando das transferências de mercadorias para estabelecimentos aqui situados, a autora calculou e pagou o imposto sobre 75% do preço de venda a não-contribuinte na praça do remetente. Este era o preço nominal da mercadoria, fixado teoricamente. No Estado destinatário, a autora realmente vendia, com descontos derivados dos interesses de seu comércio. O preço real, portanto, resultava dos descontos e reduções e era estabelecido para obtenção da vantagem comercial desejada pela autora.

Verificada a contradição entre o valor fictício e o preço real da venda, impunha-se o reajustamento do crédito fiscal indevidamente adjudicado. Daí a necessidade de se proceder ao estorno do crédito fiscal consignado nas notas fiscais de transferência da matriz para as filiais, na proporção dos descontos concedidos, visando a manter a percentagem de 25% no valor tributável devido ao nosso Estado.

O Ministério Público opinou pela improcedência da ação.

O Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, ao considerar legal a aplicação pelo Estado do Rio Grande do Sul do artigo 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68, ao exigir do manter da diferença tributável entre o preço originariamente determinado e não o adotado na venda pelo destinatário, tributáveis os descontos e abatimentos na venda final, reconhecer o direito do Estado em exigir o estorno de crédito inexistente a margem de 25% de diferença de preços, julgou improcedente a ação anulatória de débito fiscal ajuizada por LUDGREN IRMÃOS TECIDOS S/A., condenando a vencida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Irrresignada, apelou "Lundgren Irmãos Tecidos S/A.," argumentando, em síntese, ser a parcela do imposto devido ao Estado, independente dos descontos operados, a resultante da aplicação do respectivo coeficiente sobre a diferença entre os 75% do preço inicialmente indicado — utilizada para o pagar do imposto no estado de origem — e o preço real pelo qual efetuar a venda no estado destinatário, e não como assentara a sentença.

Contra-razões ofereceu o "Estado do Rio Grande do Sul". Invocou lições do Min. Aliomar Baleeiro (in "Uma Introdução À Ciência Das Finanças", 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, II vol., pág. 640) e de Francisco Campos (in Orçamento — natureza jurídica (. . .) Imposto sobre vendas e consignações — Revista Forense, RJ. 1963, 201:47, 48) destinadas a evidenciar a correta aplicação do art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68 e correta adequação do ato sentencial aos fatos, e ao Sistema Tributário Nacional.

Adversos à pretensão da apelante são as promoções do MP às fls. 555 a 569.

É o relatório.

VOTO

O DES. CRISTOVAN DAIELLO MOREIRA (RELATOR) — Senhor Presidente. Inegável é douts serem as argumentações articuladas por "Lundgren Irmãos Tecidos S/A.," ao deduzir a inicial e ao recorrer.

Mas a razão, legal e jurídica, não lhe assiste.

Preceitualiza o Decreto-Lei nº 406/68, em o parágrafo 1º, do artigo 2º :

"Nas saídas de mercadorias para estabelecimentos em outros Estado, pertencentes ao mesmo titular ou seu representante, quando as mercadorias não devem sofrer, no estabelecimento do destino, alteração de qualquer espécie salvo reacondicionamento e quando a remessa for feita por preço de venda a não contribuinte, uniforme em todo o país, a base de cálculo será equivalente a 75% deste preço".

Certo é incumbir à autora, apelante, como remetente da mercadoria ao Estado da Guanabara recolher o I. C. M. correspondente ao valor da remessa ou saída da mercadoria, servindo e atuando como base do cálculo 75% do valor, ou seja, in casu, o preço de venda a incontribuinte no estabelecimento da remetente.

Igualmente, exato é dever recolher a autora-apelante aos cofres públicos do Estado do Rio Grande do Sul, como destinatário, ao realizar nas filiais as operações de venda daquelas mercadorias, o imposto como dedução do já pago na origem.

A contravérsia surgiu porque a A., em algumas operações, em função dos seus interesses comerciais, sobre os preços anteriormente estabelecidos concedeu abatimentos e descontos, fato a, necessariamente, refletir-se no cálculo imposto.

E a fiscalização do I. C. M., ao inaceitar a operação, determinou o estorno do crédito fiscal resultante do pagamento do ICM no Estado de origem na mesma proporção dos descontos concedidos de modo a manter a diferença percentual de 25% em favor do Estado do Rio Grande do Sul.

Só infringido o sistema, a letra e a finalidade do estatuído no parágrafo 1º, do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 406/68 — poder-se-ia admitir pudesse a A. apelante, vender as mercadorias ao consumidor final, no estabelecimento destinatário, por valor tributável inferior ao seu preço de venda ao remetente declarado nas notas fiscais de "transferência" e, ainda, não fosse obrigada a estornar em sua escrita fiscal a diferença suficiente para manter sempre um percentual de 25% a favor do Estado destinatário.

Institucionalizado o "Sistema Tributário Nacional" (Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1969 — artigos 18 a 26 da Constituição Federal de 1969), a interpretação "deve ser baseada no espírito do sistema das concepções econômicas, culturais e morais dominantes na coletividade (Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, Vol. I, Tomo I, pág. 542).

Aliás, a exposição de motivos do Decreto-Lei nº 406, em o número 11, em relação ao artigo 2, elucida:

"O sistema ora proposto permite que o Estado de destino receba sempre o imposto sobre o valor acrescido em seu território, seja através das vendas a varejo, seja através da industrialização levada a cabo dentro de seus limites. A facilidade do sistema proposto consiste em que a base de cálculo nas remessas para outros Estados é sempre o preço no local de origem. Diga-se, de passagem, que todas essas dificuldades aparecem nas transferências de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular, porque nos demais casos existe sempre um preço fixado entre as partes".

Ademais, sob a perspectiva de aplicação a interpretação pretendida pela apelante conduziria, segundo salientou o apelado, aos resultados assinalados nas contra-razões da lavra do bel. Jacques Tavora Alfonsin: a)

Preço RJ	Base de cálculo	Alíquota	Imposto devido
100	75%	15	11,25
Preço RGS			
80	25%	15	3,00
			Total . . . 14,25

b) segundo o R. apelado, levando-se em conta os mesmos dados tomados para a obtenção do ICM aqui devido:

Preço RJ	Base de cálculo	Alíquota	Imposto devido
100	75%	15	11,25
Preço no RGS			
100	25%	15	3,75
			Total . . . 15,00

Diferença entre o devido em "b" e o devido em "a": 0,75".

À vista do enunciado e como o ICM é um imposto não cumulativo, permitindo ao contribuinte creditar-se do quantitativo pago na operação anterior, multiplicando-se o fator — 0,75 — diferença entre o devido em "b" e o devido em "a" — pelo número de mercadorias vendidas pelas filiais das Casa Pernambucanas, oriundas aquelas da matriz, deparar-se com significativa evasão fiscal em prejuízo do "Estado do Rio Grande do Sul", de par com o extraordinário lucro obtido em cada operação.

Com uma repercussão, ao ponto de, se conforme salienta o apelado "dependendo dos créditos fiscais que a A. acumule no estabelecimento-matriz, ela acaba, segundo sua interpretação, e dependendo do preço que estabeleça para suas filiais, nunca pagando imposto nos Estados onde as últimas se localizem".

A aceitação da tese da apelante implicaria em retornar ao ambíguo regime anterior ao Decreto-Lei nº 406, sobremodo ao disposto no parágrafo 1º, do artigo, verberado pelo insigne Francisco Campos em artigo, invocado pelo apelado, do teor seguinte:

"Implícita ou expressa, é consubstancial a ele (o autor se refere ao regime federativo) a regra de que nenhum dos poderes ou dos governos, de cuja associação se compõe a sua unidade, deve interferir nas atividades legítimas do outro, nem diretamente, nem por vias indiretas, oblíquas ou furtivas, poderá criar óbices, embaraços, tropeços ou empecilhos ao exercício das suas funções constitucionais, e, sobremodo, onerar, de qualquer maneira, diminuir ou destruir a eficácia dos meios ou instrumentos necessários ou adequados à ação dos seus órgãos na órbita constitucional da sua competência. Nenhum campo, porém, como o tributário, mais propício ao conflito de poderes, mais fértil em oportunidades para a concorrência prejudicial entre os governos, seja conscientemente orientada no mau sentido, e, portanto, desleal e ilícita, seja por motivo de fluidez ou da indeterminação da matéria tributária que, sendo a mesma e uma só, por mais precisamente que se recortem no mapa constitucional os contornos da sua divisão, comportará sempre a espécie esQUIVA e fugidia dos casos marginais, cuja ambigüidade dá lugar a que sobre eles se concentrem os fogos cruzados dos fiscos concorrentes." (Orçamento — natureza jurídica (...) Imposto sobre vendas e consignações — Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, 1963, 201: 47,48;

De resto a jurisprudência aduzida pelo apelado incide sobre a matéria uma vez que, salvo quanto a percentagem, o parágrafo 1º, do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 406/68, em nada mais inovou quanto ao que dispunha o artigo 53, parágrafo 2º, inciso II, do C.T.N., valendo para questão, desta maneira, o arestado pelo S.T.F., através da Primeira Turma, em o recurso extraordinário nº 74.882, deste Estado, e cuja ementa é: "I.C.M.

Repartição do tributo, sendo 80% para o Estado remetente e 20 para o destinatário. O preço que serve de base para o cálculo é o correspondente ao da remessa ou saída da

A apelante, em instância administrativa, afirmou aplicar o preceitualizado no artigo 2º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei nº 406/68. E compreende-se a impugnação, em juízo, da incidência do artigo 2º, parágrafo 1º do Decreto-Lei nº 406/68.

A argumentação, contudo, para desconstituir a pretérita posição, assumida na instância administrativa, não convence. Ab initio, por não indicar os "outros dispositivos pertinentes e disciplinadores dos fatos. E, afinal, contraditoriamente, apesar de sustentar a independência das instâncias administrativas e judiciárias, pretende subordinar-se a jurisdição (poder de julgar institucionalizado) a "doutrina nacional da 'COTEPE', intitulado 'como órgão habilitado para interpretar normativamente a aplicabilidade das normas de natureza tributária', e conforme aquele parágrafo 1º só se aplica nos casos de preços tabelados oficialmente".

Mas a "expressão" preços tabelados "é um mero elemento de referência", como assinala com propriedade Fernando Brockstedt: "Esclareça-se: a base de cálculo não é o valor da mercadoria, já que o imposto não incide sobre o patrimônio ou sobre bens estaticamente considerados, mas sobre as operações dinâmicas, de circulação; e nem é o preço das mercadorias ou da operação, já que este, como ensina Rubens Gomes de Sousa ("Parecer" de 19.4.68, in Ação Ordinária nº 45.172, da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública do T.J.R.G.S., de 1967) — "é um elemento do contrato de compra e venda, e a incidência do ICM não é restrita a operações que configurem esse ou qualquer outro negócio jurídico específico". Como se percebe, o elemento "preço" do contrato de compra e venda só aparece na lei quando a operação não tem "valor". O critério legal foi o de referir-se, assim, a valor, quando quer fazer alusão à grandeza econômica da própria operação, e a preço, quando alude a outras operações (preço corrente de outra mercadoria da mesma espécie ou similar; média ponderada dos preços FOB de outras mercadorias anteriormente vendidas, etc.), sendo o preço, assim, um mero elemento de referência.

Sujeita, além disso, a percuciente crítica formulada pelo douto publicista Fernando Brockstedt. "Com efeito: se existem preços uniformes em todo o País, não será, sob estes preços — preços de varejo, de venda a consumidor — que serão feitas as transferências, já que as filiais — receptoras efetuam, normalmente, vendas no atacado (a outros contribuintes). Não sabemos de exemplo — e nem a Comissão Técnica Permanente, COTEPE, da região geo-econômica centro-sul, com função opinativa sobre assuntos tributários, o encontrou — de mercadorias com preço uniforme em todo o País (como os medicamentos, cigarros, etc.) que sejam transferidos a "preço de venda a outros contribuintes In: "ICM — Comentários Interpretativos e Críticas — fls. 220 e 221.

O DES. TÚLIO MEDINA MARTINS — Sr. Presidente. Também nego provimento. A matéria é objeto de reiterada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

O SR. PRESIDENTE (DES. CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR) — Também nego provimento. V. Exa., com precisão, lembrou que desde a Emenda Constitucional nº 18 agora existe um sistema tributário que foi elevado à condição constitucional e regulado como

mercadoria, o preço real, e não aquele resultante de descontos concedidos pela filial (grifo apostado)".

Magistral é o conteúdo do acórdão da lavra do Des. Julio Costamilan Rosa, para arrear a imputação de violação ao princípio da não-cumulatividade, ao arestar:

"Ao contrário do que se sustenta, não se configura, no caso, ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade do tributo. A Fazenda do Estado não quer cumular o ICM, mas haver aquilo que a lei lhe autoriza a cobrar, no caso de mercadorias oriundas de outros Estados, ou, seja, a parcela de 20% sobre o valor do tributo correspondente ao preço pelo qual a mercadoria foi aqui vendida (art. 10, § 2º, dec. 10.389, e art. 53, § 2º, inciso II, da lei 5.172, de 25.10.66). Tais dispositivos disciplinam a repartição do tributo, cabendo 80% para o Estado remetente e 20% para o destinatário da mercadoria e onde esta é vendida. Manda a lei, para tornar efetiva a repartição do tributo, seja o I.C.M., no Estado remetente, calculado na base de venda do estabelecimento destinatário, no momento da remessa, diminuído de 20%; não pode, evidentemente, o contribuinte frustrar a repartição, com prejuízo do Estado destinatário, mediante descontos ao seu puro arbítrio, ou fixação de preço fictício no ato da remessa, de modo que, na operação de compra e venda, nenhuma parcela do imposto seja recolhida à Fazenda do Estado destinatário. Só as oscilações de preço, decorrentes de imposição do mercado, podem ser levadas em conta, sendo de frisar que o Estado tolera a redução do preço decorrente de fatores dessa ordem. O que não pode tolerar, como se acentuou, é que, fazendo a remessa por um preço que não corresponde ao real, venha o contribuinte, a final, pela concessão de descontos, como meio de ajustamento do preço, frustrar a participação do Estado destinatário na repartição do tributo, que teria, em consequência daquele expediente, sido recolhido, inteiramente, no Estado de origem. É certo que, da inexistência do preço tomado por base no Estado remetente, pode ter ocorrido recolhimento a mais, ou um indébito tributário. Mas a restituição do tributo pago a mais, deve, evidentemente, ser pedida lá e não aqui. Com a repartição do imposto, o legislador quis proteger o Estado economicamente mais fraco e que fornece à operação o mercado consumidor. Em tal linha de argumentação, poderia afirmar-se, como um dogma, assistir sempre ao Estado destinatário, em casos como o presente, o direito a uma percentagem mínima de 20% sobre o tributo devido, calculado sobre o preço real da venda, que nem sempre há de coincidir com o preço tomado por base no momento da remessa da mercadoria".

A independência das instâncias administrativa e judiciária não foi recusada na sentença. Mas defeso será negar a interdependência para os fins probatórios e formadores da convicção, ut possibiliza o artigo 131 do Código de Processo Civil.

Código Tributário Nacional. Este sistema tem de ser levado em consideração quando se for interpretar qualquer dispositivo do Código. Não se insular no sistema um dispositivo, qualquer que seja ele.

Apelação Crível nº 33.65B, de Porto Alegre — À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

INDICE

ADVOCACIA — impedimento temporário para exercer, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho — Parecer	171
ALFONSIN, Jacques Távora. Base de cálculo do ICM nas remessas interestaduais. Razões do apelado.	246
APOSENTADORIA E LEI PRAIERA, por Jorge Alberto Diehl Pires — Parecer nº 4.492/PGE.	109
APOSENTADORIA EM CARGO DIVERSO DO TITULADO, por Jorge Alberto Diehl Pires — Parecer nº 4.643/PGE.	113
ARZUA, Heron. Revogação de isenção de ICM — Parecer	175
ATUALIZAÇÃO DO FORO — Contestação, por Mário Martins Costa.	233
AUTARQUIA ESTADUAL — Remuneração de servidores, por Marisa Soares Grasi — Parecer nº 4.652/PGE.	135
AUXÍLIO PARA DIFERENÇA DE CAIXA, por Clarita Galbinski — Parecer nº 4.518/PGE.	121
AZEVEDO, Marília de Oliveira. Eletrificação rural — Parecer nº 4.529/PGE	197
BASE DE CÁLCULO DO ICM NAS REMESSAS INTERESTADUAIS — Contestação, por Rejane Brasil Filippi.	237
BASE DE CÁLCULO DO ICM NAS REMESSAS INTERESTADUAIS — Razões do apelado, por Jacques Távora Alfonsin	246
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. Pensão previdenciária — Parecer nº 4.552/PGE	159
BECKER, Verena Nygaard. Despesas de condomínio no comodato — Parecer nº 4.631/PGE.	143
BENS PÚBLICOS — Cláusula de inalienabilidade na venda, por Mário Nunes Soares.	83
CABRAL, Armando Henrique Dias. Natureza jurídica do vínculo do funcionário de fato	B7
CABRAL, Armando Henrique Dias. Dispensa de Licitação — Parecer nº 4.579/PGE.	127
CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE NA VENDA DE BENS PÚBLICOS, por Mário Nunes Soares	83
CASTRO, Sílvia La Porta de. Publicação de editais de falência — Parecer nº 5.624/PGE	149
CARTÃO DE CRÉDITO E ICM. Memorial, por Rejane Brasil Filippi.	225
CONDOMÍNIO. Despesas no comodato, por Verena Nygaard Becker — Parecer nº 4.631/PGE.	143
CONFIGURAÇÃO DE DOMINIALIDADE PRIVADA — Terrenos marginais ou reservados, por Eliana Donatelli de Moura — Parecer nº 4.640/PGE	153

COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE VENCIMENTOS, por Jorge Arthur Morsch — Parecer nº 4.663/PGE	115
COMPETÊNCIA CONCORRENTE — Denominação de próprio municipal, por José Hugo V. Castro Ramos — Parecer nº 4.612/PGE	191
COMPANHEIRA — Direito à pensão previdenciária, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer nº 4.552/PGE	159
COMODATO — Despesas de condomínio, por Verena Nygaard Becker — Parecer nº 4.631/PGE	143
COSTA, Mário Martins. Atualização do foro. Contestação	233
COUTO E SILVA, Almiro do. Direito adquirido a quinquênios e gratificações adicionais — Parecer nº 4.369/PGE	107
DESPACHANTE — Descredenciação no trânsito, por Eulália Maria de Carvalho Guimarães — Parecer nº 4.605/PGE	145
DENOMINAÇÃO DE PRÓPRIO MUNICIPAL, por José Hugo V. Castro Ramos — Parecer nº 4.612/PGE	191
DESCREDENCIAÇÃO DE DESPACHANTE DE TRÂNSITO, por Eulália Maria de Carvalho Guimarães — Parecer nº 4.605/PGE	145
DESPESAS DE CONDOMÍNIO NO COMODATO, por Verena Nygaard Becker — Parecer nº 4.631/PGE	143
DIREITO ADQUIRIDO A QUINQUÊNIOS E GRATIFICAÇÕES ADICIONAIS, por Almiro do Couto e Silva — Parecer nº 4.369/PGE	107
DIREITOS HUMANOS — As garantias constitucionais no direito francês, por Jean Rivero	11
DISPENSA DE LICITAÇÃO, por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer nº 4.579/PGE	127
ELETRIFICAÇÃO RURAL, por Marília de Oliveira Azevedo — Parecer nº 4.529/PGE	197
EFETIVAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS, por José Quadros Pires — Parecer nº 4.312/PGE	131
EFICÁCIA — Novas técnicas para controlar as normas jurídicas, por Mario G. Losano	27
ENFITEUSE. Atualização do foro. Contestação, por Mário Martins Costa	233
FALÊNCIA — Publicação de editais, por Sílvia La Porta de Castro — Parecer nº 4.624/PGE	149
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Impedimento temporário do magistrado para exercer a advocacia — Parecer	171
FILIPPI, Rejane Brasil. Cartão de crédito e ICM. Memorial	225
FILIPPI, Rejane Brasil. Base de cálculo do ICM nas remessas interestaduais. Contestação	237
FRANÇA, Odaci Rodrigues. Usucapião sem prova de domínio particular. Contestação	203
FUNCIONÁRIO DE FATO — Natureza jurídica do vínculo, por Armando Henrique Dias Cabral	87
GALBINSKI, Clarita. Auxílio para diferença de caixa — Parecer nº 4.51B/PGE	121

GALLICCHIO, Defrancisco. Incorporação da gratificação de representação. Contestação	217
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO FRANCÊS, por Jean Rivero	11
GRASSI, Marisa Soares. Remuneração de servidores de autarquia estadual — Parecer nº 4.652/PGE	135
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. Descredenciação de despachante de trânsito — Parecer nº 4.605/PGE	145
HÜLLEN, Renita Maria. Remuneração dos vereadores — Parecer nº 4.610/PGE	193
ICM — Base de cálculo nas remessas interestaduais. Contestação, por Rejane Brasil Filippi	237
ICM — Base de cálculo nas remessas interestaduais. Razões do apelado, por Jacques Távora Alfonsin	246
ICM — Cartão de crédito, por Rejane Brasil Filippi	225
ICM — Revogação de isenção, por Heron Arzua — Parecer	175
INATIVIDADE — Aposentadoria, por Jorge A. Diehl Pires — Parecer nº 4.492/PGE	109
INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. Contestação, por Defrancisco Gallicchio	217
JUNTA COMERCIAL — Visto instituído pela Lei nº 6.884/80, por Mercedes Moraes Rodrigues — Parecer nº 4.607/PGE	193
LEGALIDADE — Dispensa de licitação, por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer nº 4.579/PGE	127
LEI DO SILÊNCIO — Aplicabilidade. Ruídos excessivos ou incômodos, por Caio Lustosa — Parecer nº 4.64B/PGE	199
LICITAÇÃO — Dispensa, por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer nº 4.579/PGE	127
LOSANO, Mario G. Novas técnicas para controlar a eficácia das normas jurídicas	27
LUSTOSA, Caio. Ruídos excessivos ou incômodos — Parecer nº 4.648/PGE	199
MAGISTRADO — Impedimento temporário para exercer a advocacia, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho — Parecer	171
MORSCH, Jorge Arthur. Competência para fixação de vencimentos — Parecer nº 4.663/PGE	115
MOURA, Eliana Donatelli de. Terrenos marginais ou reservados — Parecer nº 4.640/PGE	153
NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO DO FUNCIONÁRIO DE FATO, por Armando Henrique Dias Cabral	87
NORMAS JURÍDICAS — Novas técnicas para controlar a eficácia, por Mario G. Losano	27
NOVAS TÉCNICAS PARA CONTROLAR A EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS, por Mario G. Losano	27
PENSÃO PREVIDENCIÁRIA, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer nº 4.552/PGE	159
PIRES, José Quadros. Efetivação de servidores públicos — Parecer nº 4.312/PGE	131

PIRES, Jorge Alberto Diehl. Aposentadoria em cargo diverso do titulado — Parecer nº 4643/PGE.	113
PIRES, Jorge Alberto Diehl. Aposentadoria e Lei Praieira — Parecer nº 4.492/PGE .	109
PROVENTOS — Auxílio para diferença de caixa, por Clarita Galbinski — Parecer nº 4.518/PGE.	121
PROVENTOS — Incorporação da verba de representação. Contestação, por Defrancisco Gallicchio.	217
POLUIÇÃO SONORA — Ruídos excessivos ou incômodos, por Caio Lustosa — Parecer nº 4.648/PGE.	199
PUBLICAÇÃO DE EDITAIS DE FALÊNCIA, por Sílvia La Porta de Castro — Parecer nº 4.624/PGE	149
OÚINOÛÊNIOS E GRATIFICAÇÕES ADICIONAIS — Direito adquirido, por Almiro do Couto e Silva — Parecer nº 4.369/PGE.	107
RAMOS, José Hugo V. Castro. Denominação de próprio municipal — Parecer nº 4.612/PGE.	191
REMUNERAÇÃO DOS VEREADORES, por Renita Maria Hüllen — Parecer nº 4.610/PGE.	193
REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES DE AUTAROUIA ESTADUAL, por Marisa Soares Grassi — Parecer nº 4.652/PGE.	135
REPRESENTAÇÃO: Incorporação da verba de. Contestação, por Defrancisco Gallicchio	217
REVISÃO DE PROVENTOS — Auxílio para diferença de caixa, por Clarita Galbinski — Parecer nº 4.518/PGE	121
REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO, por Heron Arzua — Parecer	175
RIVERO, Jean. As garantias constitucionais dos direitos humanos no direito francês	11
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. Visto instituído pela Lei nº 6.884/PGE.	193
RUÍDOS EXCESSIVOS OU INCÔMODOS, por Caio Lustosa — Parecer nº 4.648/PGE	199
SÁ, Ney. Terra públicas — Parecer nº 4.674/PGE	101
SERVIDÃO ADMINISTRATIVA — Terrenos marginais ou reservados, por Eliana D. de Moura — Parecer nº 4.640/PGE	153
SERVIDORES DE AUTAROUIA ESTADUAL — Remuneração, por Marisa Soares Grassi — Parecer nº 4.652/PGE	135
SERVIDORES PÚBLICOS — Efetivação, por José Quadros Pires — Parecer nº 4.312/PGE.	131
SOARES, Mário Nunes. Cláusula de inalienabilidade na venda de bens públicos. . . .	83
TEMPO DE SERVIÇO — Direito adquirido a quinquênios e gratificações adicionais, por Almiro do Couto e Silva — Parecer nº 4.369/PGE	107
TERRAS PÚBLICAS, por Ney Sá — Parecer nº 4.674/PGE.	101
TERRENOS MARGINAIS OU RESERVADOS, por Eliana Donatelli de Moura — Parecer nº 4.640/PGE	153
VENCIMENTOS — Competência para fixação, por Jorge Arthur Morsch — Parecer nº 4.663/PGE.	115

VENDA DE BENS PÚBLICOS — Cláusula de inalienabilidade, por Mario Nunes Soares	83
VEREADORES — Remuneração, por Renita Maria Hüllen — Parecer nº 4.610/PGE	193
VISTO INSTITUÍDO PELA LEI Nº 6.884/80, por Mercedes de Moraes Rodrigues Parecer nº 4.607/PGE	193
USUCAPIÃO SEM PROVA DE DOMÍNIO PARTICULAR. Contestação, por Odaci Rodrigues França	203

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