

REVISTA
DA
PROCURADORIA-
-GERAL
DO ESTADO



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

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	Porto Alegre	v. 11	nº 30	p. 1 a 207	1981
------	--------------	-------	-------	------------	------

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.

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 Wackeritt (Secretária Executiva)

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

SUMÁRIO

DOCTRINA

B. W. DUFWA	Responsabilidade da indústria farmacêutica	11
LÉLIO CANDIOTA DE CAMPOS	A atividade econômica do Estado	19
RUY BARBOSA NOGUEIRA	A política fiscal e a reformulação do imposto sobre produtos industrializados	37
VERENA NYGAARD BECKER	Limitações urbanísticas à propriedade	47

PARECERES

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Enfiteuse — Parecer nº 4.564/PGE	59
JORGE ALBERTO DIEHL PIRES	Oitocinquênios da magistratura — Parecer nº 4.592/PC	75
ARMANDO HENRIOUE DIAS CABRAL	Desqualificação de licitante — Parecer nº 4.556/PGE	79
CLARITA GALBINSKY	Registro profissional — Parecer nº 4.507/PGE	83
ANA MARIA FERRUGEM DE OLIVEIRA	Direito adquirido à aposentadoria — Parecer nº 4.313/PGE	87
MARISA SOARES GRASSI	Revisão de proventos — Parecer nº 4.620/PGE	91
SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO	Dispensa de licitação — Parecer nº 4.614/PGE	99
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Permuta de imóveis — Parecer nº 4.380/PGE	107
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Pensão por morte em acidente de trabalho — Parecer nº 4.563/PGE	113
JOSÉ QUADROS PIRES	Gratificação por aulas excedentes — Parecer nº 4.621/PGE	117

ARNOLDO WALD	Modificações estatutárias do direito de recesso — Parecer	123
ASSUNTOS MUNICIPAIS		
JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Concessão ou permissão de trans- porte coletivo — Parecer nº 4.557/ PGE	139
RENITA MARIA HÜLLEN	Desmembramento de área munici- pal — Parecer nº 4.508/PGE	145
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza — Parecer nº 4.593/PGE	151
TRABALHOS		
NEY SÁ	Conversão da licença-prêmio em pe- cúnia — Arguição de inconstitucio- nalidade	159
CIRIO C. HARTMANN	Mandado de segurança contra deci- são judicial	173
REJANE BRASIL FILIPPI	Acordo internacional e isenção do ICM	183
DEFRANCISCO GALLICCHIO	Diferenças de proventos pedidas em rescisória. Contestação	191

DOCTRINA

LEGISLAÇÃO DA RESPONSABILIDADE RELATIVA A PRODUTOS FARMACÊUTICOS A EXPERIÊNCIA SUECA

B. W. DUFWA
Professor na Faculdade de Direito
Universidade de Estocolmo, Suécia
Professor na Faculdade de Direito da Universi-
dade de Estocolmo, Suécia

1. Apesar de ser função primordial das drogas curar as pessoas, elas infelizmente também podem ter a capacidade de prejudicá-las. Quando isto ocorrer, poderá recair uma obrigação de ressarcimento do dano sobre o fabricante ou distribuidor do medicamento. Este fato é geralmente denominado de responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos.

O termo "responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos"¹, também inclui a responsabilidade de pagar prejuízos por parte de produtores e distribuidores de outros produtos que não drogas. Por detrás disto poder-se-ão encontrar problemas legais que são difíceis de controlar. Não se pode de imediato fazer produtores e distribuidores responsáveis por todos os prejuízos causados por seus produtos. Devem ser criados limites para sua responsabilidade. Mas quais? Os advogados de todas as partes do mundo estão preocupados em encontrar as restrições adequadas.

Na discussão referente à responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos, as drogas têm um papel importante. De fato, elas tornaram o debate em torno deste assunto uma questão de urgência a toda prova. O que primeiramente havia sido somente uma suspeita, tornou-se uma cruel realidade com a catástrofe da talidomida ao final da década de cinqüenta. Descobriu-se que produtos de pouca importância, longe de seus fabricantes, podiam causar danos terríveis em todo o mundo. O presente trabalho teve seu ponto de partida nesta experiência amarga.

2. Quando surgem problemas de um tipo inédito, nem sempre se pode esperar que eles se enquadrem perfeitamente nas leis existentes, ou que normas gerais possam resolver situações desiguais. Este foi o caso quando a responsabilidade relativa a produtos de fabricantes e distribuidores farmacêuticos foi posta em evidência. Pelo que se sabe, nenhum país do mundo tinha quaisquer leis especiais concernentes à responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos, e, portanto, nenhuma legislação neste campo, quando ocorreu a catástrofe com a talidomida. A regra, com a qual os difíceis problemas que tinham surgido poderiam ser delineados, era a assim chamada "regra da responsabilidade por negligência"²; o ressarcimento somente é pago se a vítima puder provar que o dano foi causado

(1) N. T. em inglês product liability

(2) N. T. em inglês "negligence rule"

Tradução de "Product liability legislation; general problems and techniques; the Swedish experience", com autorização do autor, por Henriqueta von Wackerritt.

devido à negligência. Na maioria dos países, entretanto, há exceções a esta regra, pela aplicação dos princípios da responsabilidade objetiva, segundo a qual a negligência não precisa ser provada.

A questão referente à responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos, tomada em conjunto, era principalmente baseada na pergunta se a regra da responsabilidade por negligência poderia ser mantida, ou se algum tipo de responsabilidade objetiva poderia servir na nova situação. A solução deste problema foi aplicada, mas o critério de negligência foi muitas vezes considerado tão rígido que era difícil distinguir a negligência da responsabilidade objetiva. Em alguns países a medida tomada foi a de aplicar uma genuína responsabilidade objetiva relativa a drogas.

3. Durante os anos sessenta e setenta, a responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos foi alvo de interesse constante em todo o mundo. Não obstante, os governos não intervieram na extensão do que seria esperado. Somente alguns países têm atualmente leis especiais concernentes ao assunto. Pelo menos do ponto de vista jurídico, isto é muito interessante. Qual a explicação deste fato?

Há muitas explicações viáveis para este fenômeno, e é impossível generalizar. As condições podem variar de forma significativa em países diferentes. Como é sabido, por exemplo, os sistemas jurídicos de alguns países são mais baseados em normas criadas pelos tribunais, ao contrário do que acontece em outros, e logicamente a transição para a lei é mais dificultada para eles. Além disso, a resistência à lei pode ser mais poderosa em um país do que em outro. Mas se se deixar estas divergências fora de consideração, torna-se possível encontrar diversas explicações do motivo por que a lei nesta esfera tem tido tão pouco sucesso.

3.1 Um fator, e talvez seja o mais importante para países europeus, pode ser encontrado no desenvolvimento internacional do campo em questão. Em outubro de 1976, o Conselho da Europa³ estabeleceu uma convenção acerca da responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos referente a danos pessoais e morte, que introduz o conceito de responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos. O trabalho da convenção começou em 1972.

Há também um projeto elaborado no EEC que se encaminha na mesma direção, na espera, entretanto, de aprovação final do referido EEC. Em muitos países europeus, o legislativo vem esperando pela finalização de todos estes trabalhos. Isto significa que também países filiados ao EEC talvez ainda estejam esperando tais soluções.

A referência ao trabalho que é feito no Conselho da Europa e no EEC não é, no entanto, suficiente como explicação, pois há países fora da Europa que foram relutantes em aprovar leis de responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos, e os legislativos euro-

(3) N. T. em inglês The Council of Europe

peus se mostraram tão hesitantes antes dos projetos do EEC e do Conselho da Europa mencionados acima, quanto tinham estado quando o trabalho iniciou.

3.2 Uma outra explicação, que deve ter sua validade acolhida, é a de que o trabalho feito pelos tribunais foi julgado como mais apropriado do que a legislação. Os tribunais são, de acordo com as colocações feitas, independentes, e podem, portanto, efetuar mudanças mais facilmente do que o legislativo, que é mais dependente de condições políticas.

Mas as modificações feitas pelos tribunais são limitadas; através da legislação adquire-se clareza e compreensão. Além do mais, pode-se ajustar melhor o novo sistema de indenização a outros sistemas que porventura existam no país. Numa área complexa, tal como a que se refere à responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos, a legislação se torna, portanto, realmente necessária, pelo menos quando se quer realizar mudanças mais radicais.

3.3 Uma outra explicação do motivo de a legislação ter tão pouco sucesso no campo da responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos pode simplesmente residir no fato de que em alguns países as leis existentes são consideradas suficientes. De acordo com esta posição, os tribunais têm feito uma invasão nas leis gerais de outros campos: por que então não teriam eles sucesso também neste?

O que se deseja alcançar com tais considerações é a possibilidade de usar e fazer exceções à regra da responsabilidade por negligência. Mas esta não é o ponto de partida ideal quando se está discutindo leis de responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos. Ela foi criada em virtude de um relacionamento individual entre duas partes. No caso específico da responsabilidade relativa a drogas, temos várias partes de cada lado: aqueles que podem ser responsáveis (tais como, produtores, atacadistas, varejistas e importadores) e as vítimas (compradores e outros). A regra da responsabilidade por negligência tem dificuldades óbvias com referência a tal situação. Ela pode ser adequada a uma ou a diversas destas relações individuais. Mais tarde, em outro julgamento, ela poderá ser aplicada a outro relacionamento. Mas uma solução definitiva, onde todas as conseqüências são tratadas, requer uma legislação; ela não pode ser efetuada através dos tribunais.

O mesmo é verdadeiro no que tange à responsabilidade objetiva. O tribunal pode, é claro, ajustar a situação particular do caso através do uso desta teoria. Mas muitas outras relações continuam necessitando de legislação. Para se adquirir uma harmonia entre todas as relações possíveis, necessário se torna confiar na legislação.

Pode mesmo ser afirmado que não é sem perigo confiar em uma política de indenização fundada na abordagem "uma-questão-por-vez" dos tribunais. Tal forma de criação de leis pode se tornar muito dispendiosa para a sociedade considerada como um todo. Para as partes envolvidas, a situação dúbia pode também ser bastante cara.

3.4 Na Suécia encontrou-se o seguinte argumento alguns anos atrás. Se analisarmos cuidadosamente os acidentes causados por drogas, ver-se-á que a maioria deles já se encontra coberta por esquemas de indenização existentes, tais como seguro social, seguro particular, indenização industrial, seguro de trânsito, e assim por diante. Portanto, não há *necessidade* real para intervenção da legislação. A situação pode ser, e freqüentemente é, diferente em outros países.

Na Suécia, todos os danos pessoais são cobertos com seguro social. Desta forma, todas as partes que sofreram danos recebem *alguma* indenização, mas no caso de uma lei de responsabilidade civil extra-contratual a fim de conseguir indenização integral de um dano causado por um produto farmacêutico, deve haver um esquema especial de indenização. Muitas vezes é isto que ocorre (veja abaixo), mas nem sempre. Poderá ser argumentado que seria injusto deixar estes danos sem indenização, permanecerem onde estão, isto é, sem a interferência da legislação.

3.5 Muito mais difícil de ser respondido foi o argumento que foi chamado na controvérsia internacional de "argumento banheira"⁴. Porque é muito mais fácil conseguir indenização se alguém se machucou no trânsito, do que em sua banheira? Em relação a drogas; por que deveria ser mais fácil receber indenização quando a pessoa se prejudica por causa de drogas, do que quando ela se fere em sua banheira?

Sem dúvida, é dada uma certa prioridade a alguns danos, quando se trata de indenização. Isto acontece em todo o mundo. A esta categoria pertencem aqueles danos que ocorrem no trabalho e na estrada. Na Suécia nesta categoria também são incluídos aqueles danos causados por tratamento médico e por crimes. Em todos estes casos, a vítima recebe indenização na medida em que esta não estiver coberta por outras fontes (como por exemplo seguro social) diretamente de um esquema indenizatório, sem ser forçado a provar a negligência.

A autoridade sueca em leis sobre indenização, Professor Jan Hellner, afirmou em um artigo publicado em 1972, que o argumento da banheira foi respondido de diferentes formas. Uma seria que acidentes de trânsito, por causa de seu número e alcance, são um problema social e devem, portanto, ser tratados de uma maneira especial. Uma outra forma seria que, se alguém não tiver recursos para pagar todos os danos, *algumas* restrições devem ser feitas. A controvérsia sueca pendeu para o lado de que um risco maior deveria impor um direito maior à indenização.

Nenhuma destas respostas é, entretanto, satisfatória. É, e continuará sendo, inexplicável que a sociedade confira prioridade a danos conforme sua origem. Danos são, e sempre serão, um problema de ordem social e humanitária. A justiça exige que todos os danos sejam tratados da mesma maneira. Se é válido fazer reduções a nível de indenização, elas devem ser feitas através do conselho. Pode-se até ir além. Há hoje uma diferença en-

(4) N. T. em inglês "bathtub argument"

tre dano e doença. Danos são, apesar de ocorrerem menos freqüentemente do que doenças, indenizados de modo bem mais generoso do que elas. Isto ocorre porque uma lei importante em relação a danos diz que a vítima deve ser colocada na mesma situação em que ela estava antes da ocorrência do acidente; portanto, deverá haver indenização integral. Não existe tal regra em relação à indenização por doença, pois aqui não há a figura do transgressor. Por que o dano e a doença são indenizados de forma diferente? Do ponto de vista social e humano, os resultados de ambos são os mesmos. Se se quiser opor às incongruências dos sistemas de indenização, pode-se perfeitamente reclamar o fato de que os danos causados por drogas não deveriam merecer prioridade em relação à indenização, e, portanto, não deveriam ser objeto de uma legislação especial.

De qualquer modo, os fatos, particularmente os políticos, nos mostram que um nivelamento mais radical da indenização por dano e por doença será certamente muito difícil de alcançar a curto prazo. Tudo isto é uma questão concernente a dinheiro, mas talvez, também, relativa a emoções. A verdade é que as pessoas se aborrecem pelo fato de que alguém, que está enfermo, é prejudicado por um tratamento a que está sujeito para ser curado. Os políticos responsáveis pelas leis são sabedores disto. Na Suécia, aqueles que estão no poder acharam, por isso, politicamente oportuno no início dos anos setenta, iniciar um sistema indenizatório voluntário, baseado no seguro, por danos causados por tratamento médico.

Quando isto foi feito, tornou-se difícil negar aqueles que foram prejudicados por drogas a mesma possibilidade de receber indenização. Isto não era uma questão só de fato mas, sim, de técnica. A experiência com estes seguros para tratamento médico mostrou que foi difícil manter um limite rígido entre as duas áreas em questão; algumas vezes não se sabe se o dano é oriundo de uma droga ou de outra forma de tratamento médico.

4. A 1º de julho de 1978 entrou em vigor na Suécia um sistema de seguros concernentes a danos causados por medicamentos. Este esquema foi efetuado em conjunto por fabricantes e importadores de drogas, assim como de companhias de seguro. Seria um exagero dizer que o trabalho foi feito voluntariamente. Ele foi realizado com a "ajuda" do Legislativo, que em março de 1976 propôs um Ato de Indenização por Dano devido a Medicamentos⁵. O sistema do seguro foi feito a partir desta proposta. Se o sistema não tivesse sido criado, o ato proposto transformar-se-ia provavelmente em lei. Assim, na realidade, o acordo de seguro foi estabelecido em resposta a ameaças da legislação.

O acordo de seguro, cuja finalidade é indenizar na medida em que outras fontes (tais como seguro social) não o fazem, é financiado pelos fabricantes e importadores de drogas. Este sistema indenizatório, assim como o ato proposto, expressa uma abordagem bastante radical a problemas de responsabilidade por produtos. A falha não precisa ser provada a fim de que seja recebida a indenização do seguro. A vítima também não precisa

(5) N. T. Act on Compensation for Injuries due to Medicines

mostrar que havia um defeito no produto. Em consequência, prejuízos causados devido a mudanças em medicamentos que ocorreram depois de terem sido fornecidos, ou devido a ações de terceiros, são normalmente indenizados pelo sistema; assim, por exemplo, a indenização será dada se um médico interpreta de forma errônea o estado de um paciente e em consequência prescreve a droga errada. Como poderia uma tão severa responsabilidade ser justificada?

A idéia fundamental era que o Estado coloca as drogas sob rígido controle, mas, ao mesmo tempo, aprovando-as, assume riscos incalculáveis. Sob estas circunstâncias, o Estado também tem o dever de tomar medidas, no sentido de que, pelo menos danos mais sérios devido a medicamentos, fossem indenizados integralmente. Desta forma, também o Estado iniciou o sistema voluntário de seguros.

Mais importante, contudo, como uma explicação da severa responsabilidade, que na Suécia é atribuída a produtores e importadores de drogas, são as condições econômicas do campo das mesmas. Pressupunha-se que estas condições seriam capazes de permitir uma responsabilidade comparativamente de longo alcance. A queda foi alta. A colocação do preço foi controlada pelo público. E uma grande parte dos custos foi assumida pelo seguro social e por aqueles que eram responsáveis pelo serviço médico público; o que restou não representava grande parte da soma total.

As outras considerações a favor da responsabilidade conjunta de fabricantes e importadores de drogas foram as seguintes: quando se achava que um prejuízo era proveniente de uma droga, muitas vezes era difícil decidir se isto era verdadeiro, ou se a origem não era a enfermidade propriamente dita. O consumidor freqüentemente fazia uso de várias drogas; a dificuldade em decidir qual delas havia causado o prejuízo era evidente. Drogas diferentes podem ter os mesmos efeitos secundários. Estas circunstâncias foram colocadas afirmando-se que uma responsabilidade conjunta era necessária para fazer um "efetivo" acordo de seguro.

Uma questão importante, ao estabelecer-se um novo esquema indenizatório, são seus efeitos na prevenção de acidentes. Muitos advogados pensam que as leis de indenização deveriam impedir as pessoas de agir de uma determinada forma que poderia causar danos a outros ou a si mesmos. Se as normas nos dizem que, tendo causado danos, teremos que pagar os prejuízos, se fomos negligentes, então evitaremos sermos negligentes. De qualquer forma, é discutido no debate internacional o papel restritivo das leis de indenização. O objetivo principal para as leis de indenização deve ser, muitos dizem, de pagar os prejuízos, e esta finalidade não pode ser alcançada detalhadamente de maneira que a prevenção de acidentes possa sempre ser levada em conta. Visualizado em um todo, não é bem claro que as leis de indenização tenham qualquer efeito preventivo no comportamento das pessoas. A atitude na Suécia, em relação à possibilidade de normas de responsabilidade civil extra-contratual, para serem arroladas em prevenção de acidentes, tem sido cética. Portanto, não foi surpresa que o legislativo, na Lei publicada em março de 1976, posicionou-se afirmando que o controle do processo de fabricação de drogas era tão rigoroso

na Suécia, que o sistema proposto de indenização não teria quaisquer efeitos negativos em prevenção de acidentes.

Há poucos anos, entraram na discussão os argumentos econômicos sobre prevenção de acidentes. O melhor método de fixar os custos, diz-se, é fazer as pessoas pagarem pelo que aproveitam ou fazê-las pagar pelos custos que elas efetuaram. Isto realiza o valioso serviço de reduzir os custos dos acidentes. Se o custo do prejuízo feito por uma atividade é cobrado desta atividade, e, portanto, refletiu no preço dos produtos, isto tenderá a melhorar a fixação de recursos.

As idéias parecidas com as descritas eram discutidas sob o título de "impedimento geral". De acordo com o criador desta teoria, Professor Guido Calabresi, apesar de que tudo que está no nosso alcance é conjecturar sobre os riscos ou benefícios ao introduzir uma nova droga, ainda é possível montar um sistema que premiará os lucros ou benefícios de uma suposição correta da pessoa ou atividade que está melhor adequada a fazer a conjectura, e deixar os custos ou perdas recaírem na mesma pessoa ou atividade se a conjectura é errada. Em um sistema como o sueco, Calabresi deixaria cada fabricante ou importador assumir a responsabilidade por suas próprias drogas. Isto seria possível na medida em que, depois de a vítima ter recebido a indenização, o seguro reclamaria a soma designada do fabricante ou distribuidor que causou o prejuízo. De qualquer forma, o sistema sueco não reconhece este método. A responsabilidade dos fabricantes e importadores é conjunta. O sistema de taxação do prêmio de seguro é constituído em um sistema de rodízio. Isto significa que erros feitos pelo fabricante de barbitúricos são também pagos pelo produtor de pílulas anticoncepcionais.

Esta situação é típica do que está acontecendo na lei de indenização da Suécia. Pode-se duvidar sobre a integridade de um desenvolvimento onde cada um é responsável por si, onde o preço não reflete portanto os custos reais de uma atividade. No mercado de drogas este desenvolvimento entra em conflito com as opiniões gerais, em cujas bases estão estruturadas empresas privadas.

A estrutura do sistema de seguros de drogas na Suécia é efetuada de forma tal, que é difícil explicar suas características em termos de responsabilidade civil extra-contratual. Ao invés disso, deve ser dito que, em muitos aspectos, o sistema referido contém características distintas do seguro social.

5. Esta observação nos leva a outra, que é ligada ao desenvolvimento inteiro no campo da indenização na Suécia.

O papel da lei de responsabilidade civil extracontratual diminuiu rapidamente durante os últimos anos na Suécia. Este é o caso especialmente em relação a prejuízos pessoais. O seguro social se expandiu, e vários sistemas de seguros coletivos foram criados. Por exemplo, um empregado de renda média, que é prejudicado, muitas vezes recebe indenização

integral pela perda da renda. A responsabilidade por produtos, então, nem sempre é levada adiante, no caso de prejuízos pessoais.

Por detrás deste desenvolvimento repousa uma atitude bastante crítica frente à lei de responsabilidade civil extra-contratual, a qual o legislativo, em 1972 examinou como um instrumento imperfeito de proteção econômica para vítimas de prejuízos. Por outro lado, não é considerado realístico pensar que seguro social poderia ser desenvolvido a tal extensão que cobrisse a necessidade que atualmente é preenchida pela lei de responsabilidade civil extra-contratual. Ao invés disto, o caminho apontado pelo legislativo é construir o que é chamado seguro da primeira parte, ou, para usar as palavras do legislador sueco, sistemas de seguro que são criados para ter efeito "diretamente em favor da vítima". O modelo típico para tal sistema de seguro é o seguro "no-fault"⁶ americano, introduzido no campo de acidentes de trânsito. Aqui, o direito da vítima não depende da possibilidade de provar todos os fatos que têm de ser provados de acordo com as leis de responsabilidade civil extra-contratual. Ao contrário, o legislativo criou critérios mais objetivos e talvez mais fáceis. Em 1975, a Suécia também aprovou uma lei similar para acidentes de trânsito. Não é difícil ver alguns padrões desta lei, por detrás do Ato para Indenização de Danos devido a Medicamentos, que foi proposto em 1976 e no qual é baseado o presente sistema de seguro no campo.

(6) N. T. sem defeito, sem falha

A ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO

LÉLID CANDIOTA DE CAMPDS

Consultor Jurídico junto à Presidência do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE

Consultor Jurídico Chefe do Banco Sul-Brasileiro Ex-Professor de Direito Comercial nas Faculdades de Direito da UFRGS e na Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Advogado em Porto Alegre.

O Art. 170 e § 1º da Constituição Federal

1. É preceito constitucional federal brasileiro que a organização e exploração da atividade econômica compete, preferencialmente, às empresas privadas, com o estímulo e o apoio do Estado, o qual somente em caráter suplementar da iniciativa privada exercerá diretamente tal atividade (CF, art. 170 e § 1º).

Posicionamento de nossa ordem social capitalista, o mandamento, geral e básico, assegura à empresa privada a dianteira no setor econômico da vida social, em cujo campo o Estado, por norma, ingressará apenas nos espaços deixados vazios pela iniciativa privada. Aí, no entanto, nessas áreas do setor econômico não ocupadas pelo empresariado privado, o poder de gestão do Estado é amplo, podendo organizar e explorar diretamente as correspondentes atividades econômicas.

Na atividade econômica estatal, pois, há de se ter sempre presente a distinção resultante na Lei Maior: uma coisa é o estímulo e apoio do Estado às empresas privadas, a que se refere o art. 170, caput, e outra, diversa, a organização e exploração da atividade econômica diretamente pelo Estado em caráter suplementar, autorizada no § 1º. Lá, acentua-se para o dever precípua do Estado de auxiliar e incentivar as atividades econômicas em geral, cujo exercício a Constituição atribui em primeiro lugar às empresas privadas, cabendo ao Poder Público oferecer-lhes as condições necessárias de florescimento, procurar fortalecê-las por todos os meios e modos ao seu alcance, sem, entretanto, ingressar diretamente nestas atividades. Aqui, ou seja, nas áreas da economia onde a empresa privada não chega a atuar, ou o faz apenas de modo deficiente, faculta-se ao Estado ingressar diretamente na vida econômica, tornando-se ele próprio produtor e intermediador de bens e serviços, com o que suplementará, i. é, acrescentará o que está faltando na economia. Em outras palavras: nas atividades econômicas que a iniciativa privada consegue organizar e explorar a contento geral, a atuação do Estado há de ser apenas de amparo e fomento; as demais atividades econômicas, necessárias à realização do bem comum, poderão ser exploradas diretamente pelo próprio Estado, que tem, igualmente, o dever de fazê-lo.

Dessume-se, outrossim, do texto constitucional, que o Estado não deve concorrer com a iniciativa privada. Ingressará na economia, atuando diretamente, apenas onde a em-

presa privada não possa bem se desempenhar, por lhe faltar interesse ou capacidade, ou não seja conveniente a sua atuação, por razões de segurança nacional, bem-estar do povo ou outros motivos.

2. É missão do Estado, ao demais, promover o **desenvolvimento econômico**, ao lado da **justiça social**, consoante determina a Constituição no art. 160, inserido na "Ordem Econômica e Social", que tem por finalidade "realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social", com base nos princípios que enumera: liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, repressão ao abuso do poder econômico e expansão das oportunidades de emprego produtivo.

A intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade justificam-se quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais (art. 163).

3. Trata-se do Estado atuante na vida econômica da sociedade, quer indiretamente fomentando a economia, quer exercendo diretamente atividade econômica, quer ainda intervindo na empresa privada ou monopolizando determinado setor. É o **Estado Social**, que pretende promover o desenvolvimento econômico, aliado à liberdade de iniciativa, assegurando concomitantemente a justiça social. A reação à economia de concorrência anárquica do *laissez-faire* e do primitivo capitalismo individualista do século XIX, conduziu, paralelamente a um certo retorno aos métodos de fiscalização e direção da economia do Mercantilismo, igualmente à participação do Estado na economia, com capital próprio, ou seja, à atividade empresarial em grande estilo (v. GUSTAV BOEHMER, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, Tübingen, 1954, pág. 15).

4. Afirma ERNST FORSTHOFF que o Estado social é um Estado **reagente**, isto é, um Estado que age conforme se apresenta a situação ("Der Sozialstaat ist ein reaktiv, aus der jeweiligen Situation handelnder Staat"); à sua ação orienta-se mais pelas exigências do momento do que por concepções políticas gerais ("Lehrbuch des Verwaltungsrechts", 9ª edição, München/Berlin, 1966, pág. 59).

Mais adiante, no mesmo capítulo dedicado à estrutura do moderno direito administrativo, desenvolve o reputado jurista alemão, a respeito da nova e indispensável atuação do Estado no campo econômico, as considerações que resumidamente seguem, valiosas para o tema que nos ocupa.

Considerando a peculiaridade da estrutura destes novos ramos da Administração, que na Alemanha se costumou denominar impropriamente de "atividade econômico-lucrativa da administração-pública", corre-se o risco de esquecer que aqui igualmente se trata, e de um modo ainda muito mais preponderante, de **administração pública**. A expressão "atividade econômico-lucrativa da Administração" contribuiu para **obscurecer o seu verdadeiro suporte fático**. Existem, certamente, empreendimentos públicos exclusiva ou pre-

ponderantemente destinados a finalidades lucrativas, como certas manufaturas e alguns empreendimentos agrários, os quais, porém, constituem exceção. Em regra, as chamadas empresas públicas econômico-lucrativas **estão a serviço direto da Administração**. Quando a Administração, direta ou indiretamente (mediante uma forma societária de direito comercial), torna-se detentora de uma empresa deste tipo, não é por acaso que isto acontece, mas significa que estão sendo aplicados **princípios obrigatórios para a Administração**, dirigidos ao bem-estar geral e à formação de uma ordem social justa. Na medida, pois, em que a Administração ultrapassa as formas tradicionais de atuação do Estado e utiliza as formas jurídicas de direito privado, **não deixa de ser administração pública** ("hört sie nicht auf, öffentliche Verwaltung zu sein"). Apenas leva em conta o fato de que a área de atuação da Administração **alargou-se consideravelmente**, abandonando a tradicional **tipicidade** de suas formas funcionais. Isto é essencial para uma correta valoração jurídica do comércio da Administração sob forma jurídico-privada. Não pode ser consentido à administração pública que, mediante mera permuta de formas jurídicas, possa afastar a sua responsabilidade específica. Desse modo, a **definição** de Administração desligou-se da distinção, — em si e também por outros motivos tornada problemática — entre **direito público e direito privado**. Conseqüentemente, não é feliz a terminologia quando designa como "econômico-lucrativas" todas as funções administrativas exercitadas sob formas de direito privado, nem mesmo as meramente "fiscais". Mas a designação foi introduzida e dificilmente recuará. No campo da Administração **plasmadora** da ordem econômica e social, está-se diante de uma **nova estrutura jurídica**, ainda em **evolução** e que não pode ser inteiramente apreendida com os meios e métodos tradicionais do Direito Administrativo (Vide ob. cit. págs. 69/70).

5. O contraste entre o conceito antigo de administração pública e o moderno, ressalta nítido na exposição de FORSTHOFF quando acena para a circunstância de que, outrora, a **ordem jurídica estatal**, como foi o caso até a primeira guerra mundial, reconhecia a **ordem social** existente como natural, boa e justa. Aceitava-a como um fato e a ela se submetia por princípio, respeitando a sua organização. Este relacionamento entre a ordem jurídica e a ordem social foi considerado essencial pelo Estado jurídico burguês. Semelhante Estado podia prescindir de uma concepção ampla e abrangente, plasmadora do modo de vida dos cidadãos. Quando, porém, a ordem social deixou de ser um **dado fático** para o Estado, tornando-se uma **tarefa a ser realizada**, um **objetivo a ser moldado**, a situação modificou-se inteiramente. Hoje em dia, o Estado carece de uma idéia concreta e prática de como realizar a justiça social (Vide ob. cit. pág. 66).

A importância que, no Estado moderno, assumiu a face da administração pública voltada para a ordem econômica e social é, efetivamente, da maior significação, por todos reconhecida. Prefaciando recente dissertação de DIETER HELMUT SCHEUING, assistente de direito em Tübingen, laureado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris, afirma o eminente professor francês PROSPER WEIL ser coisa já bem sabida "*que les missions primordiales des pouvoirs publics sont aujourd'hui de caractère économique et sociale*" (Des Aides Financières Publiques, Paris, 1974, pág. 9).

Tais aspectos novos, de que se revestem as relações jurídicas derivadas do exercício da atividade econômica pelo Estado, hão de ser levados em conta para a sua correta apreciação. Desconsiderá-los seria fechar os olhos à realidade.

6. Constitui, de outro lado, princípio tradicionalmente assente na ordem jurídica capitalista ocidental, o de que o Estado, quando celebra negócios jurídicos com pessoas privadas, com elas contratando e assumindo compromissos no plano do direito obrigacional, sujeita-se às normas do **direito privado**, a que ficarão submetidas as correspondentes relações jurídicas. Preserva-se, assim, a **liberdade individual**, afastando qualquer relação de **submissão** (Estado-súdito), para dar lugar a uma relação de **igualdade e equilíbrio** entre as partes, pressuposto de validade de toda obrigação de direito privado. Na expressão do romanista RUDOLF SOHMS, "*o Estado todo poderoso depõe a coroa, a fim de poder atravessar a porta acanhada do direito privado*" (apud Gustav BOEHMER, Einführung in das Bürgerliche Recht, pág. 18).

Quando, pois, o Estado passa a exercer atividade comercial ou industrial, os **negócios** que contrata e as **operações** que pratica ficam, no que se refere ao **vínculo estabelecido** entre as partes, em princípio, inteiramente sob o regramento do direito privado, como as avenças entre particulares.

É compreensível que assim seja, pois qualquer obrigação a que possam estar sujeitos os particulares advém ou da **lei** ou da **vontade das partes**. Perante o Estado, o cidadão tem certos deveres que lhe são **impostos** pela sua condição de súdito, mas nada impede que assuma obrigações para com aquele, através de **negócio jurídico** de direito privado, obrigações bilaterais, cujo efeito jurídico, para ambas as partes, decorre **exclusivamente** da vontade reciprocamente manifestada, tanto pelo particular como pelo Estado. Não há outro ordenamento, senão o privado, para reger esta relação jurídica, que não é de sujeição, e que necessariamente pressupõe igualdade e equilíbrio entre os contratantes. Não poderia ser de outra forma, no que se refere à **existência** do negócio jurídico e às **obrigações** que dele derivam para os contratantes.

7. **O Estado, no entanto, pelo fato de contratar, não cessa de ser Estado.** O regramento privado, aplicável ao contrato realizado, não vai ao ponto de modificar a natureza pública da entidade contratante, descaracterizando-a como tal. O estabelecimento ou empresa estatal que assim atua, na imagem utilizada por G. BOEHMER, possui **Cabeça de Jano**, é uma "*personalité à double face*": com um rosto volta-se para o âmbito do direito público e com o outro para o direito privado. Por esta razão, o Estado ou as pessoas jurídicas de **direito público** que praticam negócios jurídicos de caráter comercial ou industrial não se tornam comerciantes, nem carecem, elas próprias ou seus livros contábeis, de inscrição no registro de comércio; não se expõem a ver penhorados os seus bens, que continuam públicos e imunes à coerção do ordenamento processual; não podem ser demandados em ação de execução forçada; não estão sujeitos à falência, nem têm o benefício da concordata; bem como, acham-se impedidos de se submeterem a juízo arbitral, nacional ou internacional, afastando as regras legais de competência jurisdicional.

Observe-se, porém, que os entes públicos que exercem atividade econômica são suscetíveis de concluir **contratos administrativos**, sujeitos aos preceitos do direito público, em razão de cláusulas **exorbitantes** do direito comum ou de terminação da lei, o que não é possível relativamente às empresas públicas de **direito privado** e sociedades de economia mista, por lhes faltar a personalidade jurídica pública (vide ANDRÉ DE LAUBADÈRE, Traité de Droit Administratif, vol. IV, Paris, 1977, pág. 258/260).

Formas Jurídicas da Atividade Econômica Estatal e os §§ 2º e 3º do art. 170 da Constituição

8. A crescente e urgente necessidade de pôr-se o Estado em ação no setor econômico da vida social, com o intuito não só de auxiliar a economia como também minorar os males decorrentes da má distribuição da riqueza, fez, no entanto, com que modernamente fossem buscadas **novas formas jurídicas** para esta atuação. Considerando, de um lado, a rigidez das normas da administração pública, manifestamente inadequadas à direção e condução da atividade empresarial, e, de outro lado, a conveniência em separar ao máximo a empresa da administração pública propriamente dita, a fim de evitar influências políticas indesejáveis e, paralelamente, possibilitar que a direção das empresas estatais fosse entregue a pessoas altamente capacitadas a gerenciá-las, o que seria inviável no funcionalismo público, acabou-se por utilizar para a atividade empresarial do Estado os mesmos e tradicionais institutos do direito comercial destinados à organização e exploração das atividades econômicas em geral pelos particulares. Dentre tais regramentos privados, ressalta o das sociedades mercantis, havendo-se dado especial preferência à sociedade anônima.

Disto resultaram as chamadas **empresas públicas** e **sociedades de economia mista**, constituídas, ambas, como pessoas jurídicas de **direito privado**, de propriedade ou sob controle do Estado, detentor da totalidade ou maior parte do respectivo capital. Constatada a vantagem da nova forma, entrou o Estado a atuar na economia de preferência através de uma destas pessoas jurídicas de direito privado, visando aos proveitos acima assinalados.

9. Refere WILHELM MERK que na Alemanha, no período que se seguiu à primeira guerra mundial, o Estado, ou entidades autônomas da Administração, por motivos diversos de interesse público, passaram a participar de sociedades, mediante aquisição de ações ou quotas sociais, ficando em alguns casos a entidade pública como única proprietária da empresa (Einmanngesellschaft); ou, então, tornando de economia mista a sociedade, com maior ou menor participação estatal, segundo o maior ou menor interesse da Administração na atividade em questão; mantendo o Poder Público funcionários nos postos mais importantes do Conselho de Supervisão da sociedade anônima, ou formando a maioria desse órgão social; utilizando a Administração, às vezes, em atenção a exigências do ordenamento jurídico privado, testas-de-ferro que em confiança (Treuhand) adquiriam a propriedade de ações ou quotas sociais, para devolvê-las depois; ocorria, ainda, que em certos casos havia verdadeira economia mista, pela razão de que um particular, realmente interessado na empresa, permanecia participando do capital, juntamente com o Estado ou um órgão administrativo autônomo (vide Deutsches Verwaltungsrecht, vol. I, Berlin, 1966, págs. 406/409).

Relativamente aos estabelecimentos públicos, na Bélgica considerados entes públicos e cujos bens se acham, como no Brasil, submetidos ao regime "des biens du domaine", mostra JEAN VAN RYN, no tocante às conseqüências derivadas da natureza comercial do objeto empresarial dessas entidades, que "les méthodes d'exploitation et les relations avec les tiers sont régies par les règles du droit commercial"; mas, "l'organisme lui-même n a pas un caractère commercial, étant une personne de droit public. Sa structure interne, ainsi que ses relations avec les pouvoirs publics, échappent à toute influence du droit commercial et il ne saurait être question de lui appliquer la procédure de la faillite" (Principes de Droit Commercial, tomo II, Bruxelas, 1957, pág. 191).

Do mesmo modo, quanto às empresas econômicas de interesse público e os serviços públicos de caráter comercial ou industrial, ao destacar a autonomia jurídica necessária que devem ter, acentua o mesmo acatado comercialista belga que isto se dá em atenção ao interesse fundamental do funcionamento eficaz da instituição e, por conseqüência, no interesse geral, sendo preciso que os dirigentes, e sua atividade, fiquem subtraídos às influências políticas. "Tel est le cas surtout pour les institutions bancaires et les organismes de crédit. Leur autonomie et leur indépendance relatives se justifient, en somme, par des préoccupations du même ordre que celles que expliquent le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Les services publics de caractères commercial ou industriel ne peuvent cependant échapper complètement au contrôle des pouvoirs publics et devenir ainsi des puissances indépendantes au sein de l'Etat. Aussi ne pourrait-il être question, par exemple, de rendre leur dirigeants inamovibles comme les juges. Mais ils doivent cependant être en mesure de résister, s'il y a lieu, aux injonctions gouvernementales, aussi longtemps qu'ils sont en fonctions" (ob. t. cts. pág. 160).

O caráter híbrido dos organismos estatais com personalidade jurídica própria, que exercem atividade empresarial, é inevitável e se observa em toda a parte, o que não impede o atendimento, pelo melhor modo possível, da finalidade econômica pública a que são destinados.

10. O fator determinante da criação das **empresas públicas de direito privado** e das **sociedades de economia mista**, não foi, pois, como se vê, a necessidade de submeter ao direito privado os negócios jurídicos praticados pelo Estado com os particulares no exercício da atividade econômica estatal, porquanto isto já decorria da própria natureza jurídica dos respectivos atos, consoante acima se mostrou. O que levou a administração pública, sempre mais preocupada com o bom êxito da sua política econômica do que com a pureza dos princípios jurídicos, a enveredar por esta solução, foram os proveitos e vantagens de ordem prática nela divisados, ou seja, a idéia de que, utilizando as formas societárias do direito comercial próprias do exercício dessa atividade e, obviamente, as mais adequadas, melhor atingida seria a finalidade econômico-pública, inclusive com possibilidades de lucro, evitando, paralelamente, influências políticas nefastas na ocupação dos postos de comando, na estipulação dos salários dos empregados e na fixação dos preços dos produtos, bem como possibilitando a nomeação e substituição dos gestores a qualquer momento e, melhor ainda, cortando a incidência do rigoroso e complexo regramento administrativo público

na prática dos atos comerciais, tal como ocorre na atividade econômica privada, e favorecendo, outrossim, a manutenção da empresa por si mesma, **economicamente auto-sustentável**, de modo a não pesar sobre o erário público, com responsabilidade para seus administradores igual à dos administradores privados, segundo dispõem as leis sobre sociedades anônimas (vide WILHELM MERK, ob. vol. cts. págs. 409/413).

11. Quando o Estado **explora** atividade econômica **através** de pessoas jurídicas de direito privado, não o faz, **juridicamente**, de modo **direto**, pois não é ele quem contrata, assumindo obrigações ou adquirindo direitos, mas sim uma pessoa jurídica **privada e autônoma** segundo a lei.

É questão de interpretação saber se quando o Estado explora indiretamente a atividade econômica, pelo modo acima considerado, deve ou não ser respeitada a **preferência** conferida às empresas privadas no art. 170 da Constituição. Parece que a resposta há de ser afirmativa, dado que tal preferência é concedida ampla e genericamente, além de constituir ela a base em que assenta a liberdade de iniciativa privada no nosso sistema jurídico-social, o que necessariamente exclui, como já se viu, a concorrência do poder estatal, ainda que indireta, mas nem por isto menos atuante. O futuro socialismo do Ocidente, di-lo G. BQEHMER, há de ser o socialismo da liberdade ("Der abendländische Sozialismus der Zukunft soll und wird ein Sozialismus der Freiheit sein" — ob. cit. pág. 10). Segue-se que o Estado só deve explorar a atividade econômica, direta ou indiretamente, em **caráter suplementar**.

12. Mas a "**exploração pelo Estado, da atividade econômica**", que a Constituição tem em vista no § 2º do art. 170, é certamente a exploração feita **através das pessoas jurídicas de direito privado ali indicadas**, isto é, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, as quais, diz o texto: "**reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações**".

Quis o legislador constitucional, desse modo, deixar claro que ficam submetidos ao direito privado não apenas os **atos e contratos** que estas empresas celebrarem com terceiros, mas também, e em primeiro lugar, **elas próprias**, com o que **reconheceu** serem as empresas públicas e as sociedades de economia mista, efetivamente, **pessoas jurídicas de direito privado**. Ao declarar que estas entidades se regerão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, fez com que a sua criação, bem como as suas condições de existência legal e funcionamento, obedecam a legislação das sociedades comerciais. E isto as torna, tal como estas, pessoas jurídicas de direito privado.

Por isto — por não ser pessoa jurídica de direito público quem comercia — a exploração da atividade econômica pelo Estado diz-se, no caso, **indireta**.

13. Veja-se agora o § 3º do art. 170:
"**A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas**".

Neste parágrafo, está a Constituição a declarar dois preceitos. De um lado, estabelece que as empresas públicas, de regra, pagam tributos (regra a **contrário sensu**). Porque expressá-lo, se tais empresas já são pessoas jurídicas de direito privado, regidas pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas, como está no § 2º? É que, pertencendo o capital da empresa pública integralmente ao Estado e/ou alguma entidade de direito público, e podendo este fato propiciar entendimento diverso, foi julgado preferível enunciar expressamente, embora de modo inverso, a sujeição da empresa pública aos tributos em geral, **exceto** — e aí o outro preceito constitucional — quando explorar atividade econômica em caráter de monopólio.

Com efeito, de outro modo parece não se poder entender o dispositivo, sob pena de (igualmente a **contrário sensu**) ter-se de considerar a sociedade de economia mista livre de tributação, por não ter sido a ela submetida, como o foi a empresa pública. Se ambas pagam tributos, é **por serem pessoas de direito privado** segundo a Constituição. Independentemente, pois, de mandamento constitucional direto e expresso.

O § 3º em apreço seria redigido de modo mais consentâneo se dissesse: terá imunidade tributária a empresa pública que explorar atividade monopolizada.

14. A empresa pública pois, que o art. 170 e seus parágrafos consideram, é a empresa pública **stricto sensu**, i. é, aquela dotada de personalidade jurídica de direito privado.

Em sentido amplo, pode-se dizer que há também "*empresa pública*" toda vez que o Estado, ou um ente público qualquer, organiza e explora diretamente alguma atividade econômica. Tais empresas, porém, ou não têm personalidade jurídica própria ou são entidades públicas personalizadas. Dentre as primeiras, contam-se os estabelecimentos ou departamentos de determinados setores da Administração, onde de qualquer forma se exerce uma atividade econômica organizada; dentre as últimas, estão as **autarquias econômicas** que, com personalidade jurídica própria, de direito público, praticam atividade mercantil ou industrial. Em todas elas há, **lato sensu**, uma atividade empresarial, exercida **diretamente** pelo Poder Público, e inequivocamente lícita na medida em que tiver "*caráter suplementar da iniciativa privada*". Mas, não se poderá dizer que tais empresas estatais "*reger-se-ão pelas normas aplicáveis à empresa privada*". São somente os negócios jurídicos que praticam, as suas obrigações propriamente ditas, que ficarão submetidas ao direito privado civil e comercial, pelos motivos atrás apontados. Os que nela trabalham podem estar sob o regime próprio do servidor público. Também os seus atos jurídicos não constituem fato gerador de impostos, por ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros, ou de suas **autarquias**, segundo o art. 19, III, a e § 1º, da Constituição Federal. Não é a elas, portanto, que se endereçam os §§ 2º e 3º do art. 170, e sim à empresa pública **stricto sensu**, que tem personalidade de direito privado, por reger-se inteiramente pelo regramento próprio da empresa privada.

15. Na redação da Constituição de 1967, a norma correspondente ao § 2º do art. 170 da atual (§ 2º do art. 163 da anterior) incluía as **autarquias** ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista, o que foi suprimido pela Emenda de 1969.

A supressão foi oportuna, dado que as autarquias, mesmo aquelas que exercitam atividade econômica lícita em face da Constituição, não poderiam ficar submetidas ao regramento jurídico próprio das empresas privadas, por serem entes públicos: não pagam impostos, o seu patrimônio é público, impenhorável, não estão sujeitos à falência, etc.

Não foi, pois, por proibição de exploração de atividade econômica pelas autarquias, que se alterou o texto constitucional, mas sim, por ser a autarquia pessoa jurídica de direito público e, como tal, insuscetível de submissão integral ao regramento jurídico aplicável à empresa privada. Assim como o Estado pode explorar diretamente atividade econômica, pode também fazê-lo através de uma autarquia, a qual nem por isto se torna pessoa de direito privado. Serão apenas as operações que a autarquia econômica contratar no exercício da sua atividade comercial, os negócios jurídicos civis e mercantis para tanto praticados, que se regerão pelo direito privado civil ou comercial.

A autarquia é equiparável ao próprio Estado. Com efeito, preleciona RUY DE SOUSA que "*a descentralização realiza-se, na maioria das vezes, por intermédio da personalização dos órgãos centralizados, o que vem dar, como resultado, os tipos de autarquia, dos quais nos interessa de perto o institucional. A Autarquia institucional, conforme consenso quase geral dos administrativistas, permanece com o seu caráter de res publica, simples fragmentação que o Estado realiza para a melhor organização e desenvolvimento dos seus serviços públicos. Não importa a personalização, o que a destaca da administração centralizada, uma vez que essas entidades autônomas, como acentua DEMICHELI, para funcionarem dentro do Estado não rompem, apesar do grau de autonomia de que gozam, nem a estrutura orgânica, nem a unidade originária deste. O Estado multiplica seus órgãos e dispersa sua autoridade; sua organização jurídica torna-se mais complexa e multiforme, ao nascerem, junto ao poder central, novas formas descentralizadas, com o direito próprio às suas funções e a certa autonomia: o Estado continua, porém, uno e indivisível, como DEMICHELI afirma. Estes organismos autônomos refletem, apenas, outro aspecto do Estado, numa maneira de ser particular e nova dentro da coisa pública, cujo fim outro não é que tornar viável a realização de certos serviços especiais, por intermédio da administração geral do Estado.*" E conclui o acatado professor mineiro: "*Sendo a autarquia, pois, o próprio Estado, apenas um órgão deste a que se forneceu a qualidade jurídica e a patrimonialização sempre conseqüente, o fenômeno da empresa estatal transposto para a área autárquica em nada se diferencia daquele da empresa centralizada*" (grifamos). (Cf. O Direito das Empresas, ed. 1959, págs. 270/271).

Inadequado, outrossim, seria dizer que a modificação do texto constitucional se deveu a que a autarquia, órgão descentralizado do Estado, não pode ter atividade diversa daquelas consideradas típicas da administração pública, entre as quais não se inclui a exploração da atividade econômica. O argumento não procederia. Como se viu, o Estado é livre de organizar e exercer **diretamente** a atividade econômica, desde que o faça em caráter suplementar da iniciativa privada. Conseqüentemente, pode também, com o fim de descentralizar a atividade econômica que **lhe é própria**, criar autarquia destinada a organizar e explorar tal atividade, com o mesmo caráter de complementaridade.

Neste sentido, de complementaridade, a atividade econômica é hoje também uma **atividade tipicamente estatal**, o que é inegável.

16. Temos, assim, que, em suma, de acordo com a nossa ordem jurídica constitucional: (a) a organização e a exploração da atividade econômica compete à empresa privada, preferencialmente (CF 170); mas, (b) o Estado não só pode, como deve, em caráter suplementar, organizar e explorar a atividade econômica, podendo fazê-lo **diretamente** (CF 170 § 1º); no entanto, (c) quando a atividade econômica é explorada pelo Estado **indiretamente**, através de empresa pública sob forma jurídico-privada (empresa pública **stricto sensu**) ou sociedade de economia mista, tais pessoas jurídicas reger-se-ão pelo direito privado, como pessoas jurídicas de direito privado que são, sujeitas, inclusive, ao direito do trabalho e ao das obrigações (CF 170 § 2º); nada obstante, (d) a empresa pública que explorar atividade monopolizada não se sujeita ao regime tributário aplicável à empresa privada, vale dizer, as empresas públicas e as sociedades de economia mista acima referidas, por serem pessoas jurídicas de direito privado, submetem-se aos tributos em geral, salvo, quanto às primeiras, aquelas que exercem atividade monopolizada (CF 170 § 3º).

O Decreto-Lei nº 200/67

17. O Decreto-Lei Federal nº 200/67 ocupou-se em declarar o que, para os efeitos desse diploma federal, deva ser considerado **autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista**. Os correspondentes enunciados, no entanto, delineados no art. 5º, representam mais uma norma programática do que conceitos jurídicos propriamente ditos.

Alterado pelo DL 900/69, o referido decreto-lei definiu o que seja Administração no âmbito **federal** (art. 4º). Administração Federal é tanto a **direta**, isto é, aquela representada pelos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, como a praticada por qualquer das entidades dotadas de personalidade jurídica própria, vinculadas ao Ministério em cuja área estiverem enquadradas, e que são as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, denominadas, estas, entidades da **administração indireta** (art. 4º e § 1º).

A seguir, no art. 5º, define o que sejam estas entidades, a primeira das quais — a **autarquia** — tem personalidade jurídica de **direito público**, sendo, as demais, pessoas jurídicas de direito privado.

Eis os respectivos enunciados:

I — **Autarquia** — o serviço autônomo, criado por Lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II — **Empresa Pública** — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por Lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III — **Sociedade de Economia Mista** — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por Lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

18. Vê-se que o legislador federal, desejoso de afastar do Estado, na órbita federal, os inconvenientes da **gestão direta** da atividade econômica pela União ou por suas autarquias — estas, como aquela, **pessoas jurídicas administrativas de direito público** — programou, para a **“exploração da atividade econômica”**, os dois tipos de entidades obrigatoriamente **“dotadas de personalidade jurídica de direito privado”**, denominadas na Constituição Federal empresa pública e sociedade de economia mista. Ambas são, no entanto, em sentido amplo, igualmente empresas públicas, porque é **através** delas que o Estado Federal irá exercitar, indiretamente, atividade industrial ou comercial considerada imprescindível ou conveniente ao bem-estar social, imprimindo-lhe a necessária atuação mediante o controle decisivo da entidade, cujo capital (empresarial) pertence-lhe na totalidade ou na maior parte. A personalidade jurídica de direito privado advirá da submissão ao regimento do direito privado, devendo a empresa pública **“revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”** e a sociedade de economia mista constituir-se **“sob a forma de sociedade anônima”**. A autarquia, ao contrário, é **“serviço autônomo”**, com personalidade jurídica de direito público.

Em razão do § 2º, do mesmo art. 5º, ficou o Poder Público Federal obrigado a enquadrar nas categorias ali previstas as entidades da **administração indireta federal** existentes. Desse modo, por força do decreto-lei, e **não por força da Constituição**, é que estaria a União impedida de explorar atividade econômica através de autarquia, devendo fazê-lo, exclusivamente, através de empresa pública ou sociedade de economia mista que obedeça os requisitos constantes nos itens II e III do art. 5º.

É neste sentido que, assim o entendemos, os conceitos ou juízos do art. 5º do DL 200/67 correspondem mais a normas organizatórias da administração federal, com **caráter programático**, do que a conceitos legais gerais das entidades ali referidas: tais normas ou mandamentos não são regras nacionais; **aplicam-se unicamente à Administração Federal**.

19. Relativamente aos **Estados-membros** — mormente depois da Emenda Constitucional nº 11, de 13.10.78, cujo art. 3º revogou os Atos Institucionais e Complementares, inclusive o AI nº 8, de 2.4.69, e o AC nº 46, de 7.2.69, que mandavam aos Estados-membros observarem os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal e não introduzirem modificações na sua organização administrativa sem autorização do Presidente da República — a situação é diversa. Mantêm eles a **autonomia administrativa** e podem organizar os seus serviços e atividades pelo modo que julgarem mais conveniente, segundo as suas constituições e leis, limitados apenas onde a Constituição Federal lhes restringir a liberdade.

Permitindo a Constituição Federal que, em caráter suplementar da iniciativa privada, o Estado organize e explore diretamente a atividade econômica (art. 170, § 1º), pode

o Estado-membro fazê-lo diretamente, e esta exploração não deixará de ser **direta** quando o Estado a praticar através de uma autarquia. A autarquia é um ente estatal, dotado de personalidade jurídica do direito público. É o próprio Estado que, descentralizado em sua organização administrativa, nela atua e está presente. Portanto, a **exploração** da atividade econômica é aí praticada **diretamente** pelo Estado e por mais ninguém, embora se possa, paralelamente, considerando a descentralização das atribuições estatais em geral e a personalidade jurídica autônoma própria da autarquia, dizer que a administração descentralizada autárquica é **administração indireta** isto é, **pelo Estado, através da autarquia.**

20. A prática de atividade econômica diretamente pelo Poder Público no campo financeiro já vinha referida pela Lei nº 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, cujo art. 5º reza que as deliberações do Conselho Monetário Nacional obrigarão também os órgãos oficiais, inclusive as **autarquias**, "nas atividades que afetam o mercado financeiro e de capitais". Ao demais, o próprio DL 200/69 manda, no art. 172, que o Poder Executivo assegure autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente, "aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de... caráter industrial, comercial ou agrícola"; e, no art. 182, diz que "nos casos. . . do art. 5º . . . inciso I" (refere-se a autarquia) "quando se tratar de serviços industriais, o regime de pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho". Tais situações, previstas em lei federal, correspondem precisamente à atuação do Estado organizando e explorando diretamente atividade mercantil.

Saliente-se, ainda, que o recente Decreto Federal nº 84.128, de 29.10.79, dispendo sobre o controle de recursos e dispêndios de empresas estatais na órbita federal, expressamente considera como tais, a par das empresas públicas, sociedades de economia mistas, suas subsidiárias e todas as empresas controladas direta ou indiretamente pela União, igualmente as "autarquias e as fundações instituídas pelo Poder Público" (art. 2º), a mostrar, assim, que as autarquias econômicas existem e são **empresas estatais**, denominação empregada na acepção de empresa pública *latu sensu*.

A Transformação do Estado Moderno

21. A administração da economia pelo Estado, direta ou indiretamente, tornou-se modernamente, na já mencionada expressão de PROSPER WEIL, a "**missão primordial dos Poderes Públicos**". Deixou o Estado, com efeito, de ser tão só o mero "**Guarda noturno**" do antigo ideal liberal do puro Estado de Direito, como ironicamente o apelidara o socialista FERDINAND LASSALE, para transformar-se num Estado promocional, **plasmador** da sociedade, que intensamente atua no comércio e na indústria, procurando "**concertar**" toda a atividade econômica, ou seja, o chamado "**Estado-maestro**", regente de orquestra, a que alude DIETER H. SCHEUING (pb. cit. pág. 18).

Esta é a **ordem jurídico-econômica do Estado contemporâneo**, delineada no art. 170 e parágrafos da Constituição Federal. Além de dirigir a economia (política econômi-

ca propriamente dita), fomentando-a por diversas maneiras (subsídios, auxílios financeiros, etc.), exerce o Estado, também ele próprio, atividade econômica nos setores onde isso se faz necessário, a bem do desenvolvimento econômico e da justiça social. Onde a iniciativa privada não chega a atuar ou não convém que atue, a lacuna é preenchida pelo Estado, ou este chama a si a atividade econômica com exclusividade (monopólio).

No exercício da atividade econômica, por decorrência da natureza mesma dos atos jurídicos que pratica, vale-se o Estado necessariamente do direito privado, para realizar com os particulares os negócios jurídicos conducentes à sua efetivação. Pode ele, no entanto, em face da Constituição, escolher entre atuar **diretamente**, isto é, ele mesmo ou um ente público autônomo descentralizado, como é o caso da **autarquia**, ou agir **indiretamente**, através de uma pessoa jurídica de direito privado, organizada segundo o regramento privado, que são as chamadas empresas públicas e sociedades de economia mistas, caso em que não apenas os negócios jurídicos praticados como também a própria entidade reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas. Aqui, embora o Estado seja igualmente atuante, na realização do fim público, juridicamente não mais é ele quem contrata, mas uma entidade ou sociedade comercial com personalidade própria de direito privado, com todas as vantagens derivadas da forma naturalmente adaptada à atividade mercantil, mas sem as vantagens e regalias dispensadas pelo ordenamento jurídico aos entes públicos e ao patrimônio estatal.

Modernamente, portanto, como já se viu, a tarefa econômica do Estado fez com que a definição de administração pública se desligasse da distinção entre direito público e privado, pois também **na atividade econômica o Estado pratica administração pública**, e de modo preponderante (FORSTHOFF), já que a sua principal função é hoje de caráter econômico e social.

22. Observe-se, mais, que a atuação econômica do Estado possui a peculiaridade de corresponder mais a uma **justitia normans** do que de um **jus normatus**, pois o direito cogente que dá ao Estado o poder de plasmar a ordem social não é suscetível de ser posto em normas de direito positivo, consoante acentua com muita propriedade o mesmo FORSTHOFF (ob. cit. pág. 67), o qual, logo adiante, aduz que a Administração moderna, plasmadora da ordem social e econômica, atua sob condições tais que fogem inteiramente à técnica da **proteção à liberdade** e do **controle jurídico** criada pelo Estado jurídico burguês. Esta técnica partia do pressuposto da **autonomia do indivíduo**, independente perante a Administração, o que não mais é considerado certo e justo frente à moderna Administração, da qual às pessoas dependem hoje quotidianamente. A força de trabalho de cada um ficou em grande parte ao dispor do Estado. Como sujeito econômico, o indivíduo se encontra inserido no sistema estatal de medidas organizadoras e condutoras da economia. Isto significa que os meios jurídicos de proteção do cidadão perante a Administração não mais asseguram aquela liberdade que no Século XIX era coisa perfeitamente autocompreensível. Contra este tipo de Administração, que deixou de atuar dentro dos parâmetros jurídicos e passou a intervir profundamente na vida social, tornando a todos dependentes, revelaram-se inócuas as formas jurídicas do Estado burguês garantidoras da liberdade do cidadão e do controle jurídico. "**Numa palavra**", diz FORSTHOFF, "**toda a**

tradicional estrutura jurídica do Estado foi abolida", resultando daí o problema, fundamentalmente insolúvel, de como obter, no Direito Administrativo, que as relações entre o indivíduo e a Administração se contenham dentro de parâmetros jurídicos compatíveis com o Estado de Direito (ob. cit. pág. 71).

23. Se isto é o que inegavelmente acontece hoje em dia em todo Estado moderno voltado à conformação de uma ordem social e econômica justa, onde o Poder Público detém a batuta do **concerto econômico**, dúvida alguma parece existir quanto à circunstância de que o Estado, quando atua na vida econômica, exerce **administração pública** e, embora falte, aí, na relação contratual entre o particular e o Poder Público, a marca direta da interferência estatal soberana, hierarquicamente superior, eis que se trata de negócio jurídico, maior do que antes é o poder estatal sobre os indivíduos em geral, na concretização da missão sócio-econômica que o ordenamento jurídico cometeu ao Estado. Este excesso de poder, tão grande a ponto de fazer periclitarem o tradicional Estado de Direito, é, no entanto, considerado necessário a uma melhor ordem social e econômica e está presente precisamente no campo econômico da sociedade, quer quando o Estado dirige a economia, quer quando a fomenta, quer quando organiza e explora a atividade econômica, pois, embora esteja, nesta última atividade, em maior ou menor grau submetido ao regime privado, não deixará de ser atuante, e o mais das vezes decisivamente, no sentido que considera o melhor para a organização e condução da economia, exercendo, pois, sempre, ainda que indiretamente, poder público.

A Dificuldade do Tema Versado

24. Mau grado os escolhos quase intransponíveis que o tema apresenta, pois se trata, consoante sublinham os mais acatados juristas, de matéria em **evolução**, intimamente ligada à profunda transformação por que passa atualmente a sociedade, em sua ânsia de encontrar os corretos fundamentos da futura organização que venha a possibilitar o desejado equilíbrio dentro de princípios de justiça social e preservação da liberdade e dos direitos humanos, e embora a doutrina pátria seja discrepante no tocante às conclusões a que chegamos no item 16 acima, diversos subsídios são encontráveis em apoio da afirmação de que a nossa ordem jurídica não se opõe à atuação direta do Estado na economia.

25. A respeito da possibilidade de exercer o Estado diretamente atividade econômica, MARCELO CAETANO, em seu excelente *"Princípios Fundamentais do Direito Administrativo"*, Ed. Forense, 1977, à pág. 292, refere que *"a gestão direta integrada não é incompatível com a forma empresarial, desde que haja diferenciação. O serviço poderia dizer-se uma empresa pública sem personalidade jurídica, pois esta não é essencial ao conceito de empresa, bastando que haja organização autônoma"*. Porém, *"quando o serviço assume certa importância social, convindo que possa dispor de patrimônio privativo e goze de liberdade de decisão própria da autonomia administrativa, então a gestão direta é exercida por uma pessoa jurídica especialmente criada para esse efeito: autarquia institucional, instituto público"*. Mais adiante, nos diz o conceituado publicista português, que *"nos serviços com caráter empresarial tende-se para a assimilação às empresas privadas,*

emancipando a sua orgânica e funcionamento das peças tradicionais da burocracia oficial" (pág. 292), nascendo, então a empresa pública propriamente dita, com personalidade jurídica de direito privado.

A empresa, pois, pode ter personalidade de direito público quando há gestão direta, isto é, não é utilizada uma forma peculiar do direito privado. Conclui-se, assim, pela admissibilidade e licitude da gestão direta pelo Estado da atividade econômica, podendo, se preferir, fazê-lo indiretamente, por delegação, concessão ou através de uma entidade de direito privado constituída para esse fim, que serão as chamadas sociedades de economia mista ou empresas públicas propriamente ditas. Num caso, é o Estado que exerce a atividade empresarial, é ele o empresário, ao passo que na outra hipótese a atividade é exercida por intermédio de uma outra pessoa, **sempre pessoa de direito privado** (o concessionário, o delegado, a empresa com capitais exclusivamente públicos especialmente criada com essa finalidade, ou a sociedade de economia mista, i. é, com capitais públicos e privados). A gestão direta, como é sabido e o refere igualmente MARCELO CAETANO, tem inconvenientes, pois *"a empresa privada, diz-se, tem maior sentido de economia, da produtividade e da eficiência do que as entidades públicas"*, **razão por que**, para evitar alguns destes inconvenientes, *"é que se procura substituir a autarquia pela nova fórmula da empresa pública"* (pág. 296).

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, nos *"Comentários à Constituição Brasileira"*, vol. I, ed. 1977, pág. 180, admite a atividade econômica da autarquia em face da Lei Maior, dizendo mesmo que *"quando competindo com empresas privadas, podem ter uma situação mais favorável"*. Certa a assertiva, com reparo, no entanto, **data venia**, no tocante à concorrência com a iniciativa privada, que entendemos condenada em princípio pela Constituição, a qual confere ao Estado a faculdade e o dever de organizar e exercer a atividade econômica, sempre, porém, com o caráter de suplementaridade, vale dizer, somente onde aquela não chega a atuar ou não convém que o faça.

26. Chamem-se tais serviços prestados pelo Estado na área econômica de *"serviços governamentais"*, como parece preferir CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (v. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, 1973, pág. 23) ou *"serviços públicos"*, o certo é que, quando o Estado os presta, ele próprio ou através de um ente público, não perde a entidade o seu caráter público, nem deixará de haver descentralização quando se tratar de autarquia.

De outra parte, quando se afirma que há serviços que não são públicos, mas quando prestados pelo Estado poderão ser serviços públicos, porque se constituem em atividades colocadas constitucionalmente dentro da esfera de prestação do Poder Público, como a assistência hospitalar, de saúde, serviços de seguro em geral; que tais serviços *"não serão serviços públicos quando desempenhados por particulares, uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes"*; e que existem certos serviços, como os relativos à atividade comercial, que não podem ser serviços públicos por força da Constituição (C. A. BANDEIRA DE MELLO, ob. cit. págs. 26/27), chega-se a um posicionamento, preso talvez às formas tradicionais do ato administrativo, que não

ajuda a solução do problema da natureza dos atos estatais de caráter empresarial, pois quando o Estado administra a economia, exercendo e explorando atividade econômica por qualquer forma, presta serviço público da maior relevância nos dias que correm e pratica administração pública preponderante; e é desse modo que se desincumbe da missão que a Constituição lhe confiou no art. 170 e parágrafos. Toda a atividade econômica exercida pelo Estado terá necessariamente de visar a um **fim público** que a justifique, sob pena de tomar ele o lugar do particular e subverter o regime sócio-econômico delineado na Lei Maior. Daí o caráter de administração pública dessa atividade, que pode ser exercida pelo próprio Estado ou por um outro ente de direito público. O que estes não podem, nem mesmo através de pessoa jurídica de direito privado, é comerciar pura e simplesmente, com o intuito só de lucro, por ser isto reservado ao particular.

Salientando que *"a norma administrativa — que atende à organização do serviço público — prevalece sobre a norma comercial ou civil, que serve de pano de fundo, mas não imobiliza a vontade do legislador, ao conceber essas criaturas híbridas"*, diz CAIO TÁCITO, referindo-se às empresas públicas propriamente ditas e às sociedades de economia mista, ser este *"o fundamento pelo qual, embora o direito das sociedades se inscreva na competência legislativa da União"* (art. 8º, XVII, b. da Constituição Federal, de 1967; Emenda Constitucional nº 1/69), **podem os Estados-membros, na criação de sociedades de economia mista, ou empresas públicas locais, afeição ao padrão da sociedade comercial às peculiaridades de seu sistema administrativo.** É que aos Estados-membros incumbe, como expressão da **autonomia política**, organizar os seus próprios serviços públicos, inclusive descentralizando-os mediante a personalização de órgãos sob a forma societária. A **competência legislativa estadual primária** (criação de órgãos administrativos da administração indireta estadual) **prefere**, na especificidade do exemplo, à competência legislativa federal (normas societárias privadas)". E acentua: *"Daí a variedade de estrutura das sociedades de economia mista e das empresas públicas, não somente no plano federal como no estadual e no municipal. Não obstante a forma societária, são serviços públicos da União, Estados e Municípios, estruturados segundo a norma própria de direito público, que pode excepcionalizar a administração da sociedade, seja em sua composição, seja em seu funcionamento"* (vide Direito Administrativo, ed. 1975, pág. 190). Se, pois, mesmo nas entidades econômicas de direito privado criadas pelo Estado está presente o caráter de serviço público, com muito maior destaque públicos serão os serviços e a administração estatal nas autarquias econômicas.

Para OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO a expressão *"empresa pública"* deve englobar apenas as pretensas sociedades de um só membro e as sociedades entre pessoas de direito público regidas pelo direito privado, embora, em **sentido lato**, a empresa pública possa ser conceituada como pessoa jurídica criada pelo Estado com o objetivo de executar atividade industrial, compreendendo, então, as **autarquias de serviço com finalidade econômica**, as empresas ou sociedades de economia mista e as empresas públicas propriamente ditas, isto é, as empresas estatais de direito privado (Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. II, ed. 1974, pág. 242).

27. Cumpre, ainda, referir, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu em 29.05.74, em sessão plenária e à unanimidade, que *"A Constituição, em seu art. 170,*

§ 2º, só equipara a exploração pelo Estado de atividade econômica, quando o faz através de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Quando tal exploração é realizada diretamente, à entidade pública não se aplicam as normas das empresas privadas, e conseqüentemente, os efeitos da sentença normativa sobre dissídio coletivo" (Rev. Trimestral de Jurisprudência, vol. 71, pág. 185). Tratava-se de estender a servidores do Departamento de Habitação da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, aumentos salariais decorrentes de dissídio coletivo de sua categoria, o que foi negado, por contrário às disposições constitucionais, sendo conhecido e provido o recurso. Foi relator o Min. Thompson Flores. Disse, na oportunidade, o Procurador da República: *"Não há como fugir à constatação de que a norma (art. 170, § 2º da Constituição Federal) diz respeito a entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Não há, pois, como entender sua extensão à pessoa jurídica de direito público, mormente quando se trata da administração direta, como é, na espécie, o Município"*. Tal pronunciamento de nossa mais alta Corte, embora não haja aprofundado a fundamentação do entendimento manifestado, inequivocamente ampara a orientação que preconizamos.

28. Destarte, mau grado as acenadas dificuldades doutrinárias, temos que a Constituição Federal é clara ao preceituar, no § 1º do art. 170, que *"em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica"*. Não cabem aqui, ao interpretar a lei básica, preferências teóricas, quer políticas, quer jurídico-administrativas. Se o Estado pode, ele próprio, exercitar esta atividade diretamente, pode também praticá-la através de uma autarquia, o que, ao demais, está dentro dos princípios que informam a nossa ordem econômica e social. E, perante a Lei Maior, podem fazê-lo tanto a União como os Estados-membros e os Municípios, no desempenho da relevante tarefa que a este respeito lhes impôs a Constituição, de suplementação da atividade econômica privada.

A POLÍTICA FISCAL E A REFORMULAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

RUY BARBOSA NOGUEIRA
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito
Tributário — U.S.P.

INTRODUÇÃO

Um dos problemas mais atuais e cruciantes da economia e finanças do Brasil, no contexto da atual conjuntura internacional, é o da intensificação e melhoria da produção, não só para atender as necessidades internas, mas as de exportação.

Em face do atual estágio da tecnologia multiplicadora da quantidade e qualidade, é preciso a nação alcançar, cada vez mais, com a ampliação e modernização de seu parque agropecuário industrial, a potencialidade que o avanço dos novos instrumentos está proporcionando à produtividade do trabalho, do capital e da renda, tanto mais possíveis quanto se possam dispor de terras, matérias-primas, enfim, de infra-estruturas que permitam se instalarem e se desenvolverem os estamentos da produção.

De um lado, diante do impasse da balança comercial, o Governo Federal vem citando as atividades produtoras ao esforço de exportação, para poder obter divisas. Por meio de algumas medidas econômicas e incentivos fiscais, o poder central tem se preocupado em estimular as exportações.

Da parte da iniciativa privada, como se pode ver da recente publicação de 20 páginas especiais de O Estado de São Paulo, de 14/11/80, sob o título "BRASIL EXPORTAÇÃO", não há dúvida que ela vem procurando atender a esse apelo. Essa publicação, ora citada como exemplo, resume que "há mais de cem anos, o café lidera a pauta das exportações brasileiras. Mas cada vez mais, essa liderança é ameaçada pela soja, minério de ferro, açúcar e veículos. Essas alterações são significativas: indicam que o País está deixando a condição de exportador de matérias-primas para assumir posição efetiva no mercado mundial".

A PROBLEMÁTICA DAS INFRA-ESTRUTURAS

Entretanto, de outro lado, o poder central ainda não se conscientizou do abandono e penúria financeira em que se encontram os Estados-membros e especialmente os Municí-

Resumo das palestras realizadas em São Paulo, a 18/11/80, no I Congresso Internacional de Estudos Tributários e em 27/11/80 em Vitória, no Congresso Estadual de Advogados Espírito Santenses.

pios. Estes, no setor público, são a verdadeira infra-estrutura, onde estão a terra, os edifícios, os equipamentos e os ambientes em que vivem e podem se desenvolver os trabalhadores e os estabelecimentos produtores. Uma nação federativa não pode ser desenvolvida, enquanto os municípios que a integram, como **matrizes**, não tenham prosperidade. Se os Estados-membros e principalmente os Municípios, encarregados pela natureza das coisas e sobrecarregados pelas atribuições específicas que a Constituição do Estado Federal lhes atribui, não puderem desenvolver ou sequer acompanhar, com as infra-estruturas, o desenvolvimento da atividade privada, continuarão a ser engrenagens quebradas das máquinas da produção, verdadeiros freios do desenvolvimento econômico.

Para citar ainda como exemplo, porque muitas já são as publicações de apelo ao governo central contra a **atual partilha constitucional dos impostos**, basta consultar a publicação de 1978, da Secretaria dos Negócios Metropolitanos do Estado de São Paulo, intitulada:

"A TRIBUTAÇÃO E O DRAMA DOS MUNICÍPIOS",

onde encontramos brados como estes:

"Municípios em desespero pedem socorro",

"A União e o Estado são unidades jurídicas abstratas. O Município é concreto como base territorial e social",

"O único ponto em comum entre os 3.951 Municípios Brasileiros é a escassez de recursos para atender aos padrões e desejos das suas populações".

Alguns procuram demonstrar, e com muita razão, que a Reforma Constitucional Tributária dentro da Federação, de tal forma concentrou os poderes regulatório e tributário, em mãos da União, que praticamente destruiu as autonomias dos Estados e Municípios. Outros entendem que a solução seria a União continuar com a concentração desses poderes para mais unitariamente dirigir a economia e unificar a arrecadação, mas aumentar a distribuição do resultado das arrecadações e dos fundos de participação aos Estados e Municípios. Neste sentido, a imprensa de hoje (27/11/80) publica que o Congresso Nacional aprovou um pequeno aumento de 2% de algumas destas participações.

Ainda outros, não contentes com a extensão e número dos impostos em nosso País, procuram a idéia da criação de outros **impostos, taxas e contribuições**, sem atentarem para a natureza de cada uma dessas figuras tributárias, nem para a atual exaustão do contribuinte brasileiro.

Enfim, vejamos, também, que, de outro lado, o imposto vem passando a ser o mais acentuado instrumento jurídico-econômico para regular relações sociais e prover os cofres públicos.

TAXA, CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA E IMPOSTO

Antes de mais nada cumpre esclarecer a natureza diferente de cada uma dessas categorias de tributos.

De acordo com conceitos já sedimentados pela doutrina e acolhidos pelo Direito Positivo brasileiro — explícita ou implicitamente previstos pela Constituição, pelo Código Tributário Nacional e pelas legislações ordinárias da União, dos Estados e dos Municípios — com certas adaptações, podemos, do prisma financeiro, ressaltar como característica básica da **taxa**, ser ela um tributo contraprestacional; da **contribuição de melhoria** ser ela um tributo indenizatório; enquanto o **imposto**, em sua essencialidade, e dentro dos sistemas tributário e monetário, é um meio de **captação de moeda doméstica para o tesouro**.

No sistema brasileiro as taxas são cobradas em razão do exercício efetivo do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (CF art. 18 I). Portanto, esta espécie, sendo apenas contraprestacional, dela não pode resultar aquela captação.

Também o mesmo ocorre com o caso da contribuição de melhoria. Esta somente pode ser cobrada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (CF art. 18 II). A cobrança que excedesse ao valor do benefício seria confisco. Portanto, esse tributo somente pode ser indenizatório das despesas incorridas com as obras públicas. Não é, nem pode ser, meio de captação ou de "superavit".

Temos, ainda, em nosso sistema tributário as contribuições tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social (CF art. 20 § 2º I); a contribuição do salário educação (CF art. 178) e os empréstimos compulsórios (CF art. 20 § 2º II) que, além de também não terem aquela natureza de meio de captação, são de competência privativa da União.

Pois bem.

Até aqui, o que quisemos deixar acentuado como esclarecimento preliminar para o exame da problemática financeira dos Municípios brasileiros é que, das espécies de tributo, o **único que efetivamente pode**, deduzidos apenas os custos da imposição, arrecadação e fiscalização, fornecer rendas ou cruzeiros aos Municípios, é o **imposto**.

Não há dúvida que taxa e contribuição de melhoria podem e devem, dentro da competência municipal, ser utilizados estritamente dentro de suas funções e finalidades para, respectivamente, cobrirem gastos de serviços estatais e indenizarem obras públicas dentro do peculiar interesse comunitário.

Pelo acima exposto, não vemos outra forma de consertar a atual partilha tributária senão por meio da reformulação da discriminação constitucional das rendas tributárias. Para tanto é preciso que o constituinte tenha presente não só a função arrecadatória do imposto, mas distribuir as competências impositivas de conformidade com as respectivas competências regulatórias, para conjugá-las com as atribuições das pessoas jurídicas de Direito Público, titulares.

NATUREZA DO IMPOSTO E SUA INSTRUMENTALIDADE

A utilização do imposto como instrumento jurídico-econômico de regulatividade vem, modernamente, atingindo níveis, talvez extremos, especialmente quando os excessos chegam a perturbar a unidade do Direito e a harmonia que deve existir entre os vários ramos da Ciência Jurídica, pois que, sendo estes que disciplinam **adequadamente** seus respectivos setores de relações sociais, não podem estar sendo afastados ou substituídos por normas impróprias ou perturbadoras.

Para não citarmos demasiado, bastaria lembrar o trabalho sintético, mas bem abrangente de Maurice Duverger em "*Finances Publiques*", especialmente a partir do título "*Les finances modernes et l'interventionisme fiscal*".

Mas se formos à legislação comparada e melhor ainda à realidade social, mais rapidamente refletida na doutrina e na jurisprudência, aquela pelo seu aspecto penetrante e esta mais setorial ou casuística, veremos que estas nos podem antecipar evoluções e tendências.

Quem quer que examine o Direito das Comunidades Européias, como os inúmeros tratados internacionais para evitar a bitributação e mesmo a legislação interna de vários países encontra, modernamente, muitas disposições tributárias refletindo sobre outras relações jurídicas e também financeiras, econômicas, políticas, enfim, sociais.

Em conferência em nosso Curso de doutorado de Direito Tributário Comparado da USP, o Prof. Werner von Simpson chegou mesmo a demonstrar que a Corte do Mercado Comum Europeu, junto à qual advoga, por meio de decisões sobre matéria tributária e em razão de seus juízes representarem os países da Comunidade, esse tribunal vem sendo verdadeiro "**legislador involuntário**", em razão do alcance e efeitos de seus julgados normativos. Mesmo decisões de caráter tributário vêm influenciando sobre diferentes relações internas daqueles países membros da comunidade.

Também o novo Código Tributário da República Federal da Alemanha, (ABGABENORDNUNG — entrada em vigor em 1978) além de, em seu âmbito de aplicação, ter incluído o Direito das Comunidades Européias, ao dispor que:

"Esta lei aplica-se a todos os impostos, inclusive às restituições de impostos, regulados pelo direito federal ou pelo direito das comunidades européias, ... desde que administrados por autoridades fiscais federais ou autoridades fiscais estaduais (§ 1º, 1),

ao conceituar **os impostos**, reconheceu que o imposto vem tendo ampla função extra-fiscal, pois ampliou sua definição para incluir dentro desta aquelas outras possíveis funções, tendo assim ficado redigido o item 1 de seu § 3º, assim traduzido:

"Impostos são prestações pecuniárias que não configurem uma contraprestação por um serviço especial, exigidos por uma entidade de direito público, para a obtenção de receitas de todos os que realizarem o fato ao qual a lei vincula o dever de prestação; a obtenção da receita poderá ser finalidade acessória".

Na recente 7ª edição de seu compêndio sistemático de Direito do Imposto (STEUERRECHT), considerado na Alemanha um dos mais completos do gênero, o Catedrático de Colônia, Klaus Tipke, comentando a ampliação desse conceito, ressalta que:

"O Direito Tributário, deixando de lado a estruturação progressiva das alíquotas (cfr. pág. 123) deveria tratar da neutralidade de competição (ver pág. 43) dentro da tributação, de conformidade com o princípio da capacidade contributiva. Porém, através de numerosas normas de dirigismo econômico e especialmente subvenções à neutralidade de competição rompe conscientemente com aquele princípio. No entanto, essas normas, apesar de contidas em leis tributárias, devem ser consideradas como normas de Direito Econômico" (pág. 8).

Mais adiante, à pág. 18, classificando diferentes tipos de normas contidos dentro de leis fiscais, salienta:

"As leis tributárias, de forma relevante, contêm normas de finalidades sociais (no sentido mais amplo). Na verdade são normas de intervenção ou de dirigismo motivadas pela política social (especialmente redistributivas); pela política econômica (normas de incentivos); pela política cultural; pela política de saúde pública etc. Portanto, não são normas de ordem tributária. Não dispõem ou decidem sobre aspectos da tributabilidade. Podem, para tais finalidades, criar exonerações como também ônus fiscais adicionais ou tributos especiais e neste sentido existir uma finalidade fiscal secundária".

"Quando, com a ajuda de normas que criam isenções ou ônus fiscais for realizado o dirigismo econômico no sentido de intervir na produção, distribuição, estruturação dos preços, consumo, etc., estaremos diante de normas de dirigismo econômico que somente revestem a forma de leis tributárias ou estão se utilizando da técnica das leis tributárias. Como para a qualificação jurídica são irrelevantes as aparências técnicas, a competência constitucional para instituir tais normas não deriva da competência tributária prevista no art. 115 da Constituição, mas do seu art. 74 item 11".

Com esta pesquisa e citações tivemos a intenção de ressaltar o quanto o imposto, embora outrora fosse mais acentuadamente uma categoria neutra das finanças públicas visando arrecadação, hoje vem sendo utilizado com tal extensão dentro da política do de-

envolvimento econômico, para atingir outras finalidades que não apenas arrecadatórias, que aquele Código, considerado desde 1919 paradigma de conceitos tributários na literatura jurídico-tributária mundial, alterou-lhe a definição e alcance, ou seja, depois de qualificar o imposto como categoria jurídico-tributária destinada à obtenção de receitas, veio agora normativamente excepcionar que:

"a obtenção de receita poderá ser finalidade acessória".

Embora aquelas incursões estejam contidas em leis tributárias como demonstra TIPKE, é preciso que os juristas tenham presente as suas imbricações, isto é, devem ser sempre apreciadas dentro do sistema constitucional para não ultrapassarem as competências e atribuições de cada ramo do Direito.

Pois bem.

A Constituição Federal vigente no Brasil, tanto por normas expressas, como implícitas, decorrentes dos princípios que adota, de sua sistemática e segundo nossos constitucionalistas, colocou a **tributação a serviço do desenvolvimento**, isto é, como auxiliar e não como tropeço.

De outro lado, várias são as hipóteses previstas na Constituição de possibilidade de transferência de competência tributária da União aos Estados e Municípios, como a previsão de leis complementares, fixadoras de alíquotas de impostos estaduais ou municipais.

Não há dúvida que assim sendo, mesmo sem reformulação constitucional, mas apenas por meio de certas transferências de competência tributária e ainda por meio de legislação complementar e aumento das participações nos resultados de arrecadações e de distribuição de fundos, a União poderia fazer algumas modificações. Mas, a nosso ver, melhor seria a reformulação da atual partilha, tornando-a **mais adequada aos fins do mecanismo da Federação**.

Quanto a esta problemática, vide o estudo e diretrizes da mais ampla visão, que o conhecimento global da *"experiência e cultura"* autoriza ao Mestre dos Mestres Miguel Reale, sob o título *"superamento do federalismo oitocentista"*, em sua mais recente obra, *"O HOMEM E SEUS HORIZONTES"*, Editora Convívio, São Paulo, 1980, págs. 144/148.

De uma forma ou de outra, o que nos parece relevante em momentos como o deste Congresso de juristas, é sensibilizar o Poder Central em relação a essa necessidade, não só fazendo coro com os justos reclamos dos Estados e Municípios, mas demonstrando o verdadeiro interesse de caráter nacional dessas medidas que se fazem, cada dia, mais prementes, perante a própria conjuntura internacional.

A potestade da União, ao abarcar preponderantemente o Poder Regulatório e o Poder Tributário, só poderia ser justificada no sentido de, com o primeiro dirigir mais unitariamente a política do desenvolvimento econômico e com o resultado quase totalizante da

arrecadação, distribuir este o mais possível aos Estados e Municípios, para que estes, como entidades mais próximas das realidades sociais, possam criar condições para a produção de bens e serviços destinados à satisfação das necessidades internas, e especialmente os exportáveis, na busca de divisas para a Nação.

Os impostos são ônus internos, suportados pelos jurisdicionados do território de cuja soberania se beneficiam e à qual se sujeitam.

Exportam-se bens e serviços mas não se exportam impostos. Impostos são meio de captação de moeda doméstica para inversão em serviços públicos e desenvolvimento econômico.

Ora, se a Constituição colocou a tributação a serviço do desenvolvimento econômico, dentro do próprio texto e contexto constitucional, cabe à **Constituição** prover aos Estados e Municípios no sentido de engajá-los no desenvolvimento que ela mesma prevê.

Nada adianta, do ponto de vista da balança comercial, a União receber impostos ou moeda doméstica em *"superavit"*, com o qual não pode obter divisas.

Estas só serão conquistadas quando os Estados-membros e especialmente os Municípios dispuserem de rendas suficientes para oferecer **as infra-estruturas** exigidas pela moderna e avançada tecnologia da produção. Somente então é que as atividades produtoras do setor privado ou as empresas públicas poderão produzir bens e serviços para a comunidade nacional, em quantidade e **qualidade** competidoras para a conquista de mercados externos.

Esta será a forma tributária de melhoria das infra-estruturas e de reposição das engrenagens da máquina pública, para o esforço global e exportador da produtividade agropecuária e industrial.

AS ATIVIDADES PRODUTORAS NACIONAIS

Enquanto a iniciativa privada nacional, buscando capital em sua própria poupança; obtendo alguns meios técnicos de produção com seu próprio engenho e arte ou dentro do próprio ambiente interno, ou ainda, obtendo em negociações o concurso equilibrado de capitais e tecnologia externos, se esforça na produção, não devia ter que se defrontar com **ingente burocracia interna**, mas, ao contrário, contar com o **apoio do Governo** e a **neutralização** contra os impactos multinacionais. Além de ter de lutar dentro da já citada escassa infra-estrutura de nossos Municípios, ela vem sofrendo os excessos da burocratização com a impressionante escalada de transferências dos encargos dos funcionários fiscais, pois cada vez mais os lançamentos diretos e mistos estão passando quase exclusivamente para os sistemas de auto-lançamentos, arrecadações na fonte e multiplicados os livros de controle, registros, guias, notas etc. em todos os níveis das tributações federal, estaduais, municipais, das arrecadações dos Institutos de previdência, de controle econômico, trabalhistas e tantos milhares, que a própria rede bancária precisou ser acionada em socorro dos sofrendores e asfixiados contribuintes.

Já em 1965, em nosso livro "Teoria do Lançamento Tributário", clamando pela desburocratização, escrevemos nas conclusões:

231 — Por tudo que vimos verificando, pode-se constatar que é pelo mecanismo do lançamento que o Estado Tributário mais efetivamente interfere nas atividades privadas e em nosso país ele está cada vez mais transferindo aos cidadãos enorme carga de obrigações que originária e primordialmente cabe à administração pública.

232 — Realmente é por meio da atividade de lançamento que a administração investiga, apura e afinal individualiza a obrigação tributária para concretizar a imposição sobre a renda ou patrimônio do contribuinte. É sem dúvida uma atividade administrativa que implica em interferência na esfera dos direitos individuais. Já vimos que é o próprio contribuinte que, tendo a melhor ciência e consciência dos fatos fiscais com ele relacionados, é quem pode prestar a melhor colaboração ao fisco, nesse setor.

Entretanto, ao invés de o fisco contentar-se com a já preciosa colaboração no esclarecimento dos fatos, ele vem se excedendo de tal forma, que está dia por dia, entre nós, transferindo os próprios serviços burocráticos e até os riscos da interpretação e aplicação das leis tributárias para os contribuintes que não são remunerados para a prestação desses serviços, mas muito pelo contrário, pagam tributos para remunerar aos funcionários que devem exercê-los, exatamente porque precisam do seu tempo para dedicá-lo às suas atividades normais.

233 — Se do prisma do Estado de direito tal desigualdade representa uma manifesta ofensa à ordem jurídica (art. 141 — hoje 170 — da Constituição), examinado sob o prisma também constitucional da ordem econômica e social isto representa uma burocratização da iniciativa privada que não só ofende a liberdade assegurada pelo art. 145 — hoje 153 — da Constituição, mas causa perturbação na produção nacional, desviando coativa e indevidamente as atividades privadas.

Quando mais a nação em desenvolvimento está precisando de aumento de produção, a própria legislação, quer na esfera federal, quer nas estaduais, como nas municipais, vem errônea e progressivamente criando, impondo e transferindo serviços burocráticos aos cidadãos.

Convém notar, a esta altura, que isto não representa divisão ou racionalização de trabalho, pois quanto mais autolançamentos, quanto mais livros fiscais, quanto mais guias, notas, enfim, documentário de controle vai sendo criado, com enorme dispêndio e serviço burocrático para os particulares, maior vai sendo também o número de funcionários necessário para examinar e fiscalizar esse volumoso material e o que a prática diária tem demonstrado é precisamente que a burocracia está sendo espalhada e contaminando as atividades privadas quando, pelo contrário, devia limitar-se o mais possível ao âmbito das repartições fiscais que existem, foram criadas e são financiadas para se encarregarem desses serviços.

234 — Uma das obrigações elementares e mesmo indelegáveis do Estado é a de assegurar aos cidadãos a certeza do direito como lhes garantir a justiça de sua aplicação. É verdade que a interpretação como a aplicação finais ou conclusivas somente são outorgadas em nosso sistema pelo Poder Judiciário, mas como na via administrativa já são exigidas obrigações legais dos contribuintes, nessa mesma via tem o poder público o dever de esclarecer as dúvidas e procurar aplicar da melhor forma possível o direito. Entretanto, até nesse setor ele vem transferindo essa função aos particulares, de maneira a colocá-los sob o risco de errônea interpretação, num ambiente em que o Estado legislador cada vez torna mais difícil e complexa a própria legislação tributária".

Recentemente a Associação Internacional de Direito Fiscal (IFA), a mais renomada e extensa associação que congrega os experts em Direito Financeiro e Tributário, tanto das Fazendas Públicas como professores e juristas desse campo do universo fiscal, que lhe valeu ser elevado a órgão consultivo da ONU, no 34º Congresso que reuniu mais de 2.000 especialistas em Paris, em setembro último, tratou precisamente do gigantismo fiscal e sobretudo do diálogo entre Fisco e Contribuinte, especialmente tendo em vista a simplificação tributária, relatando providências com êxitos, em vários países. Neste sentido publicamos nas edições de o Estado de São Paulo, de 12 a 26 de outubro último, comentários e partes dos relatórios e das conclusões sob os títulos "PREVENÇÃO E HARMONIA FISCAL" e "INSTRUÇÕES FISCAIS PARITÁRIAS".

Entretanto, embora agora tenha o Governo Brasileiro lançado a campanha da desburocratização, no setor fiscal estamos ainda deparando com essa contínua escalada das transferências burocráticas.

Dentro desse quadro, hoje queremos, para concluir, ressaltar

A URGÊNCIA DA REFORMULAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

Na monografia intitulada IPI-IMPOSTO SELETIVO, que se encontra no prelo da Editora Saraiva em São Paulo, o Prof. Paulo Roberto Cabral Nogueira examina a evolução histórica do chamado imposto de consumo no exterior e especialmente no Brasil e, com base na legislação interna e estatísticas, demonstra a sua atual errônea extensão a milhares de produtos essenciais ao consumo e aos investimentos, pondo em destaque, circunstanciadamente, os excessos e distorções. Também no plano constitucional demonstra que não existe, nem deve existir "imposto de consumo", mas apenas "imposto sobre consumos especiais". O autor conclui com propostas concretas de alterações, esclarecendo que não há necessidade de reforma ou emenda constitucional para essa correção, mas é apenas dever e função do legislador cumprir os novos preceitos constitucionais, por meio de legislação complementar.

Para abreviar esta palestra e não sacrificar como o fisco todos estes queridos colegas que também são contribuintes-consumidores, e pacientemente nos ouvem, vou apenas depois de ter falado sobre a produção, consumo e exportação, assim resumir:

- O Imposto de consumo ou IPI, com a extensão que atingiu em nosso País, está errado. O que deve existir é apenas o imposto **sobre consumos especiais**.
- Esta reformulação do Imposto sobre Produtos Industrializados que o texto da Constituição e o Sistema Tributário Nacional determinam, ainda não foi obedecida.
- Se a tributação está a serviço do desenvolvimento econômico, é inconcebível a extensão da vigente Tabela de incidências sobre **produtos essenciais** destinados, tanto ao consumo, como aos investimentos.
- O gigantismo a que atingiu a atual Tabela do IPI transformou-o em um **imposto geral** sobre as despesas de consumo, como de investimento, ao invés de se limitar a um **imposto sobre consumos especiais** de produtos selecionados como **não essenciais**, tais como os de vícios e os suntuários.
- Além da agravação ímqua em relação à justiça social, a excessiva extensão a milhares de produtos com alíquotas de impotente arrecadação, só estão servindo para onerar e burocratizar, com inúmeras e inúteis obrigações fiscais acessórias, as atividades produtoras, porque elas estão sendo desviadas de suas finalidades autênticas e normais, havendo hipóteses em que os ônus burocráticos são superiores aos do próprio imposto.
- De outro lado, a maioria das alíquotas são deficitárias para a própria Fazenda, que na imposição, arrecadação e fiscalização gasta mais do que o produto da arrecadação.
- A seleção como **ato valorativo** é função primordial da competência do legislador, na escolha dos **produtos não essenciais** que devam ser tributados. Num segundo momento, e como instrumento auxiliar, cabe ainda ao legislador ordinário utilizar-se da faculdade de escalonamento das alíquotas dentro da Tabela, para acomodar a carga tributária em razão da mesma seletividade, baseada sempre na essencialidade de consumo dos respectivos produtos.
- Há necessidade urgente de uma reformulação do atual IPI para concentrá-lo sobre produtos selecionados em razão da essencialidade, na conformidade dos novos textos constitucionais, para corrigir a injustiça social e a nefasta burocratização das atividades produtoras, que vem prejudicando o desenvolvimento econômico.
- Enfim, racionalizar, simplificar e afinal qualificar e estruturar esse tributo **como imposto sobre consumos especiais** e instrumento, não só de captação de moeda, mas de regulação dos consumos não essenciais, isto é, somente sobre os de vícios e suntuários, com melhoria do próprio resultado da arrecadação.

LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS À PROPRIEDADE

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

Escreve F. SPANTIGATI em seu MANUAL DE DERECHO URBANISTICO: "El criterio metodológico fundamental que debemos obedecer es el de que la construcción jurídica siempre está condicionada por las valoraciones ideológicas; la probidad metodológica exige que nos demos cuenta de este hecho y que expresemos claramente los juicios de valor que constituyen el cimiento de nuestras construcciones. No es imaginable que la construcción jurídica pueda ser depurada de los juicios ideológicos, porque el Derecho es precisamente un instrumento de la organización social con objetivos de valor político." (Editorial Montecorvo, 1973, p. 254).

Meu propósito é o de, após uma exposição sintética da teoria das limitações administrativas à propriedade, especialmente das urbanísticas, lançar um pouco de luz sobre o juízo de valor que constituí o cimento dessa construção jurídica.

O URBANISMO

O urbanismo tem hoje um conceito amplo: dirige-se à organização não só dos espaços urbanos, em sentido estrito, das cidades, mas sim, de todo o território; abrange, portanto, qualquer assentamento humano estável. Por outra parte, alcança todas as atividades e setores que possam, de alguma forma, afetar o bem-estar social, visando a assegurar as quatro funções urbanas básicas, quais sejam, habitar, circular, trabalhar e recrear-se.

O urbanismo constitui uma função pública, uma competência da Administração e, no dizer de um autor francês, o urbanismo nasceu de baixo para cima, do local para o nacional, estendendo-se progressivamente até abarcar todo o território da nação.

O urbanismo é, assim, concebido de forma ampla, tanto do ponto de vista de sua incidência no território, quanto do ponto de vista das atividades que abrange.

AS LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS À PROPRIEDADE: características e espécies.

As limitações urbanísticas — que são espécie das limitações administrativas — afetam o uso da propriedade visando, conforme diz HELY LOPES MEIRELLES, ao melhor bem para o maior número de pessoas. E diz-se que elas afeiçoam o uso da propriedade à sua função social, adequando-o às necessidades emergentes da ordenação urbanística.

Palestra proferida no "Curso de Especialização em Direito Urbanístico" promovido pela Procuradoria-Geral do Estado em 1980; revisada pela autora.

Caracterizam-se as limitações urbanísticas, em primeiro lugar, pela sua generalidade. Isso significa que incidem indistintamente sobre um número indeterminado de proprietários, alcançando bens também indeterminados. Elas fixam o limite entre o interesse público e o interesse individual do titular do direito de propriedade, mas sem que se saiba, previamente, sobre que proprietários e bens vão recair. A determinação se dá no momento da aplicação, o que ocorre, basicamente, quando se solicita uma licença para exercer alguma atividade sujeita ao controle pelo Poder Público, como é o caso da edificação e do parcelamento do solo, por exemplo.

Os beneficiários das limitações também são indeterminados, exatamente porque elas objetivam o bem-estar da coletividade; os beneficiários são a própria comunidade.

Outra característica é a necessidade. Por configurarem imposições de natureza pública, as limitações estão contidas em regras cogentes que os particulares estão obrigados a observar. E, como derivam da exigência de conciliação entre o interesse individual do proprietário com os superiores interesses da coletividade, pode-se dizer que se fundam no princípio da convivência dos direitos.

Costuma-se afirmar que as limitações administrativas impõem apenas obrigações de não fazer ou de tolerar. Nesta posição, mantém-se firmes Celso Antônio Bandeira de Mello, assim como Bielsa. Já Hely Lopes Meirelles admite que através de limitações urbanísticas se imponham deveres positivos aos proprietários.

Por serem genéricas, as limitações não conferem direito à indenização; não diminuem especialmente a integridade do direito e não quebram o princípio da igualdade na distribuição das cargas públicas.

Outra característica apontada às limitações administrativas é a de serem ilimitadas em número e espécie, precisamente em razão da multiplicidade de interesses da comunidade que visam a assegurar. Todavia, em intensidade, elas não podem chegar ao ponto de aniquilar o direito de propriedade, esvaziando seu conteúdo econômico.

Diz-se também, das limitações administrativas, que têm fundamento no Poder de Polícia. Mas, o que é o Poder de Polícia que alguns autores, como Augustin Gordillo, por exemplo, negam ser um Poder com características especiais?

De maneira geral, conceitua-se o Poder de Polícia como sendo a atividade estatal condicionadora da liberdade e da propriedade, com o objetivo de assegurar o equilíbrio entre o exercício dos direitos individuais e os interesses da coletividade. É um poder que se manifesta, sempre, com apoio em lei. O princípio da legalidade, consagrado no § 2º do art. 153 da Constituição Federal, impõe que o exercício da atividade de polícia tenha sempre o respaldo da lei.

Por essas características todas, então, as limitações urbanísticas se distinguem, de um lado, das restrições de direito privado, que são, basicamente, as decorrentes do direito de

vizinhança, porque os deveres que a lei civil prescreve são estabelecidos no interesse recíproco dos proprietários e não no interesse da coletividade. Por isso mesmo, esses deveres e obrigações podem ser objeto de convenção entre os proprietários afetados.

De outra parte, as limitações se distinguem de outras formas de intervenção do Poder Público na propriedade, formas em que não existe aquela generalidade que é a principal característica das limitações. Assim, elas não se confundem com as servidões administrativas, nem com as requisições, desapropriações ou tombamentos porque, em todos esses casos, o bem apresenta uma utilidade pública desde logo identificada. Desde o início existe, portanto, a determinação do bem sobre o qual irá recair a intervenção do Poder Público.

Quanto à fonte das limitações urbanísticas, ela está sempre na lei, em razão do princípio da legalidade, pois ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Todavia, de forma imediata, as limitações resultam, principalmente, do plano urbanístico. É que, em matéria de urbanismo, nós não podemos prescindir do plano. A planificação é a base de toda atividade urbanística, exatamente porque ela tem em vista a ordenação do espaço habitável. E sabemos que o plano, em nosso direito, requer agasalho legislativo.

No que respeita a competência para impor limitações urbanísticas, pode-se afirmar, genericamente, que é das três esferas de governo. Trata-se de matéria de natureza administrativa e, portanto, de competência concorrentes da União, Estados e Municípios.

Do ponto de vista do planejamento, a União exerce uma atividade de planejamento em termos de interesse nacional; o Estado provê a interesses regionais e o Município, aos interesses locais. Porém, a verdade é que, no Brasil, as limitações urbanísticas decorrem, quase com exclusividade, do plano diretor do município. Este constitui, então, a principal fonte das limitações urbanísticas à propriedade. A lei do parcelamento do solo — Lei 6.766/79 — é, diga-se, uma primeira tentativa da União de intervir nessa esfera.

Quanto às espécies de limitações urbanísticas, são inúmeras; Hely Lopes Meirelles faz uma tentativa de classificação ou melhor, na verdade, enumera-as e não exaure as espécies possíveis. Vou referi-las apenas a título de ilustração, pois, como anunciei no início da exposição, minha intenção é ir além do exame das próprias limitações.

Temos, assim, limitações urbanísticas decorrentes do controle do uso e ocupação do solo, as quais se manifestam, basicamente, através do zoneamento e do parcelamento do solo. Por meio do zoneamento, divide-se a cidade em parcelas, prevendo para cada uma delas usos predominantes ou exclusivos, densidade populacional, localização adequada para certas atividades, volumes de edificação através da fixação de índices urbanísticos (taxa de ocupação e cociente de aproveitamento).

Resultam daí uma série de proibições para os particulares, tais como: não exceder os índices previstos, construindo acima dos volumes permitidos, não implantar uso proibido, desconforme com a zona, e assim por diante. Penso que nada impede algumas determinações positivas, como o dever de pavimentação ou arborização de calçadas, por exemplo. Mas, fundamentalmente, fica-se no plano das proibições, das obrigações de não fazer.

Em matéria de loteamentos, a Lei 6.766/79 prescreve uma série de limitações urbanísticas, tais como o dever de custear a urbanização mínima, a reserva de áreas de circulação e outras, destinadas aos equipamentos públicos; o dever de não fazer lotes menores do que 125 m², não lotear para fins urbanos fora do perímetro urbano, etc.

Há, depois, as limitações decorrentes do traçado urbano, surgindo aí o arruamento que constitui, normalmente, a primeira etapa do próprio loteamento, na medida em que é a divisão da gleba em quadras, as quais, por sua vez, são depois divididas em lotes. O traçado das ruas deve assegurar boa circulação, luz e ar para as edificações. Surge, ainda neste contexto, o alinhamento, linha que separa a propriedade particular do domínio público e que há de ser necessariamente observada pelos particulares, bem como o nivelamento e o recuo. Este último é a distância que se deve manter dentro do próprio terreno relativamente à edificação.

Seguem-se as limitações impostas por exigência de salubridade pública, das quais é preciso distinguir as normas sanitárias específicas das construções, previstas nos Códigos Sanitários, as quais visam a assegurar a higiene das construções individualmente consideradas e não, como as limitações, a salubridade geral do meio urbano. Espécies destas, encontramos na Lei do Parcelamento do solo, no seu art. 3º, veda o parcelamento do solo em terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; em terrenos que tenham sido aterrados com materiais nocivos à saúde pública e em terrenos onde a poluição não ofereça condições suportáveis, até a sua correção. Trata-se, em todos esses casos, de limitações urbanísticas ao proprietário loteador, no que diz respeito ao loteamento, mas que visam a proteger a salubridade pública, evitando que alguém venha a adquirir um terreno e a edificá-lo ou a exercer outra atividade urbana em locais ou áreas que não oferecem condições para tanto, pela potencialidade de ocorrerem riscos à saúde da população.

As limitações decorrentes da estética urbana incidem sobre a edificação de muros, fachadas; as decorrentes da segurança pública podem ser ilustradas pela proibição de levantar construções nas encostas de morros.

No que diz respeito às limitações resultantes da proteção ecológica, encontramos exemplo na lei do parcelamento do solo, quando proíbe parcelar o solo em áreas de preservação ecológica — a menos que se queira ver aí uma regra de direito civil.

Os Códigos de Obras dos municípios também podem conter limitações urbanísticas, conquanto a maioria das suas regras sejam normas técnicas pelas quais se busca assegurar a segurança e higiene das construções individualmente consideradas.

ENFOQUE CRÍTICO DAS LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS: A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Após esta apresentação sumária da teoria das limitações urbanísticas que se encontra exposta com clareza, simplicidade e precisão em Hely Lopes Meirelles, sobretudo no seu "Direito de Construir", pretendo agora mostrar que a afirmação corrente de que, através das limitações, o Poder Público visa a dar concreção ao princípio da função social da propriedade, não é rigorosamente verdadeira, pois o juízo de valor que constitui o cimento desta construção jurídica continua sendo, apenas, a preservação da liberdade individual. No fundo, nada — ou, muito pouco — mudou, desde a revolução francesa.

Assim é, de uma parte, porque a técnica das limitações à propriedade só pode ser entendida se se partir do caráter abstrato e indefinido que o direito de propriedade tem nas codificações liberais. As limitações não passam de instrumentos de definição de atividades que, contrastadas com o interesse público, se revelam prejudiciais e, por isso, são proibidas. Mas, em princípio, estão compreendidas dentro dos poderes ou faculdades que a lei assegura ao proprietário.

Ouer dizer, as codificações liberais têm como nota característica o individualismo, pois todo o sistema jurídico está preordenado a assegurar o uso e gozo da propriedade, tendo em vista a satisfação dos interesses individuais do proprietário; os da coletividade estão sempre subordinados ao interesse individual, egoístico, do titular do direito.

A outra tônica é a liberdade. Quando lemos no Código Civil que a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor dos seus bens, devemos entender que a lei assegura ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor livremente da sua propriedade. A liberdade é que assinala o caráter indeterminado do conteúdo do direito.

Por isso, o direito de propriedade se apresenta como um direito de extensão e conteúdo variáveis, suscetível de alcançar o máximo — ao qual sempre tende —, podendo ser restringido pelo Poder Público, em determinadas ocasiões, para atender a determinados interesses coletivos.

A definição do direito de propriedade é feita pela lei em termos abstratos e hipotéticos exatamente para assegurar a liberdade e o individualismo; toda vez que se concretiza alguma limitação prescrevendo que isto ou aquilo o proprietário não pode fazer, diz-se que está restringindo o direito de propriedade, embora não se saiba, antes, qual é o conteúdo e a extensão deste direito. Dizer que o proprietário pode usar e gozar de seu bem, evidentemente, não diz nada de concreto sobre este uso e gozo.

Assim, quando se concretiza algum uso para proibi-lo, porque naquele momento se afigura prejudicial ao interesse público, afirma-se que há restrição ao direito, embora o titular nem conhecesse todos os usos possíveis.

A intervenção do Poder Público através das limitações tem, quase que exclusivamente, um caráter negativo, assinalando aquilo que o particular não pode fazer. E a atividade do poder de polícia se caracteriza, exatamente, por esta mesma nota, inspirada sempre no princípio liberal do "laissez faire". Daí resulta um outro princípio, que todos nós conhecemos em direito público, o de que, havendo várias possibilidades de intervenção, há de se exercer aquela que é menos restritiva, menos gravosa para o particular. Tal concepção é nitidamente liberal, pois o critério para a atuação do Estado é não o bem-estar social, mas o interesse do particular.

Quando, então, se afirma que o poder de polícia se exerce com base no art. 160, III, da Constituição, com vistas a assegurar a função social da propriedade, no fundo mantém-se inalterado o conceito liberal de propriedade, porque o proprietário goza e dispõe e, apenas à margem do exercício dessas faculdades, alguma utilidade pública pode ser retirada da propriedade. Fica, portanto, uma nítida separação entre o interesse privado e o interesse público.

As normas que o Estado edita e com base nas quais exerce seu poder de polícia são normas que protegem o interesse público apenas negativamente. Esta construção, típica do estado liberal, permanece, ainda hoje, íntegra na teoria das limitações administrativas à propriedade.

Todavia, desde a primeira grande guerra, quando, especialmente com a Constituição de Weimar, começam a ser inseridos certos princípios sociais nas Constituições, a situação mudou bastante. A Constituição de Weimar dizia que a propriedade obriga e que está a serviço do bem-estar social. Opera-se, a partir dessa época, em razão das duas guerras, uma profunda transformação nas concepções sobre o papel que o Estado é chamado a desempenhar na sociedade. Nas Constituições de após guerra, como a espanhola, a italiana e a alemã de Bonn, se inscrevem objetivos sociais que transformam a própria noção de direito subjetivo. Este, na concepção tradicional, elaborada a partir de concepções liberais, é definido como sendo o poder jurídico da vontade e, portanto, um direito estático; através dos valores sociais protegidos nas modernas Constituições, esta concepção de alguma forma se dinamiza.

À medida em que se passa de uma democracia formal para uma democracia material, o princípio individualista é substituído, na sua função ordenadora, por um princípio solidarista. Nossa Constituição também prevê a função social e essa função social que, de alguma forma, todas as Constituições consagram, é que se transforma, então, no princípio ordenador do regime jurídico da propriedade no Estado de Bem-Estar Social. Só que, a fim de que esta função social seja realmente alcançada, é preciso que se introduza na própria estrutura do direito subjetivo, a ele atribuindo a função positiva de realizar, de alguma forma, também o interesse coletivo, ao lado da satisfação que ele continua a produzir para seu titular, individualmente considerado. Através da idéia de função dinamiza-se o direito subjetivo.

Podemos dizer que no nosso sistema positivo o direito de propriedade assegurado pelo § 22 do art. 153 é um direito com função social, tendo em vista o art. 160, III. Mas, com isso, não dizemos muita coisa, porque a diferença entre o sistema liberal e o sistema num Estado de Bem-Estar Social está em que naquele não se excluía senão interesses que pudessem causar prejuízo a outrem enquanto que hoje o ordenamento deveria proteger só alguns interesses, exatamente aqueles que correspondem à função que inspirou o reconhecimento do direito.

Então, a idéia de função social, a fim de que fosse efetivamente operante, implica uma superação dessa distinção entre interesse público e interesse privado que, na teoria das limitações, continua nitidamente existente. O proprietário continua a poder tudo, sem que se saiba o que seja este tudo e que, por sua vez, é restringido em algumas circunstâncias, quanto a algumas faculdades.

Se se pretendesse dar verdadeira concreção à função social, dever-se-ia inseri-la no próprio bojo do direito, de forma que este direito seja protegido, não como algo abstrato e hipotético, mas, sim, como um conjunto de faculdades concretamente definidas. Neste sentido, o verdadeiro significado da função social seria de que ela não limita as faculdades que não se inspiram neste princípio, mas, exatamente, exclui estas faculdades da própria formulação do direito. Nasceria daí um direito novo que não é limitado pelas necessidades públicas, mas, sim, definido positivamente de acordo com elas.

Isso tudo se resume então no seguinte: em lugar de se partir, sempre, de um direito amplo que o Poder Público restringe, se partiria de alguma coisa muito mais restrita, mas em sentido positivo. O que pode o proprietário? Não qualquer coisa que ninguém sabe o que é, mas, sim, aqui e agora, isto e aquilo e não mais do que isso. É na propriedade urbana que esta concretização das faculdades vai aparecer com mais nitidez.

Quando falamos em função social temos a impressão de estar falando de algo muito vago; mas o art. 160 nos permite chegar, pelo menos, a um sentido da expressão, bem objetivo e concreto e que precisamos assumir em toda a sua extensão. Diz ele no "caput" que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base nos seguintes princípios: liberdade de iniciativa, etc..., função social da propriedade. Ora, na medida em que se tem por fim realizar o desenvolvimento nacional, noção essencialmente dinâmica, podemos afirmar que a função social reside, no mínimo, sempre, numa atividade, num fazer, que é a exploração, a utilização dos bens, objeto do direito de propriedade. A inércia é anti-social. A propriedade garantida pelo § 22 do art. 153 aparece então como sendo aquela que, de alguma forma, é tornada produtiva. Senão, como é que vamos alcançar um desenvolvimento nacional? Com terrenos urbanos ociosos? Com propriedade rural improdutiva? A inércia vai nos levar a nenhum tipo de desenvolvimento.

Parece nítido, portanto, que se há de entender por função social — tendo em vista que é um dos princípios da ordem econômica, a qual, por sua vez, tem por fim realizar o desenvolvimento nacional — no mínimo, uma postura ativa, de exploração da propriedade

visando à produção de riqueza. Nesta perspectiva, o legislador ordinário concretizaria a função social na medida em que estabelecesse, para o proprietário, deveres positivos, de fazer.

Na propriedade urbana, preceito típico que nós não temos no nosso sistema, consiste na obrigação de construir em determinado prazo, sob pena de desapropriação.

O princípio da função social afigura-se como um princípio ordenador do nosso direito. Ordenador no sentido de que o regime jurídico da propriedade nele há de se inspirar. Mas é também um princípio interpretativo. A este propósito, vou ler um trecho de uma sentença de Tribunal espanhol, que ilustra a utilização desse princípio interpretativo. Diz-se, nesta sentença, que "não é lógico interpretar restritivamente preceitos de finalidade urbanística que estão claramente dirigidos a proporcionar o melhor e o mais rápido desenvolvimento das populações". Assim, aquela interpretação que antes referi, segundo a qual, existindo várias possibilidades ou instrumentos de intervenção, se há de escolher aquele que for menos restritivo para o particular, não pode subsistir em face da função social quando esta é incorporada à própria estrutura do direito. O direito de propriedade assim reestruturado será exercido sempre, necessariamente, de acordo com sua função social.

Ainda nessa linha das transformações que se operaram desde o início do século em direção à crescente importância das considerações sociais, gostaria de referir uma imagem muito ilustrativa do publicista francês Georges Burdeau, quando escreve que a democracia liberal, que é uma democracia formal, se contenta em assegurar abstratamente o exercício dos direitos e liberdades individuais, enquanto que a democracia social, ao direito abstratamente garantido de ir e vir, acrescenta um cupon de transporte.

Inserindo-se nos textos constitucionais esta preocupação social antes inexistente e que, no caso brasileiro, se expressa, entre outros, através do princípio da função social da propriedade, tem-se como consequência inevitável uma mais intensa intervenção do Poder Público na esfera antes reservada aos particulares. Mas, no Brasil, em termos de propriedade, ainda não dispomos de instrumentos eficazes no que diz respeito à ordenação urbanística. Para o jurista renasce, portanto, o desafio de encontrar as fórmulas legais capazes de conciliar a liberdade individual com a necessidade de uma ordem social mais justa.

PROPRIEDADE URBANA: algumas considerações.

Gostaria de, finalizando a exposição, tecer algumas considerações em torno da propriedade urbana e o conceito de solo.

Precisamos não esquecer que, antes de ser objeto de direito individual, o solo constitui um bem de interesse público porque ele é o nosso chão, a base de assentamento das populações. Antes de o termos como objeto de direito de propriedade, o solo é suporte da nossa própria vida.

Existem alguns dados impressionantes como, por exemplo, o de que, se o crescimento da população mundial continuar da forma como vem ocorrendo, no ano 3.000 prevê-se que cada pessoa terá 15 cm² para se mover. E no Brasil, segundo dados publicados pela FIBGE há algum tempo, no ano 2.000, 78% da população estará concentrada nas cidades.

A evolução da técnica de construção, possibilitando amplo aproveitamento vertical do solo tanto para cima, através da construção de edifícios, como para baixo, no subsolo, através da construção de túneis, metrô e inúmeras edificações subterrâneas — basta lembrar a duplicação subterrânea de Pequim — viabiliza concentrações populacionais fantásticas.

Estes dois aspectos talvez já bastassem para que se possa perceber que o regime jurídico da propriedade urbana há de ter características especiais.

Mas eu enumeraria algumas características do solo, apontadas em análise feita por Angel Sustaeta Elustiza:

- 1) o solo é um bem dado pela natureza e é permanente; não podemos criar solo como podemos criar outros bens, objeto do direito de propriedade;
- 2) é limitado em posição horizontal, pois o globo terrestre tem limites definidos; podemos apenas "criar solo" em sentido vertical e figurado, daí a idéia do "solo criado";
- 3) o solo não deprecia e não necessita de gastos para a sua conservação, o que também o diferencia de outros bens, objeto do direito de propriedade;
- 4) o solo é um elemento que incorpora riquezas não geradas pelo seu proprietário; quer dizer, a valorização do solo se dá independentemente de qualquer atividade do proprietário. Não resulta do seu trabalho, mas sim, simplesmente, da capacidade de absorver riquezas produzidas pela comunidade, seja através de obras públicas, infra-estrutura urbana, serviços públicos, etc., seja pela proximidade de centros comerciais ou industriais que aos poucos vão sendo implantados por outros particulares.

Assim, o valor da terra urbana, na verdade, não resulta de sua escassez, mas sim, da acessibilidade. Acessibilidade no sentido de ser dotada de infra-estrutura e no sentido da disponibilidade: numa cidade que cresce, é preciso ter solo disponível, num determinado momento, em certo lugar.

Por estas características todas é que o solo não constitui mercadoria igual às outras, não é objeto de comércio. E salta aos olhos que a exploração imobiliária representa o uso mais anti-social que se possa conceber em termos de propriedade urbana; se se desse efetiva concreção ao princípio constitucional da função social da propriedade, é evidente que o legislador ordinário deveria, há muito, ter instituído mecanismos capazes de coibi-la.

O direito de propriedade urbana caracteriza-se por ser um direito planejado e por ser submetido à função pública do urbanismo; a ordenação do território implica a atividade de planejamento e esta se refere, sempre, ao uso do solo e, portanto, à propriedade.

O chamado direito de construir, que é a mais importante faculdade contida no direito de propriedade urbana, vai se concretizando ao longo de todo um procedimento, ao cabo do qual seu conteúdo estará claramente definido. Na propriedade urbana se constrói, não o que se quer, mas apenas aquilo que a legislação — lei do parcelamento do solo, lei de zoneamento, Plano Diretor, etc. — permite seja construído. Por isso é que a afirmação de que a liberdade de construir é o princípio, formando as restrições, as exceções, me parece traduzir uma visão um pouco irreal, na cidade de hoje.

E porque o proprietário tem um direito de construir já inteiramente delineado pelo Poder Público, sinala-se uma outra figura do direito urbanístico e que é o destino urbanístico do solo.

O destino urbanístico consiste na utilidade legal de um terreno, porque é aquele aproveitamento que a Administração estabeleceu para a área em que se encontra. A Lei 6.766/79 prevê este destino urbanístico porque, só permitindo o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas ou de expansão urbana, implicitamente classificou o solo em: solo urbano, urbanizável e solo não urbanizável, que é o solo rural.

BIBLIOGRAFIA

SPANTIGATI, Federico — Manual de Derecho Urbanístico, Editorial Montecorvo, 1973, Madrid. Tradução do Prof. Ramón Martín Mateo

COLLADO, Pedro Escribano — La Propiedad Privada Urbana, Editorial Montecorvo, Madrid, 1979

ELUSTIZA, Angel Sustaeta — Propiedad e Urbanismo, Editorial Montecorvo, Madrid, 1978

MEIRELLES, Hely Lopes — Direito de Construir, 3ª edição refundida, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de — Elementos de Direito Administrativo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.

BIELSA, Rafael — Restricciones y Servidumbres Administrativas, J. Lajouane — Cia Editores, Buenos Aires, 1923

PARECERES

ENFITEUSE

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 4.564

ENFITEUSE.

ALIENAÇÃO DE DOMÍNIO ÚTIL.

Competência legislativa federal e estadual.

A infração à disposição de lei estadual não produz a invalidade de ato jurídico disciplinado pelo Código Civil.

Interpretação de normas do Decreto estadual nº 174, de 1940.

ARROZEIRA BRASILEIRA S/A, titular do domínio útil de terreno foreiro do Estado do Rio Grande do Sul, requereu ao Senhor Secretário da Fazenda, em julho de 1977, licença para transferir a terceiros o direito que tinha sobre o imóvel.

Verificou-se, no curso do expediente, que a postulante tinha débitos para com a Fazenda estadual, relacionados com o ICM, razão pela qual a licença não poderia ser, como não foi, concedida.

Para contornar esse obstáculo, a requerente efetivou o pagamento do laudêmio e, por escritura pública lavrada no Estado do Rio de Janeiro, em janeiro de 1979, alienou aos Senhores F. C. B. S., K. M e L. C. C. B. S. o domínio útil. É de notar que deste ato o Estado dó foi notificado a 24 de abril de 1980, por petição que ao Senhor Secretário da Fazenda dirigiram os adquirentes. Para que fique completo o elenco dos fatos que interessam à matéria jurídica a ser discutida, cabe mencionar que em agosto de 1979 ARROZEIRA BRASILEIRA renovou o pedido de autorização para transferência.

2. Argüiu-se, no expediente, invalidade do ato jurídico de alienação do domínio útil, por discrepante com o estabelecido nos artigos 54 e 104 do Decreto Estadual nº 174, de 20 de novembro de 1940, que assim declaram:

"Art. 54 — A transmissão "inter vivos" e o desmembramento da propriedade não poderão ser feitos sem prévia autorização do Secretário da Fazenda, solicitada em requerimento."

"Art. 104 — Nenhuma licença de transmissão será concedida sem que o foreiro esteja em dia com a Fazenda do Estado e sem que tenha efetuado o recolhimento da importância relativa ao laudêmio de 5% fixado pela lei em vigor por ocasião da transferência ao Estado do domínio sobre os terrenos reservados."

3. Duas são as questões principais a serem solvidas. A primeira, de caráter mais geral, diz com a fixação da linha divisória entre Direito Civil e Direito Administrativo, no que se relaciona com a enfiteuse de bens públicos. A segunda entende com a determinação do exato alcance das normas estaduais sobre bens enfitêuticos de propriedade do Estado do Rio Grande do Sul.

4. São freqüentes os pontos de contacto entre Direito Administrativo e Direito Civil. Freqüente é também, no Estado moderno, a adoção de instituições de Direito Privado para a perseguição de fins públicos. Inversamente, número sempre maior de pessoas, naturais ou jurídicas, de Direito Privado, assumem funções de manifesto interesse público. Tudo isso criou dilatadas faixas em que o setor público e o setor privado de certo modo se interpenetram, tornando extremamente difícil a identificação, num vasto elenco de situações concretas, se tais casos estariam regidos por regras de Direito Público ou de Direito Privado. Essa circunstância levou MARTIN BULLINGER a questionar a utilidade de manter a milenar distinção entre Direito Público e Direito Privado, não pelas razões eminentemente formais com que KELSEN condena o discrimine ("*Teoria Pura do Direito*", Coimbra, 1962, p. 165 e segs.), mas pela impossibilidade que vislumbra de separar, materialmente, o que pertence a um e outro setor ("*Derecho Publico y Derecho Privado*", Madrid, 1976, "*passim*").

5. Se, todavia, especialmente naqueles países em que a justiça administrativa é distinta da justiça comum, ou em que, como o nosso, em razão da estrutura federativa, é diversa a competência para legislar sobre direito público ou direito privado, é irrenunciável a clássica divisão dualista, não se pode deixar de reconhecer que estão em crise as teorias tradicionais propostas para estremar com nitidez os dois campos.

6. A teoria do interesse, fundada na famosa distinção de Ulpiano (D. 1.1.1.2), segundo a qual "*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*", é, hoje em dia, inaceitável. Pelo critério do interesse integram o Direito Público as normas que disciplinam situações em que os interesses em jogo são públicos. Não se pode esquecer, entretanto, que há muitas regras jurídicas que, embora tenham por objeto relações entre particulares, perseguem também fins acentuadamente públicos. É o que acontece, por exemplo, com os preceitos de Direito de Família. De outro lado, como já mencionamos, muitas vezes o Estado se utiliza de formas do Direito Privado para a realização de seus objetivos de caráter exclusiva ou predominantemente públicos. Só isso serve para mostrar que o critério propugnado pela teoria do interesse não daria a mínima segurança na classificação das regras jurídicas, se de Direito Público ou de Direito Privado.

7. Insatisfatória é também a teoria da subordinação. Segundo ela, a distinção entre Direito Público e Direito Privado não estaria nos fins contemplados na norma (como sucede com a teoria do interesse), mas nos meios específicos que o ordenamento jurídico concede ao Estado para a realização dos seus objetivos. O meio de que ordinariamente se serve a Administração Pública, para esses fins, são medidas unilaterais e coercitivas. Numa palavra, é o seu "*imperium*". Enquanto as relações entre particulares se desenvolvem em plano de igualdade, tendo como fundamento principalmente as manifestações de vontade

dos indivíduos, as relações entre estes e o Estado se estabelecem, nas mais das vezes, em planos desiguais, pois um ordena e proíbe e ao outro não resta senão obedecer e submeter-se. A crítica que se faz a esta teoria (ainda hoje de grande prestígio nos países de expressão alemã) é a de que no Direito Privado também há relações de subordinação (p. ex., no Direito de Família, entre outras, as relações jurídicas nas quais a "*patria potestas*" tem caráter dominante) e que se encontram no Direito Público relações de coordenação (p. ex., contratos e convênios entre pessoas de direito público). Além disso, o Estado moderno não age apenas de modo coercitivo, aplicando penas e restabelecendo unilateralmente deveres e obrigações para os indivíduos. Uma das características do Estado social, em contraste com o Estado liberal burguês, é a realização de uma gama variadíssima de prestações em benefícios dos particulares, sem que haja nessa ação qualquer nota autoritária. Na verdade, o Estado que mantém hospitais, creches e escolas, que presta assistência médica, que distribui merendas, que constrói ou estimula a construção de casas para pessoas de baixa renda, que subvenciona o pequeno agricultor, não estabelece, em muitas dessas situações, relações de subordinação com os indivíduos, e no entanto essas funções são hoje tidas como próprias do Estado e regidas freqüentemente pelo Direito Público. No mundo moderno e especialmente em países economicamente mais desenvolvidos pode-se mesmo dizer que a chamada Administração prestadora de benefícios (a "*Leistungsverwaltung*" dos alemães) assumiu um papel mais relevante do que a Administração que se manifesta imperativamente, por providências unilaterais (*Eingriffsverwaltung*). Por certo, a existência de relação de subordinação, ou de "*imperium*" estatal, denuncia em princípio área regida pelo Direito Público. A inexistência de subordinação ou "*imperium*" não quer dizer, entretanto, que se trata de território à sombra do Direito Privado, pois, como acentuamos, há relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Público nas quais não se percebe qualquer traço de coerção.

8. A doutrina e a jurisprudência francesa que haviam consagrado a teoria da subordinação da célebre distinção entre "*actes d'autorité*" e "*actes de gestion*", a partir do "*arrêt*" BLANCO (1873) passaram a tentar estabelecer o discrimine entre o Direito Público e Direito Privado e, conseqüentemente, a definir a competência dos tribunais comuns e dos tribunais administrativos, pelo critério e pela teoria do serviço público. Temos aí, portanto, uma terceira teoria. Por serviço público, numa fórmula breve, entende-se a atividade desempenhada pelo Estado visando fins de interesse público. Segundo os adeptos dessa posição doutrinária, as normas que têm por objeto relações jurídicas estabelecidas como imediata decorrência do exercício do serviço público seriam de Direito Público. A noção foi intensamente trabalhada pela "*escola do serviço público*", cujas expressões maiores, como é notório, são DUGUIT, JÈZE e BONNARD. Contudo, a expansão das atividades do Estado e a utilização de instituições do Direito Privado mesmo na realização de funções e tarefas de interesse público (a chamada *gestão privada de serviços públicos*) esfumaram a precisão das linhas distintivas, retirando do serviço público o caráter de critério absoluto, quer para o discrimine entre Direito Público e Direito Privado, quer para a identificação da competência da justiça administrativa e da justiça comum (sobre isso, por todos, J. L. CORAIL, "*La Crise de la Notion de Service Public*", 1954, "*passim*"). A verificação da insuficiência das teorias do interesse, da subordinação e do serviço público tem levado pensadores modernos a sugerir adoção de critérios mais abstratos e formais. A

essa orientação filiam-se tanto HANS JULIUS WOLFF, com sua reformulação da teoria do sujeito, (WOLFF-BACHOFF, "Verwaltungsrecht", Munique, 1974, vol. I, p. 97 e segs.; H. J. WOLFF, "Der Unterschied Zwischen Öffentlichen und Privaten Recht, in Archiv des Öffentlichen Rechts", 75 (1950), p. 205 e segs.) quando o grupo de juristas franceses adeptos da nova teoria da "puissance publique" (LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, 1973, vol. I, págs. 50 e 51). Não é este o lugar para aprofundar o exame de tais teorias. Bastará dizer que, segundo elas, a distinção entre Direito Público e Direito Privado não está na diversidade de situações de fato previstas na norma (diversidade de "Tatbestand" ou de suporte fático), ou na diversidade de efeitos jurídicos, ou ainda na diversidade de fins perseguidos pela norma ou dos meios por ela concedidos ao Estado, mas sim na diversidade da própria norma de Direito Público que, por se vincular ao Estado, por tê-lo como sujeito, determina um regime extravagante do direito comum. As teorias formais, ordinariamente irrepreensíveis no plano puramente lógico, padecem quase sempre do grave vício de terem diminuto valor prático. A teoria pura do direito, de Kelsen, constitui o exemplo mais eloqüente do que afirmamos. Isso ocorre, porém, sempre que a forma ou o lado externo sejam completamente separados do conteúdo. No caso, entretanto, da teoria do sujeito, é o Estado, como pólo de imputação da regra jurídica, e a atividade por ele desempenhada que, em última análise, determinam a singularidade e a especialidade do preceito. Conteúdo da regra especial, por conseguinte, é sempre uma atividade pública, ou algo que se relacione diretamente com o Estado, ainda que haja atividade pública regulada por normas de direito privado. De qualquer modo, se a norma é especial é porque a atividade do Estado que lhe serve de substrato ou constitui expressão de "imperium", ou destina-se à realização de fins públicos, ou há alguma outra razão qualquer de utilidade pública que é precisamente a razão de ser da regra jurídica extravagante do direito comum. Se a norma especial sempre apresenta conteúdo com alguma dessas características, e se não serve a nota dominante do conteúdo, de "per se", como indicativa da índole pública da regra, — ou porque o conceito em que se subsume seja muito restrito ("imperium"), ou muito extenso (serviço público, interesse público, utilidade pública) — o denominador comum, ao subir-se na escala da abstração, será precisamente a especialidade da norma que visualize o Estado como sujeito em determinadas relações jurídicas, nas quais lhe são reconhecidos direitos ou impostos deveres que não cabem aos indivíduos. Neste caso, a singularidade da norma é uma consequência do conteúdo, ainda que este possa ser, como é, variável.

9. Deste breve excursus sobre a crise da distinção entre Direito Público e Direito Privado fica claramente visto que as dificuldades que perturbam a limpidez da separação resultam todas do crescimento do Estado e da extraordinária ampliação das suas tarefas e das suas formas de atuação, nas quais se utiliza, sempre mais amiudadamente, de institutos que integram o repertório do Direito Privado. O emprego de figurinos do Direito Privado não ocorre só quando o Estado se coloca na posição de "fiscus", procedendo como qualquer indivíduo, o que já era conhecido dos romanos, mas sucede também quando o Estado persegue fins públicos imediatos. Quando isso acontece, há geralmente uma adaptação das normas de Direito Privado aplicadas ao Estado, mesclando-se, por vezes, à teia dessas disposições, preceitos de natureza pública. É que o Estado, qual rei Midas, de al-

gum modo altera tais normas. O regime continua a ser de Direito Privado, mas não é absolutamente igual ao utilizado pelos indivíduos. No passado, constituiu exemplo marcante disso a Lei nº 1.890, pela qual algumas normas da Consolidação das Leis do Trabalho eram aplicadas a servidores do Estado pertencentes a órgãos ou entidades estruturadas em forma de empresa. A adaptação de regras de Direito Privado decorre, ali, de expressa determinação legal. Outras vezes, no entanto, a adaptação resulta da incidência de princípios inseparáveis da atividade estatal, quer esta se realize por pessoa jurídica de Direito Público, quer por pessoa jurídica de Direito Privado, pertencente à Administração Pública descentralizada ou indireta. Assim é que, muito embora as empresas públicas e as sociedades de economia mista estejam sujeitas por imposição constitucional ao Direito Privado no que tange ao Direito das Obrigações, em obediência ao princípio maior da moralidade administrativa, inclina-se a doutrina para o entendimento de que essas entidades têm limitada sua liberdade de celebrar negócio jurídico, sendo obrigadas a realizar licitação, para a contratação de obras e serviços (CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, RDP, 34, p. 5 e segs.; LÚCIA FIGUEIREDO, 37/38, p. 314 e segs.)

10. Ao conjunto de regras de Direito Privado, a que se sujeita o Estado quando busca fins públicos imediatos, deu HANS JULIUS WOLFF o nome de *Direito Privado Administrativo*, com os aplausos da doutrina (sobre a aceitação do conceito no Direito alemão, veja-se, além do próprio H. J. WOLFF, op. cit. I, p. 108 e 109, ERNST FORSTHOFF, "Traité de Droit Administratif Allemand", Bruxelas, 1969, p. 311 e nota 5; no Direito francês, LAUBADÈRE, op. cit. I, p. 37). O Estado estaria, pois, abrangido pelo Direito de três maneiras distintas: pelo Direito Público, especialmente pelo Direito Público Administrativo, quando regido por regras totalmente extravagantes do Direito comum; pelo Direito Privado Administrativo, quando, para a realização de fins públicos imediatos, se sujeita a normas de Direito Privado; pelo Direito Privado simplesmente, quando figura na relação jurídica como qualquer indivíduo ("fiscus iure privato utitur"). É de ressaltar-se, porém, que mesmo ao perseguir fins só mediatamente públicos, raramente é "puro" o regime de Direito Privado aplicado ao Estado. Não é incomum, também, que a atividade do Estado que se inicia disciplinada por preceitos pertencentes a algum desses setores do Direito, passe a situar-se, no seu desenvolvimento, sob regras que integram outro setor. Tal o que ocorre, por exemplo, no campo dos financiamentos ou subvenções realizados pelo Estado, no qual o processo é prévio, em que o interessado pleiteia o financiamento ou a subvenção, transcorre todo sob a égide do Direito Administrativo, sendo ato administrativo típico o que concede a vantagem pleiteada. O contrato de financiamento, porém, e o seu desdobramento posterior, situa-se inteiramente na área do Direito Privado. Tal singularidade levou alguns autores a pensar que se tratava de ato administrativo de duplo grau (*zweistufiger verwaltungsakt*; *acte administratif a deux degrés*). Na verdade, cuida-se de procedimento administrativo, que se conclui com ato administrativo, em conexão com uma segunda fase, de caráter eminentemente negocial, e submetida ao Direito Privado (ERNST FORSTHOFF, op. cit., p. 312).

11. Relembrados os princípios que modernamente orientam a distinção entre Direito Público e Privado, bem como as freqüentes ligações existentes entre as duas partes que

resultam da "magna divisio" do direito objetivo, impõe-se empreender a localização do instituto da enfiteuse dentro desse quadro geral que esboçamos, atentando especialmente para aquelas hipóteses em que tal direito real sobre a coisa alheia tem como objeto bem público estadual.

12. O que há de perquirir-se, substancialmente, é se a enfiteuse submete-se, em tais condições, inteiramente ao Direito Privado, ou se é instituto de Direito Privado, com adaptações de seu perfil legal às peculiaridades do Estado, ou se há duas fases perfeitamente distintas, uma regida integralmente pelo Direito Administrativo e outra disciplinada integralmente pelo Direito Civil. É desnecessário dizer que a exata classificação dos fatos e das regras pertinentes não constitui mero exercício teórico, mas possui inobscurecível significação prática, tendo em vista a repartição de competência legislativa existente em nosso sistema federativo. É sabido que, entre nós, a competência para legislar sobre Direito Civil é privativa da União Federal (CF, art. 8º, XVII, b). É de todos conhecido, também, que a Constituição Federal atribui à União competência para estatuir normas gerais sobre "orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública" (CF, art. 8º, XVII, c), cabendo aos Estados legislar supletivamente sobre essas matérias. Podem os Estados, a pretexto de exercer tal competência, criar hipótese de invalidade de ato jurídico de transmissão de domínio útil, ou essa matéria estará inteiramente sujeita à força normativa do Direito Civil? Esta é, em síntese, a primeira e a maior indagação que neste caso se formula. Tentemos respondê-la.

13. No nosso direito não serve de grande auxílio, no desempenho dessa tarefa, limitar-se a aduzir que os bens públicos objeto de enfiteuse são bens que se classificam no patrimônio fiscal do Estado, também chamados de bens patrimoniais disponíveis ou bens dominicais (CC, art. 66, III). No Direito alemão tais bens estão quase que integralmente sob regime de Direito Privado, sendo mínimas as variações ou desvios, determinados em obséquio à circunstância de ser o Estado o proprietário. Nesse contexto, não pode causar espanto a afirmação de FORSTHOFF de que os bens do patrimônio fiscal devem ser excluídos do Direito Administrativo ("*Das finanzvermogen ist damit aus dem Verwaltungsrecht auszuschneiden*", op. cit., Munique — Berlim, 1956, p. 347, sobre isso, JOSÉ CRETELA JUNIOR, "Dos Bens Públicos", 1969, p. 84, n.º 58, nota 20). Tal afirmação está em plena harmonia com a doutrina germânica (FRITZ FLEINER, "*Les Principes Généraux du Droit Administratif Alemand*", Paris, 1933, p. 216; WALTER JELLINEK, "*Verwaltungsrecht*", 1948, p. 505, H. J. WOLFF, op. cit. I, p. 484, THEODÓR MAUNZ, "*Das Recht der Offentlichen Sachen und Anstalten*", 1957, p. 3), a qual também assevera que a aquisição, alienação e constituição de ônus sobre esses bens seguem os padrões do Direito Privado (MAUNZ e H. J. WOLFF, op. e p. cit.). Não é muito diversa a situação no Direito Italiano, onde se proclama, geralmente, que os bens do patrimônio fiscal regem-se pelo Direito privado (Código Civil, art. 828, § 1º). Diz SANDULLI: "*I beni degli enti pubblici appartenenti al patrimonio disponibile (e cioè quelli cui non possono essere riconosciuti gli attributi della demanialità o della indisponibilità) ricevano un trattamento giuridico in nulla diverso rispetto ai beni dei soggetti privati*" ("*Manuale di Diritto Amministrativo*", Nápoles, 1974, p. 523 e 567). Igualmente, no Direito francês há a separação entre *domaine public* e *domaine privé*. E os bens que integram o último estão, em linha de regra, subordinados ao regime de Direito Privado (LAUBADÈRE, op. cit., vol. II, p. 118 e segs.).

14. O Direito Brasileiro, no entanto, não seguiu essa tendência. Entre nós, sujeitam-se os bens do patrimônio fiscal ao mesmo regime especial que abrange os bens de uso comum ou do patrimônio administrativo. São eles, por conseqüência, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis (RUY CIRNE LIMA, "*Princípios de Direito Administrativo*", 1964, p. 78) e, além disso, não dispensam, de regra, para sua alienação, prévio processo de licitação, disciplinado por regras de direito administrativo das pessoas jurídicas de natureza política a que tais bens se acham vinculados. Desse modo no direito nacional é especial o regime jurídico de bens públicos, de qualquer categoria. Não há um regime jurídico só de direito público, nem há igualmente, como ocorre no Direito Francês, um conceito de *propriedade pública* (RUY CIRNE LIMA, "*Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*", 1953, p. 151) que OTTO MAYER tentou, sem sucesso, introduzir no Direito Alemão (MAUNZ, op. cit. p. 1; FORSTHOFF, op. cit. p. 549, nota 16; ERNST RUDOLF HUBER, "*Wirtschaftsverwaltungsrecht*", 1953, I, p. 64 e segs.) e que HAURIOU, sob a denominação de *propriedade administrativa*, deu feição definitiva (LAUBADÈRE, op. cit. p. 136, JEAN MARIE AUBY e ROBERT DUCOSADER, "*Précis de Droit Administratif*", 1973, p. 280). No Direito brasileiro, à semelhança, neste particular, do que ocorre com o Direito alemão, entende-se que há, quanto aos bens públicos de uso comum e do patrimônio administrativo, a superposição de duas relações jurídicas, como mostrou insuperavelmente RUY CIRNE LIMA ("*Princípios*", p. 51 e segs.; "*Sistema de Direito Administrativo*", 1953, p. 30 e segs.; "*Preparação à Dogmática Jurídica*", 2ª ed., p. 139 e segs.) A relação jurídica, na qual se incrusta o direito de propriedade, segundo modelo de direito privado, superpõe-se outra relação que, para determinados efeitos, paralisa a primeira, chamada por CIRNE LIMA de "*relação de administração*" e que só pode ser compreendida e explicada pela idéia de *afetação* (ERNST RUDOLF HUBER, op. e p. cit.). Realmente, a afetação de um bem a uma finalidade de uso comum, ou mesmo à realização de um serviço público, deixa ordinariamente em estado de quiescência o direito de propriedade. *Bem público e bem de propriedade do Estado* não são, pois, expressões sinônimas, pois há bens públicos que não são de propriedade do Estado (a estrada construída sobre terrenos particulares objeto de processo expropriatório apenas iniciado, ou de expropriação indireta, é um dos vários exemplos dessa situação). De qualquer maneira, cessada a afetação ao uso comum ou ao serviço público, ressurgem desde logo o direito subjetivo de propriedade "*iure civile*", quer caiba esse direito ao particular, quer ao próprio Estado. Nesta última hipótese, passa o bem desde logo a integrar-se na categoria dos bens do patrimônio fiscal. Já vimos, porém, que enquanto em outros ordenamentos jurídicos os bens do patrimônio fiscal sujeitam-se a um regime que é total ou prevalentemente o do direito comum, não possuindo a nota de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, no nosso sistema são os bens do patrimônio fiscal inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis.

"Justifica-se essa extensão daquele regime especial" — assinala RUY CIRNE LIMA — "por isso que o patrimônio fiscal é mediatamente aplicado à administração pública, para custeio de cujos serviços as rendas ou produto da alienação dos respectivos bens contribuem, depois de incorporados aos recursos da receita geral do Estado" ("*Princípios*", p. 78).

15. Portanto, a só presença do Estado como proprietário, quer os bens que lhe pertencam estejam vinculados imediata ou mediatamente a fins de utilidade pública, determina

entre nós um regime jurídico especial da propriedade. Por certo, esse regime não é totalmente distinto do que vigora para a propriedade que toca aos particulares, mas dele difere, precipuamente, no que se relaciona com as dificuldades que a lei estabelece à disposição desses bens ou à aquisição por terceiros. Assim, enquanto nos bens de uso comum e nos do patrimônio especial, o regime fundamental é o do direito público, que se instaura, pelo menos ordinariamente, por ato típico de Direito Administrativo, que é a *afetação*, em se tratando de bens do patrimônio fiscal não se pode falar na existência de duas relações jurídicas concomitantes, uma sobrepondo-se à outra (a relação de administração paralisando a relação de propriedade), mas sim num regime jurídico basicamente modelado pelo Direito Privado, com adaptações e temperamentos que têm como única justificativa a circunstância de ser o Estado o proprietário.

Desse modo, no direito brasileiro, o que torna distintos os bens do patrimônio fiscal, com relação aos demais bens públicos, é que nestes, ao regime especial de propriedade de direito privado acrescenta-se outro regime jurídico, exclusivamente de direito público, comandado, se assim se pode dizer, pela afetação a uma finalidade pública imediata.

Compreende-se que, sendo público e de direito administrativo o regime que disciplina a relação de administração, as regras a ela pertinentes emanem das pessoas jurídicas competentes para determinar a afetação do bem ao uso comum ou ao patrimônio administrativo. De que fonte normativa resulta, porém, a peculiar condição, "*quoad dominium*", dos bens públicos em geral e dos bens do patrimônio fiscal em particular? Da lei civil ou de norma de direito administrativo?

16. Variando os termos da interrogação e situando a dúvida em torno de problemas concretos, poder-se-ia perguntar, por exemplo, se à norma estadual ou municipal seria dado determinar se tornassem usucapíveis os bens do patrimônio fiscal ou se constituíssem sobre esses mesmos bens outros direitos reais que não os previstos no Código Civil ou em lei federal extravagante? A resposta que o direito brasileiro invariavelmente deu a esta questão foi a de que a competência para legislar sobre tal matéria era e é federal. Isso se faz sobretudo evidente no que entende com o usucapião, pois jamais se discutiu a constitucionalidade do Decreto nº 22.785 de 31 de maio de 1933, no qual foram declarados inusucapíveis os bens públicos, pertencentes quer à União, quer aos Estados e Municípios. Forçoso é concluir, pois, que no Brasil, a especialidade do regime dos bens públicos resulta de norma federal heterotopicamente inserta entre as disposições de direito civil atinentes à propriedade ou ao que lhe constitui objeto. Na verdade, como já tivemos oportunidade de realçar, pela moderna teoria do sujeito se a especialidade da norma resulta da sua imputação ao Estado, tal norma será de Direito Público. A rigor, portanto, sob a inspiração desse critério, inculca-se necessariamente a conclusão de que as normas que, em face de ser o Estado o proprietário, instituem regime jurídico de bens públicos que é parcialmente especial (isto é, parcialmente distinto do que vigora para os bens dos indivíduos), serão, nessa parte, de direito público. Contudo, como não se aceita, entre nós, a noção de propriedade de direito público (*aliter*, já o mostramos, no Direito francês), as alterações que se tenham de fazer na propriedade de direito privado, para adapta-la à situação em que o titular desse direito seja o Estado, entende-se seja ainda da competência de quem cabe le-

gislar sobre a propriedade em geral. Até mesmo razões de ordem prática impedem que se possa admitir o contrário. Efetivamente, caso se considere que os Estados e Municípios poderiam efetuar as adaptações e estabelecer as variações que entendessem ao regime jurídico de propriedade sobre os seus bens, afetado ou em risco estaria, quando menos, o desenho nacional do instituto da propriedade, abrindo-se caminho, na verdade, à admissão de uma propriedade pública, modelada ao capricho ou ao impulso dos interesses de cada unidade federativa e de cada município.

Nada tem de insólito, por outro lado, a afirmação de que, por vezes, encontram-se misturadas na lei civil, regras de direito público. Absoluta pureza, sobre esse aspecto, na edição de um conjunto de regras do alcance e da importância das contidas num Código Civil é aspiração vã, pois são notórias as vinculações existentes entre os diferentes setores do Direito. Há, pois, no Código Civil, regras de direito público, tais as concernentes v. gr., aos registros públicos ou, na sua versão originária, antes do advento da legislação especial, as relativas às hipóteses de desapropriação por necessidade e utilidade pública (art. 590).

17. Chega-se, pois, sem maior esforço a perceber que o acordo de transmissão da propriedade imobiliária ou de constituição de direito real limitado é negócio jurídico de direito das coisas, regido pelo direito civil, ou por regra federal que, expressamente, o tenha submetido a regime especial, do mesmo modo como na órbita do direito civil inscreve-se o negócio jurídico obrigacional de compra e venda.

Em se tratando, no entanto, de negócios jurídicos dessas espécies, ou de outra natureza, praticados pelo Poder Público, por imposição de princípios de Direito Público, expressos ou implícitos, tais como o da moralidade administrativa ou o da igualdade perante os serviços públicos, exige-se que a escolha, pela administração, do co-contratante, seja feita, ordinariamente, mediante licitação. Eleito, porém o co-contratante e efetivado o ato jurídico que, conforme o caso, pode levar à constituição de direito real, a disciplina ulterior da relação jurídica assim gerada é da lei civil, inclusive, obviamente, no que respeita às causas de invalidade do ato jurídico.

18. As sucessivas mutações operadas no Direito Constitucional, desde a Constituição do Império, não alteraram o "*status quaestionis*", do relacionamento entre Direito Administrativo e Direito Civil, no que tange aos bens públicos e aos negócios jurídicos que, de forma mais próxima ou mais remota, lhes digam respeito.

A Constituição de 1824, no seu artigo 15, § 15, atribuíra à Assembléia Geral competência para "*regular a administração dos bens nacionais e decretar sua alienação*".

A propósito, escrevia PIMENTA BUENO:

"A administração dos bens nacionais, o maior ou menor aproveitamento deles, interessa muito assim os serviços como os recursos públicos, liga-se também à receita e despesa do Estado; e, conseqüentemente, deve, sem dúvida, ser regulada por lei, pendor da Assembléia Geral" ("*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*", ed. Senado Federal, 1978, p. 102).

A Constituição de 1891, no seu artigo 34, § 29, continha preceito análogo, pelo qual se deferia ao Congresso Nacional competência para legislar sobre terras e minas de propriedade da União.

"Terras e minas de propriedade da União" — comentava JOÃO BARBALHO — "*bens nacionais, não podem como tais deixar de ser regidos por lei federal, que deve prover quanto à conservação, administração, aproveitamento delas (...). Das terras e minas provêm recursos para os cofres nacionais, sua utilização não pode ficar ao arbítrio do Poder Executivo, e entendem com o orçamento da União. É matéria, pois, que cabe inteiramente na competência do Congresso Nacional, e lhe competiria mesmo que isso não fosse expresso na Constituição, atenta a natureza do assunto*" ("*Constituição Federal Brasileira*", ed. 1924, p. 183).

Arrolava-se entre a competência legislativa da União, na Constituição de 1934, a referente a "*bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidroelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração*" (artigo 4º, XI, j). Declarava-se, também, naquela mesma Constituição, que tinham os Estados competência supletiva ou complementar para legislar, entre outras coisas, sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidroelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração (art. 4º, § 3º).

A Constituição de 1937 acrescentou, ao lado da competência da União para legislar sobre bens do seu domínio, a de estatuir normas sobre as finanças federais (art. 16, VI e XIV). A Constituição de 1946 suprimiu no elenco da competência legislativa da União, referência expressa a bens do seu domínio. Consignou, porém, no seu artigo 5º, XV, b, a competência para legislar sobre normas gerais de direito financeiro e na letra I do mesmo artigo e item, a para legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca. A Constituição de 1967, na sua forma originária, manteve esse mesmo sistema (artigo 8º, XVII, c).

PONTES DE MIRANDA, explicitando o que se deveria entender como compreendido dentro da competência para editar normas gerais sobre direito financeiro, afirmava:

"O que importa saber-se é que o artigo 8º, XVII, c, da Constituição de 1967, como o artigo 5º, XV, b, da Constituição de 1946, permite que a União dê normas gerais para a administração da fazenda nacional, estadual, territorial, distrital e municipal, ainda relativas a receita e despesa, arrecadação, fiscalização e distribuição, desempenho das atribuições dos que guardam ou aplicam dinheiro público, tomada de contas, responsabilidade, direito orçamentário, pensões, etc. *Obra para político de gênio, que busque a linha adequada entre o interesse nacional e o interesse regional, local, das finanças.*" (Comentários à Constituição de 1967, p. 77).

19. Na linha sugerida por BARBALHO, portanto, mesmo inexistindo a alusão explícita a bens do domínio público, nas Constituições de 1946 e 1967, seria de aceitar-se que

essa competência estava implícita na de editar normas gerais sobre direito financeiro, dado o íntimo relacionamento existente, como acentuado desde PIMENTA BUENO, entre bens públicos e receitas públicas. Parece irrecusável, pois, que o artigo 8º XVII, c, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, nenhuma inovação substancial produziu, mantendo-se o preceito afinado, em seu núcleo e no que nos interessa, com uma tradição que remonta à Constituição de 1824. Dito de outro modo: nunca se negou, no Direito Constitucional brasileiro, a possibilidade de o Estado, entendida esta palavra em sentido amplo, legislar sobre bens de sua propriedade, ressaltando-se, a partir da Constituição de 1946, que pertence igualmente às unidades federadas legislar em caráter supletivo sobre essa matéria.

20. Nossos constitucionalistas mais eminentes, em diversas alturas históricas, jamais se preocuparam, todavia, em aprofundar de modo nítido os vínculos divisórios entre Direito Público Administrativo e Direito Privado, quanto aos bens públicos. No referente às leis administrativas é certo também que não deixaram de sublinhar que elas deveriam ter por objeto "*a administração e o aproveitamento*" dos bens públicos (PIMENTA BUENO) ou sua "*conservação, administração e aproveitamento*" (BARBALHO) ou a "*administração da fazenda nacional, estadual, territorial, distrital e municipal*" (PONTES DE MIRANDA), como tivemos oportunidade de ver.

Diversa, porém, foi a atitude de nossos civilistas. Desde muito cedo, e a propósito exatamente do instituto da enfiteuse, cuidaram os juristas brasileiros aplicados ao estudo do direito privado de fixar os marcos de separação entre Direito Administrativo e Direito Civil. A opinião padrão, a tal propósito, sempre referida e repetida nas obras dos estudiosos que, após, se ocuparam do tema, é a de PERDIGÃO MALHEIROS:

"As enfiteuses que o Estado concede" — diz ele — "*em terrenos de marinha e outros, entram, depois de constituídas, para o Direito Civil e são por ele regidas: o processo de concessão pertence ao Direito Administrativo.*" ("*Manual do Procurador dos Feitos*", § 307 e segs.).

LAFAYETTE (Direito das Coisas, 1877, vol. I, p. 394, § 144, nota 15) e LACERDA DE ALMEIDA (Direito das Coisas, 1908, vol. I, p. 436, § B2, nota 6), no direito anterior ao Código Civil, adotam essa posição.

Mais recentemente, PONTES DE MIRANDA também não se afasta da mesma orientação, ao observar:

"O ato da União, ou dos Estados-membros ou do Distrito Federal, ou dos Municípios, que defere o pedido de enfiteuticação é ato de direito administrativo (cf. A. M. PERDIGÃO MALHEIRO, "*Manual do Procurador dos Feitos*", § 307), mas a constituição ou resulta de "*lex specialis*" ou se regula pelo Código Civil." (Tratado de Direito Privado, vol. 18, pág. 79).

Nessa passagem, é certo que não se esclarece se a "*lex specialis*" poderia ser estadual ou municipal. Não se pode perder de vista, porém, que a menção a "*lei especial*" há de ser

entendida e interpretada em consonância com o artigo 694 do Código Civil, pois é este o único preceito do capítulo pertinente à enfiteuse que faz alusão expressa à enfiteuticação de bem público. Declara aquela regra:

"A subenfiteuse está sujeita às mesmas disposições que a enfiteuse. A de terrenos de marinha e acrescidos será regulada em lei especial."

Tira-se claramente do enunciado na norma transcrita que a "lex specialis", nessa hipótese, é federal, pois, ao tempo da edição do Código Civil já estava a enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regulada por lei especial (Decreto nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868). O Código apenas deixou expresso que a "lex specialis" não fora por ele revogada. A "ratio legis" da parte final do artigo 694 foi, portanto, a de explicitar que a enfiteuse dos bens públicos da União ficaria subordinada a regime jurídico peculiar. E assim, realmente, tem acontecido, haja vista as disposições a este propósito consignadas no Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que por último regulamentou a matéria.

21. Parece inquestionável, em face do que já expusemos, que o artigo 694 do Código Civil poderia ter estatuído que a enfiteuse dos bens públicos em geral seria regulada em lei especial, editada pela União. Mas assim não fez, nem cuidou igualmente o Decreto-lei nº 9.760 de sua aplicação a pessoas jurídicas de direito público situadas fora da órbita federal. Parece-nos, pois, difícil de aceitar a interpretação que HELY LOPES MEIRELLES inicialmente deu ao Decreto-lei nº 9.760, julgando-o compreensivo de normas gerais de direito financeiro ("Direito Administrativo Brasileiro", 2ª ed., pág. 444, nota 17). A dificuldade, senão a impossibilidade de acolhimento dessa exegese, está em que o Decreto-lei nº 9.760 em nenhuma de suas regras permitiu se concluir sobre sua aplicação aos Estados e Municípios. É sabido que a União tanto pode editar leis nacionais quanto normas com pertinência restrita a seus bens e serviços. No que se relaciona com o Decreto-lei nº 9.760, já sua ementa, na qual se declara que a lei "*dispõe sobre os bens imóveis da União*", deixa entrever sem margem de dúvida que as regras jurídicas ali contidas têm endereço bem preciso. Além disso, como dissemos, seus preceitos, quer expressa, quer implicitamente, não podem ser referidos aos bens públicos estaduais e municipais. Trata-se, por conseguinte, de lei da União, no sentido limitado da expressão, vale dizer, de lei que incide exclusivamente sobre os bens públicos da União ou sobre relações e negócios jurídicos com eles vinculados. É importante ressaltar, entretanto, que HELY LOPES MEIRELLES modificou sua primeira opinião sobre o tema, não só suprimindo nas últimas edições do seu livro a nota na qual emprestava ao Decreto-lei nº 9.760 o caráter de norma geral de direito financeiro, como ainda acentuando, enfaticamente, a natureza civil do instituto da enfiteuse, em contraste com a concessão de direito real de uso, criada pelo Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que teria traços marcadamente públicos (op. cit., 5ª ed., pág. 482 e 483).

22. Neste mesmo círculo de idéias, é significativo que RUY CIRNE LIMA, ao dar exemplo de atos alienativos — por ele definidos como sendo aqueles que, tendo por objeto direitos não peculiares à administração pública, operam a transferência destes para o

particular por via de Direito Administrativo — reporte-se precisamente à enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos e ao artigo 694 do Código Civil, silenciando quanto à hipótese de o direito administrativo estadual ou municipal poder instituir regime especial de enfiteuse sobre os bens de sua propriedade, de forma a sujeitá-la, inteira ou parcialmente, aos quadros normativos oriundos dessas órbitas ("Princípios", pág. 87).

23. Ressalvada, pois, a opinião de HELY LOPES MEIRELLES, logo retificada, não encontramos outra em nosso direito que sustente a viabilidade de os Estados e Municípios editarem normas sobre enfiteuse, sobre forma de ato jurídico de transmissão de domínio útil, sobre solenidade que lhe seja essencial, ou sobre invalidade desse mesmo ato jurídico, à semelhança do que fez a União, quanto aos seus bens, ao ordenar no artigo 117 do Decreto-lei nº 9.760, que "*a transferência, por ato entre vivos, de domínio útil de terrenos aforados somente poderá ser feita por escritura pública ou ato judicial competente, de que deverá constar, necessariamente, a transcrição do alvará de licença expedido pelo SPU*".

24. A competência dos Estados para legislar está, portanto, adstrita à fase prévia, de escolha da pessoa com quem irá celebrar o contrato enfiteutico, analogamente ao que ocorre com as vendas que realiza. Estes contratos, os de compra e venda, são também inteiramente regulados pela lei civil (RUY CIRNE LIMA, RDA 32/16; HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., 5ª ed., págs. 488 e 489), conquanto possam ser precedidos de uma fase destinada à eleição do co-contratante, regida pelo direito administrativo. Em todas essas situações, pois, há justaposição de dois estágios, um disciplinado pelo direito administrativo e outro pelo direito civil. No plano dos Estados e Municípios não se pode falar, portanto, no que diz com a enfiteuse e depois de constituído o direito real, em "*direito privado modificado*", ou "*direito privado com adaptações*", e muito menos ainda em "*Direito Privado Administrativo*", pois o que há é simplesmente Direito Privado, sem quaisquer adjetivos ou qualificações.

25. Reavivados esses princípios, caberá verificar se a eles se ajustam ou se deles divergem as normas reunidas no Decreto Estadual nº 174, de 20 de novembro de 1940. Em complementação às prescrições exaradas nos artigos 54 e 104, antes reproduzidas, estabelece o artigo 64 daquele ato normativo a pena de multa para o notário que passar escritura de terrenos reservados, sem a apresentação da licença, isso "*sem prejuízo da verificação de possível responsabilidade criminal*". O mesmo artigo, no seu parágrafo único, manda que a portaria de licença seja transcrita integralmente na escritura pública de transferência.

26. Em primeiro lugar, se utilizarmos a antiga classificação romana, chegaremos a conclusão de que, na parte que nos importa, o Decreto nº 174 constitui exemplo típico de "lex minus quam perfecta". É trivial que os romanos distinguiam entre "leges perfectae" (as que fulminavam com a invalidade, os atos jurídicos que a elas não se afeioassem), "leges minus quam perfectae" (as que meramente estabeleciam uma multa, caso fossem desrespeitadas, permanecendo válido o ato jurídico) e "leges imperfectae" (as que não

previam conseqüências para o seu descumprimento, cabendo ao pretor defini-las, casuisticamente) (sobre isso, MAX KASER, "Das Römisches Privatrecht", Munique, 1955, I, pág. 216).

Efetivamente, no Decreto nº 704 não se diz que será inválida a escritura na qual não se transcrever integralmente a portaria de licença, mas tão somente se afirma que a conseqüência pela infração dessa disposição será a multa a que ficará sujeito o notário.

27. A norma estadual não criou, portanto, solenidade essencial ao ato jurídico de alienação do domínio útil, o que caracterizaria, no nosso modo de ver, invasão de área reservada à legislação civil, mas ficou dentro do campo exclusivamente administrativo. É de questionar-se, porém, de qualquer modo, se regra estadual poderia fazer depender a alienação de domínio útil de prévia autorização ou licença do proprietário, valendo como disposição negocial, se a ela se referisse o contrato enfiteutico. LACERDA DE ALMEIDA examina especificamente se há licença na transmissão de domínio útil, para concluir nestes termos:

"Denunciar, notificar, significa dar a conhecer, levar ao conhecimento do senhorio a alienação projetada, não para obter licença (a Ord. emprega às vezes e com visível impropriedade este termo); que não pode o senhorio direto opor-se à alienação: o foreiro não pede consentimento ou licença, comunica a projetada alienação para que o senhor direto exerça o seu direito de opção e aprove ou impugne a pessoa do adquirente, se tem para isto motivo." (op. cit., I, pág. 456, § 90, nota 4).

Desde o Codex de Justiniano (C.4.66.3) a "requisitio domini" tem fins e efeitos bens definidos. Por aquela disposição, o objetivo da notificação a ser feita pelo enfiteuta ao proprietário era o de habilitá-lo a conhecer quem pretendia adquirir o direito, de modo a que pudesse ajuizar se integraria o número das "personae non prohibitae, sed concessae et idoneae ad solvendum emphyteuticum canonem", bem como dar oportunidade ao proprietário de optar, se assim lhe conviesse, pela consolidação do domínio. No direito intermédio português, apesar das transformações por que passou a enfiteuse romana, remanesceram, contudo, essas razões de ser da notificação que incumbia ao enfiteuta fazer ao proprietário, quando tencionasse transferir o domínio útil (VAZ SERRA, "A Enfiteuse no Direito Romano, Peninsular e Português", Coimbra, 1926, II, págs. 52 e 53; MÁRIO JULIO BRITO DE ALMEIDA COSTA, "Origem da Enfiteuse no Direito Português", Coimbra, 1957, pág. 184). Igualmente no direito brasileiro anterior à Codificação (LAFAYETTE, op. cit., I, pág. 404; LACERDA DE ALMEIDA, op. cit., I, págs. 447 e 457), por força do disposto no Livro IV, título 38, pr., das Ordenações Filipinas que assim determinava:

"E no caso, que a quiser doar ou dotar, não lhe pagará quarentena e todavia lhe fará saber, para ver se tem algum legítimo embargo."

A essa regra prende-se, geneticamente, o artigo 688 do Código Civil, no qual se declara:

"É ilícito ao enfiteuta doar, dar em dote, ou trocar por coisa não fungível o prédio aforado, avisando o senhorio direto, dentro em sessenta dias contados do ato de transmissão, sob pena de continuar responsável pelo pagamento do foro."

A conseqüência, porém, pelo descumprimento dessa regra é puramente a de continuar o alienante responsável pelo pagamento do foro do bem enfiteutico (PONTES DE MIRANDA, "Tratado", vol. 18, pág. 123), não resultando nenhuma invalidade, nem o enfiteuta incorrendo em comisso, pois, "não há, no direito brasileiro, a resolução da enfiteuse em virtude de inadimplemento de deveres do enfiteuta. Só há o comisso, na espécie do artigo 692, II. A cláusula do contrato em que assentou o acordo de constituição de enfiteuse somente teria eficácia pessoal. Diferente, o Código Civil italiano, artigo 973." (PONTES DE MIRANDA, "Tratado", vol. 18, pág. 144).

28. Reduzidos a seus traços essenciais os diferentes argumentos aqui desenvolvidos, resultam estas conclusões:

a) A enfiteuse é instituto de direito civil, a que só a lei federal poderá estabelecer variações, como fez, aliás, com a que tem por objeto os bens públicos da União. Por certo, podem os Estados e Municípios legislar sobre a fase prévia à realização de negócios jurídicos de Direito Privado, tal como, por exemplo, quando editam regras sobre licitação;

b) O Decreto Estadual nº 704, como "lex minus quam perfecta" não prescreveu a invalidade de ato de transmissão de domínio útil no qual não fosse reproduzida a licença, mas apenas instituiu uma sanção pecuniária, uma multa, a ser aplicada ao notário que descumprir a exigência de transcrever a portaria de licença para alienação do domínio útil. Não invadiu, portanto, neste particular, território próprio do Direito Civil;

c) A necessidade de licença, se é perfeitamente legítima quanto aos bens públicos da União, pela existência de regra expressa e extravagante do Código Civil, é inadmissível no plano dos Estados e Municípios, porquanto, numa tradição que remonta ao direito romano, os únicos efeitos do aviso do enfiteuta ao proprietário são o de permitir este exercer a preferência, quando cabível, ou manifestar suas objeções à pessoa que pretende adquirir o domínio útil. Se, porém, o enfiteuta não considerar o "embargo" do proprietário, como se dizia no direito antigo, a conseqüência única é a de que continuará responsável pelo foro;

d) No caso concreto ainda há a ressaltar que o Estado recebeu o laudêmio, o que, cremos, deverá ser interpretado como concordância com a alienação do domínio útil.

PORTO ALEGRE, 25 de novembro de 1980.

QUINQUÊNIOS DA MAGISTRATURA

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

PARECER Nº 4.592

MAGISTRATURA.

Os juízes estaduais têm direito a computar o tempo de serviço militar para efeito de quinquênios até o máximo de um quinto, ou seja, de um ano (arts. 68 e 69 da Lei Estadual nº 6.929/75 e art. 110, § 2º da Lei Estadual nº 1.751/52).

O Bacharel J. L. V., Juiz-Auditor da Justiça Militar do Estado, requereu o pagamento do primeiro quinquênio, solicitando fosse computado para tal efeito o tempo de serviço prestado ao Exército Nacional.

É solicitado o pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado, pelo Senhor Presidente do Tribunal Militar, tendo sido o expediente distribuído a este Conselho Superior.

2. O assunto tem sido bastante controverso, face às sucessivas alterações das Leis de Organização Judiciária do Estado.

Atualmente a matéria está regulada pelos artigos 68 e 69 da Lei Estadual nº 6.929, de 02 de dezembro de 1975, que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura.

Estabelece esta lei:

“Art. 69 – Por quinquênio de serviço público estadual, computado na forma do artigo anterior, os juízes receberão uma gratificação de 10% sobre os vencimentos, no primeiro quinquênio, e de 5% nos subseqüentes, até o máximo de cinco (5) quinquênios.”

E o artigo anterior, ao qual é feita remissão, dispõe que para efeito da concessão de gratificações adicionais será computado como tempo de serviço público o previsto no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Verifica-se, assim, que o legislador do Estatuto da Magistratura, visando uniformizar a contagem de tempo de serviço para diferentes vantagens, determinou que fossem usados os mesmos critérios para efeito de quinquênios e de gratificação adicional de 15% ou de 25%, estabelecendo, de outra parte, que em qualquer dos casos o cômputo do tempo seria feito de acordo com o estabelecido no Estatuto do Funcionário Público para fins de gratificação adicional.

Assim, para efeito de quinquênio devido a magistrado, o tempo de serviço deve ser computado na forma prevista para a concessão das gratificações adicionais de 15% e de 25% devidas aos funcionários do Quadro Geral, ou seja, com observância do disposto no artigo 110, §§ 2º, 3º e 4º e no artigo 165, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

3. No que se refere ao cômputo de serviço público militar para efeito de gratificações adicionais de 15% e de 25%, e em consequência para fins de quinquênios de magistrado, aplica-se a disposição do artigo 110, § 2º do Estatuto que estabelece textualmente:

“§ 2º — Na contagem do tempo de serviço para efeito das gratificações adicionais previstas neste Estatuto, somente se computará até o máximo de um quinto de serviço público estranho ao Estado.”

O serviço militar é, inegavelmente, serviço público e, por isso, não pode deixar de ser considerado. Entretanto, por ser tempo estranho ao Estado, deve ser observada a restrição do dispositivo retrotranscrito que estabelece o limite de um quinto.

Para efeito de gratificação adicional de 15%, pode ser incluído até três anos de tempo de serviço público estranho, quer seja militar ou civil. Para fim de cada quinquênio pode ser computado até um ano de idêntico tempo de serviço.

Assim, o requerente, que cumpriu mais de dois anos de serviço militar, poderá computar até o limite de um ano para o primeiro quinquênio, um ano para o segundo e o saldo para o terceiro.

4. Embora não tenha sido objeto da consulta, convém salientar que o artigo 69, da Lei Estadual nº 6.929, de 2 de dezembro de 1975 (Estatuto da Magistratura) foi derogado, na parte em que previa o percentual de 10% para o primeiro quinquênio, pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional — L.O.M.A.N. (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979).

Com efeito, a referida Lei Complementar, em seu artigo 65, inciso VIII, estabeleceu o limite de sete quinquênios, no percentual de 5% cada um.

Os magistrados que implementaram os requisitos legais para percepção do primeiro quinquênio, antes da vigência da Lei Complementar nº 35, deverão continuar a percebê-lo no percentual de 10%.

Chega-se a esta conclusão porque a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, embora de natureza complementar, ficou sujeita à observância das garantias constitucionais, entre as quais se inclui a irretroatividade da lei com ofensa aos direitos adquiridos (§ 3º do art. 153 da Constituição Federal).

A própria Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, ao alterar o parágrafo único do artigo 112 da Constituição Federal, autorizou a edição de lei complementar

disciplinando vantagens, direitos e deveres da magistratura, mas com a condição de serem “respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes”. Assim, não se pode aceitar que a L.O.M.A.N. tenha reduzido percentuais de vantagens já concedidas a juízes, porque, se tal ocorresse, estaria havendo desrespeito a direito adquirido e redução de vencimentos de magistrados, também proibida constitucionalmente (art. 113, inciso III, da Constituição Federal).

Em consequência, a L.O.M.A.N. teve força normativa para alterar a legislação estadual que fixava em 10% o percentual do primeiro quinquênio, mas não para retirar o direito já adquirido por juízes, na vigência de leis anteriores, a continuar recebendo a referida vantagem no mesmo percentual em que havia sido inicialmente deferida.

Assim, cabe repetir, os magistrados que adquiriram ou vierem a adquirir direito ao primeiro quinquênio na vigência da Lei Orgânica da Magistratura Nacional deverão ter o percentual fixado em 5%. Mas, os que já estavam percebendo a vantagem têm direito a continuar recebendo o primeiro quinquênio em 10% e os demais em 5%.

5. EM CONCLUSÃO, entendo que o magistrado estadual tem direito a computar o tempo de serviço militar para efeito de gratificação por quinquênio, respeitado o limite de um quinto, previsto no § 2º do artigo 110, da Lei nº 1.751, de 1952.

Em outras palavras, o juiz poderá computar até um ano de serviço militar para cada quinquênio. O excesso, que no presente caso se constata existir, só poderá ser considerado para os quinquênios seguintes.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 23 de dezembro de 1980.

DESQUALIFICAÇÃO DO LICITANTE

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.

PARECER Nº 4.556

LICITAÇÃO. DESQUALIFICAÇÃO.

Na concorrência que tem por objeto serviços de consultoria, por empresa de engenharia, incidem as regras do Decreto Federal nº 73.140/73.

Está legalmente impedida de licitar, firma que arrola como seu consultor técnico, geólogo que seja empregado de órgão co-promotor do mesmo procedimento licitatório (artigo 6º, inciso VII, do Decreto Federal nº 73.140/73).

FUNDAÇÃO METROPOLITANA DE PLANEJAMENTO (METROPLAN) promove licitação, sob modalidade de concorrência, para contratação dos serviços de elaboração do Plano Diretor de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário para a Região Metropolitana de Porto Alegre.

Conforme o Edital nº 09/80, as fases legais de julgamento das propostas compreenderiam as seguintes etapas:

na 1ª fase: **habilitação preliminar** (item 7.1, do Edital referido); desdobrada em **qualificação**, subdividida em duas partes: **uma**, para verificar a proposta técnica; **outra**, para atribuir pontos à proposta técnica;

na 2ª fase: **exame da proposta financeira**.

Na verificação da proposta técnica, a Comissão de Licitação desqualificou a empresa TDE-SERETE Engenharia S/A., entendendo que ela estaria impedida de licitar, consoante artigo 6º, inciso VII, do Decreto Federal nº 73.140/73; segundo este dispositivo.

“estará impedida de participar da licitação empresa (...) entre cujos dirigentes (...) responsáveis e técnicos, (...) haja alguém que seja (...) servidor do órgão ou entidade que promova a licitação, ou que o tenha sido nos últimos cento e oitenta dias anteriores à data do ato convocatório.”

A Empresa TDE-SERETE Engenharia S/A., dentre seus técnicos e consultores, relacionou o Geólogo ABRAÃO HAUSMAN, qualificando-o como Chefe do Departamento de Pesquisa e Ensaios da Cia. Riograndense de Saneamento (CORSAN).

No recurso, a empresa desqualificada alega a inaplicabilidade do Decreto nº 73.140/73 à licitação presente, porque seu objeto é "seleção de empresa de consultoria", e ainda, porque o Decreto citado enuncia no artigo 5º — ao seu ver — que licitações relativas aos serviços de consultoria serão reguladas por decreto próprio.

O Diretor-Superintendente da METROPLAN requer, sobre o assunto, o pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado.

É o relatório.

2. A Comissão de Licitação tinha legitimidade, nesta segunda fase, para verificar "preliminarmente, (...) se as propostas técnicas atendem aos requisitos deste Edital e de seus Anexos" (item 7.3.1); e decidiu, após ouvir seu assessoramento jurídico.

Tal decisão fica balizada pelos princípios jurídico-constitucionais e administrativos que informam o instituto licitatório, e do qual se tornam indissociáveis.

Primeiramente, desponta a isonomia, segundo a qual todos os licitantes são iguais perante a Administração Pública (aplicação da norma enunciada no artigo 153, § 1º, da Constituição). Todos os demais princípios (tais como a publicidade, o respeito às condições prefixadas no edital, a possibilidade de o licitante fiscalizar o atendimento desses mesmos e de outros princípios) descendem da isonomia constitucionalmente assegurada, "pois são requisitos necessários à sua existência ou à fiscalização de sua real ocorrência" (Cf. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, Licitação, RT, SP, 1980, pág. 2).

Ora, *prima facie* já se constata que, se a licitante dispõe de consultor-técnico vinculado a pessoa jurídica co-promotora do procedimento licitatório, *ipso facto* se quebrou a isonomia dos licitantes perante os promotores da concorrência pública.

Simultaneamente, a atividade administrativa fica jungida a quatro princípios básicos: legalidade, moralidade, finalidade e publicidade.

Doutrinária e jurisprudencialmente, encontra-se que:

"A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública. Não se trata — diz HAURIOU, o sistematizador de tal conceito — da moral comum, mas sim da moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração." Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente,

distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: — non omne quod licet honestum est."

"O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima."

"O inegável é que a moralidade administrativa integra o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí porque o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu com inegável acerto que "o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

Com esse julgado pioneiro, a moralidade administrativa ficou consagrada pela Justiça, como necessária à validade da conduta do administrador público." (HELLY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., RT, SP, 1976, págs. 69/71).

Conseqüentemente, ainda *prima luce*, o fato (aliás, incontroverso) de ter a licitante como seu consultor-técnico alguém que seja integrante dos quadros empregatícios de órgão da administração indireta estadual (CORSAN), se aceito pelo administrador, infringe a moralidade administrativa, que é um dos princípios básicos da Administração, e que se sujeita, como integrante da legalidade, ao exame judicial.

3. O Edital nº 09/80, mesmo que não o diga expressamente, está subordinado às normas legais pertinentes ao instituto licitatório, por ser ato administrativo e, conseqüentemente, vinculado ao princípio constitucional da legalidade (Constituição, artigo 153, § 2º).

Assim, fenece o argumento da recorrente, de que, omissa na referência ao Decreto nº 73.140/73, esta licitação estaria "apenas" regrada pelo que constasse no referido Edital.

4. Quanto à alegação da não incidência do Decreto Federal nº 73.140/73, por se tratar de serviços de consultoria, ao ver da recorrente, a ser regrado por outro diploma legal (conforme seu artigo 5º), é outro equívoco, como se passa a demonstrar:

O Decreto nº 73.140/73 regulamenta licitações relativas a obras e serviços de engenharia (diz o artigo 1º); mais adiante, enuncia esse mesmo Decreto que se consideram obras, todos os trabalhos de engenharia de que resulte criação, modificação ou reparação de bem público, mediante construção, ou que tenham como resultado qualquer transformação do meio ambiente natural; também são obras, ao teor legal, todas as fases de

trabalho indispensáveis à consecução dos resultados acima previstos (v.g., construção e/ou transformação do meio ambiente), inclusive os trabalhos posteriores de manutenção da obra pública (conforme o artigo 4.º, e parágrafo único, do Decreto nº 73.140/73).

O preceito seguinte está assim redigido:

"Artigo 5.º – Consideram-se serviços os trabalhos de engenharia que não se ajustarem ao conceito definido no artigo anterior" (vale dizer: o que não for construção, manutenção, transformação do meio-ambiente, nem suas etapas, são "serviços de engenharia"), "e não se constituem em serviços de consultoria, que" (isto é, os quais serviços de engenharia referidos no início deste artigo)" serão regulados por decreto próprio."

A exegese deste artigo 5.º é, afinal, a seguinte: "serviços" são trabalhos de engenharia que, por exclusão, não sejam: construção, manutenção, transformação do meio-ambiente, e consultoria.

Aqueles "serviços", não tipificando estas hipóteses (onde está contemplada expressamente a de "consultoria"), é que serão regulados por "outro decreto" (que não o 73.140).

Logo, o Decreto nº 73.140/73 aplica-se à licitação de que trata o Edital nº 09/80.

Aqueles "serviços" não contemplados pelo Decreto nº 73.140/73, seriam alguns dos definidos pela Lei Federal nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, a chamada "Lei dos Engenheiros", em seu artigo 7.º, alíneas b, c, d e h: exemplificativamente, planejamento ou projeto em geral, de regiões, zonas, cidades, estruturas, transportes, exploração de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária; estudos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica; ensino, pesquisas, experimentação e ensaios; produção técnica especializada, industrial ou agropecuária.

5. A primeira informação que o Edital noticia é o Termo de Cooperação Técnica e Financeira, do qual participam, dentre outros órgãos públicos e privados, a CORSAN, e a METROPLAN, esta com poderes para realizar todos os atos relativos à licitação de que participa, como licitante, a empresa recorrente (Cf. item 1.1, das Informações Preliminares do Edital nº 09/80).

Ainda assim, a empresa recorrente arrolou como seu técnico um geólogo empregado da CORSAN.

6. ISTO POSTO, entendendo legítima a incidência do Decreto Federal nº 73.140/73 à licitação em curso, e tendo a empresa TDE-SERETE Engenharia S/A arrolado geólogo empregado da CORSAN como seu técnico consultor, ela ficou impedida de licitar, e agiu a douta Comissão de Licitação com legitimidade, ao desqualificá-la, com amparo no artigo 6.º, inciso VII, do Decreto Federal nº 73.140/73.

É o parecer, sub censura.

PORTO ALEGRE, 20 de novembro de 1980

REGISTRO PROFISSIONAL

CLARITA GALBINSKY
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.507

PERITO CRIMINALÍSTICO ENGENHEIRO.

Desnecessidade da aposição do título do profissional e do respectivo número de registro no CREA nos trabalhos efetuados na condição de funcionário no exercício do cargo.

Vem a esta Procuradoria-Geral do Estado, para exame e pronunciamento, expediente versando sobre manifestação endereçada à Secretaria da Segurança Pública pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, acentuando a obrigatoriedade de que, nos trabalhos de engenharia legal efetuados na Pasta conste o "título do profissional e o respectivo número de registro no CREA".

Pondera a entidade classista que, sendo os aludidos trabalhos, em especial os laudos periciais, privativos de profissionais em Engenharia, devem ser rigorosamente observadas as prescrições da Lei Federal nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, mais especificamente os seus artigos 8.º, parágrafo único, 13 e 14.

Impõe-se, no momento inicial, estabelecer a distinção entre o conteúdo da expressão "habilitação profissional" e o da "registro profissional".

Consiste a "habilitação profissional", em relação aos profissionais cuja situação é englobada pela controvérsia, na graduação do indivíduo por estabelecimento de ensino superior, oficial ou oficializado, no País, ao qual é conferido o respectivo diploma registrado, ou, ainda, na graduação conferida por escola ou faculdade estrangeira, com outorga de diploma revalidado e registrado no País. Detêm-na, também, por disposição especial de lei, as pessoas que tenham exercício amparado por convênios internacionais de intercâmbio ou os estrangeiros que, por sua especialização, obtenham títulos registrados temporariamente (artigo 2.º da Lei 5.194 de 1966).

Já o "registro profissional" assoma como a formalidade de cadastramento do profissional habilitado, no seu órgão de classe, que se materializa pela outorga de carteira, com o número privativo de registro, com o que se lhe faculta, em termos concretos, o exercício da profissão (artigo 55 – 8.º da Lei).

Assim visto, entende-se que o graduado está, em tese, habilitado a exercer todas as atividades e as atribuições de sua classe; entretanto o exercício, na prática, depende da implementação da formalidade do registro na entidade classista.

É de se ver, entretanto, que as determinantes acima apontadas, todas decorrência direta da Lei (Federal) nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, regem a situação dos engenheiros e demais categorias, enquanto pessoas privadas, prestadoras de serviços à comunidade em geral (nela incluídos os órgãos públicos).

Resta, pois, perquirir até que ponto teria adentrado a Lei Federal, se adentrou, na esfera da Administração Pública de sorte tal que pudesse impor requisitos a cargos públicos eventualmente detidos por engenheiros.

Dispõe, com efeito, o artigo 12 do Diploma citado:

"Art. 12 — Na União, nos Estados e nos Municípios, nas entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista, os cargos e funções que exijam conhecimentos de engenharia, arquitetura e agronomia, relacionados conforme o disposto na alínea "g" do art. 27, somente poderão ser exercidos por profissionais habilitados de acordo com esta Lei."

E o artigo 27, letra "g":

"Art. 27 — São atribuições do Conselho Federal:

g) relacionar os cargos e funções dos serviços estatais, paraestatais, autárquicos e de economia mista, para cujo exercício seja necessário o título de engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo."

Tratam as disposições acima de ser normas meramente programáticas, dependentes, assim, de ato posterior do CONFEA — Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, mas, anote-se, de ato que declarará o elenco dos cargos, a qualquer nível administrativo, que requerem **profissionais habilitados**, ou seja, na concepção que antes se examinou, profissionais que detenham o **título de engenheiro**.

Não faz menção a Lei, portanto, ao registro profissional, entendendo-se que, em relação a cargos públicos, o CONFEA apenas tem a faculdade de declarar quais os que, por seu conteúdo ocupacional, somente podem ser exercidos por agente dotado de "*habilitação profissional*", na forma lineada no artigo 2º.

Não induz a diverso entendimento a prescrição dos artigos 7º e 8º, ainda da mesma Lei:

"Art. 7º — As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo consistem em:

a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas, de economia mista e privada;"

"Art. 8º — As atividades e atribuições enunciadas nas alíneas a, b, c, d, e e f do artigo anterior são da competência de pessoas físicas, para tanto legalmente habilitadas."

Parágrafo único — As pessoas jurídicas e organizações estatais só poderão exercer as atividades discriminadas no artigo 7º, com exceção das contidas na alínea "a" com a participação efetiva e autoria declarada de profissional legalmente habilitado e registrado pelo Conselho Regional, assegurados os direitos que esta lei lhe confere."

Deflui da análise conjunta dos dois dispositivos transcritos que qualquer pessoa jurídica, inclusive as integrantes da Administração Pública — no caso o Estado, só podem prestar os serviços de engenharia, arquitetura e engenharia agrônoma através de indivíduos legalmente habilitados e registrados. No entanto, em se tratando de exercício de cargos, empregos e funções, na mesma Administração Pública, basta que o agente esteja legalmente **habilitado**, dispensada a formalidade do registro.

Deflui, demais disso, da análise sistemática de todos os dispositivos até aqui arrolados, que sempre que se refere ao desempenho de cargos, empregos e funções públicas cuida a Lei de prescrever o requisito da titulação ou habilitação profissional, quando no seu conteúdo ocupacional estejam encerradas atividades privativas dos profissionais pela mesma regidos.

Ocorre, ademais, que no caso concreto há perfeita sintonia entre os preceitos do Diploma Federal e as normas do Direito Público Estadual, enquanto prescreve a Lei Estadual nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, que para o cargo de Perito Criminalístico Engenheiro exige-se "*habilitação legal para o exercício da profissão, titulação própria na área de Engenharia e curso de formação adequado, ministrado pela Escola de Polícia*".

É certo que, muitas vezes, no exercício das atribuições do seu cargo, efetua o Perito Criminalístico Engenheiro atividades como, exemplificativamente, vistorias, perícias, que se encontrem dentre as nominadas nas letras **b, c, d, e, f, g, h**, do artigo 7º da Lei nº 5.194 de 1966, e para as quais requer-se, além da "*habilitação profissional*", ainda o "*registro profissional*".

Mesmo nestas hipóteses parece-me ser desnecessário ao titular do cargo, apor o número do registro no trabalho realizado. É que o trabalho, nesse caso particular, fica subsumido no todo, que é o exercício funcional, de modo que a sua apresentação exterior, sob a forma de laudo ou estudo, concretiza o que é, em tese, a atribuição do cargo.

Assim o laudo do Perito Criminalístico Engenheiro é a expressão visual material e concreta das atribuições do seu cargo; é a face externa da apresentação do seu cargo, e por isso, é obrigado a decliná-lo junto com a assinatura.

Diferente, pois, é a situação do particular, engenheiro, que realiza determinada perícia, veja-se, quer para entidades privadas, quer para entidades públicas, instrumentalizan-

do-a sob a forma de laudo. Aqui, junto à assinatura, está o profissional legalmente obrigado a declinar o seu título e o número do registro no CREA, dando plena identificação e responsabilização àquele que o efetuou, e condições, também, para a fiscalização do exercício profissional.

No caso do exercício de cargo, a responsabilidade do perito, no contexto da Administração Pública, é funcional, e por ela responde o Estado; no caso de exercício profissional privado, a responsabilidade recai por inteiro sobre aquele que efetuou o trabalho e o identificou pelo título e pelo registro.

Por responder, solidariamente, pelos prejuízos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, tem a Administração Pública o máximo empenho e zelo em velar para que os exercentes de cargos, especialmente no âmbito da Lei nº 5.194 de 1966, observem rigorosamente as normas reguladoras do exercício profissional.

Coincidem, pois, no particular, o cuidado manifestado pelo CREA, no processo, com as cautelas do Poder Executivo que, através da Lei (estadual) 7.357 de 1980 já exigia do Perito Criminalístico Engenheiro "*habilitação profissional*" acrescida de outros requisitos.

Dirirjo, porém, quanto à ponderação do órgão classista, da obrigatoriedade da menção do título profissional bem como do número do "*registro profissional*"; aquele, porquanto é pré-requisito para provimento do cargo; este, porque dele estão dispensados os exercentes de cargos, empregos e funções públicas, por disposição excepcional da Lei nº 5.194, de 1966 (artigo 8º, parágrafo único).

EM CONCLUSÃO, entendo que andou acertada a autoridade consulente ao permitir a emissão de laudos sem oposição do "*registro profissional*" do funcionário responsável.

PORTO ALEGRE, 7 de outubro de 1980.

DIREITO ADQUIRIDO A APOSENTADORIA

ANA MARIA FERRUGEM DE OLIVEIRA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.313

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR.
Direito adquirido à aposentadoria voluntária. A "*conductio iuris*" da manifestação da vontade de aposentar-se pode, a qualquer tempo, realizar-se com as vantagens de então. Impedimento da aplicação da pena demissória.

Vem a exame e parecer da 2ª Turma da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar da Procuradoria-Geral do Estado, nos termos do art. 1º, VI, do Decreto nº 23.529, de 29.11.74, o Processo Administrativo-Disciplinar nº 1.387/78-CGE, de 09.10.78, oriundo do Processo nº 7.005/78 da Secretaria da Agricultura, em que é indiciado I. E. K. F. Linotipista, padrão 7-6, lotado na Secretaria da Agricultura, com exercício na Unidade de Divulgação e Informação Rural, matrícula nº 10409742, por infração ao disposto no art. 38 e § 1º do art. 217, da Lei nº 1.751/52.

Informam os autos que através da Portaria nº 254/78, do Exmo. Sr. Secretário da Agricultura, a qual foi publicada no Diário Oficial de 27.09.78, foi determinada a abertura de inquérito administrativo-disciplinar contra o servidor I.E.K.F., por abandono de cargo, nos termos da legislação em vigor.

A ocorrência, que determinou o presente processo, teve sua origem no não comparecimento do referido servidor em seu local de trabalho, desde 21.06.78.

O processo foi recebido por esta Procuradoria-Geral do Estado em 10.10.78 e distribuído à 2ª Comissão Permanente de Processo Administrativo-Disciplinar, data em que foram instalados, os trabalhos da Comissão (fls. 17 e 19), sob a Presidência do Procurador do Estado, Dr. Aimbire Silveira de Oliveira Freitas.

Acompanha o processo a ficha funcional do indiciado das fls. 10 a 15.

Citado regularmente, foi o mesmo interrogado (fls. 21), declarando que já contava com tempo de serviço comprovado para a aposentadoria; que jamais pensou em abandonar o cargo, pois sempre foi de sua intenção aposentar-se como funcionário público; que na época em que deixou de comparecer ao local de trabalho já tinha ultrapassado o tempo de serviço limite à aposentação voluntária. Disse mais: que ignorava o fato de que deveria aguardar em exercício a já referida aposentadoria.

O servidor indiciado foi reinquirido em data de 26.09.78, quando ainda esclareceu à Comissão Processante os motivos que o levaram a não mais comparecer ao serviço. Informou que nessa época, em seu local de trabalho sofreu incompreensível intransigência por parte do Diretor Geral, o qual passou a coagi-lo a trabalhar em horário diurno, quando as suas funções exerceu-as sempre no horário noturno, desde o tempo em que era contratado. Juntou documentos, provando que tinha a sua produção aumentada quando trabalhava à noite. Para exemplo, no contra-cheque do mês de janeiro de 1977, consta como total bruto de seus vencimentos a importância de Cr\$ 790,00, enquanto a sua produção atingira a quantia de Cr\$ 9.679,94, e da soma dessas parcelas eram calculados os quinquênios e adicionais, forma de pagamento própria da categoria dos linotipistas.

Ponderou que se trabalhasse no expediente diurno não teria produção alguma, pois que a única máquina existente era pela manhã já ocupada por um funcionário, e à tarde, por outro colega. Conseqüentemente, o seu prejuízo seria gravíssimo, e não mais teria condições de sobreexistir e de manter a família, pois não teria linotipo para trabalhar.

Dessarte, deixou de comparecer ao serviço.

A hodierna jurisprudência do servidor no País já consagrou a tese de que não existe a falta de abandono do cargo quando o funcionário é coagido de tal sorte que seja viciada a manifestação de sua vontade. Grave, de tal modo, que possa prejudicar ao paciente, a sua família, ou a seus bens, a coação há de colocar aquele que a sofre em tal situação que não possa evitar o dano, senão aquiescendo às injunções do coator.

No processo, ampla é a prova testemunhal (depoimentos de fls. 57 a 63) e documental de que o indiciado é portador de excelentes qualidades profissionais. Foram anexados aos autos cópias xerografadas dos editais publicados no Diário Oficial de 15 de outubro e 10 de dezembro de 1965, onde constam a sua aprovação no concurso para o cargo público de linotipista com média 100,00 (fls. 29) e de classificação (fls. 30), em 1.º lugar.

À fl. 105 do processo, foi trazida cópia xerográfica da Portaria de louvor n.º 125, em que são ressaltados os eficientes serviços prestados pelo servidor indiciado.

Em 30.03.1979, I.E.K.F. solicita aposentadoria, estando o xerox do processo em questão anexado aos autos às fls. 75/97, não constando, porém, nenhuma conclusão.

Há, outrossim, cópia do ofício n.º 15/79, da 1ª Comissão Permanente de Processo Administrativo-Disciplinar, datado de 28.09.1979, solicitando ao Exmo. Sr. Secretário da Administração, a concessão da aposentadoria ao indiciado, no qual são invocados os Pareceres n.ºs 3.605 e 4.017 da Consultoria-Geral do Estado.

Sobressaindo, no entanto, às questões acima examinadas e que, de uma forma definitiva vai orientar, doutrinaria e jurisprudencialmente o presente Parecer, é *"a circunstância, provada nos autos, segundo a grade de tempo de serviço do indiciado, de que o mesmo em data de 27.02.1977, fato anterior ao abandono de cargo registrado em 21.06.1978, já possuía tempo de serviço suficiente para a aposentação, totalizando na época referida 12.777 dias, ou 35 anos e 2 dias."*

Portanto, a Portaria de n.º 254/78, datada de 03.08.1978, do Exmo. Sr. Secretário da Agricultura que determinou a instauração de processo administrativo contra o servidor para apurar possível abandono de cargo, já encontrava-o há um ano e cinco meses com direito adquirido à jubilação, *"ex-vi"* do art. 178, da Lei n.º 1.751/52: *"Será aposentado, independentemente de inspeção de saúde; se o requerer, o funcionário que contar com mais de 35 anos de serviço."*

Conquanto o servidor não tenha na época em que deixou de comparecer ao trabalho providenciado em requerer a sua aposentação, esse fato não ilidiria o direito à aposentadoria, adquirido por força do efetivo exercício por mais de 35 anos. Ressalva-se o dever funcional de o servidor aguardar em exercício o ato de sua jubilação.

O rigor da lei, no entanto, há de dar guarida à equidade, ressaltando-se a boa fé do funcionário público indiciado neste processo, as suas excelentes qualidades profissionais, o reconhecimento oficial da Administração à eficiência de seu trabalho.

Outrossim, ainda que não provada a coação que alega ter sofrido de parte de superior hierárquico, a qual, uma vez demonstrada, afastaria a hipótese da ocorrência da falta do abandono de cargo; mesmo que não lhe aproveitasse a argumentação da ignorância ou incompreensão da lei, é válido acrescentar que, a seu favor, constituído cidadela inexpugnável, ampara-o o direito adquirido, contra o qual nem a lei se aplicará, tanto quanto o ato administrativo desconstitutivo da demissão o penetrará.

Nessas condições, requisito essencial à constituição do direito adquirido à aposentadoria, é o efetivo exercício por mais de 35 anos. No caso de aposentação voluntária, o requerimento do servidor, pelo qual traduz essa intenção, é instrumento do qual poderá valer-se a qualquer tempo.

Isso posto, somos de parecer que o funcionário indiciado, I. E. K. F., deve ser absolvido no processo administrativo-disciplinar, no qual responde por infração ao disposto no art. 38 e § 1.º do art. 217, da Lei n.º 1.751/52, visto que o direito à aposentadoria já se concretizara em data anterior ao fato que deu origem ao presente inquérito, limitado à Administração o ato declaratório do direito, já constituído definitivamente com o requisito objetivo do tempo de serviço.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 11 de fevereiro de 1980.

REVISÃO DE PROVENTOS

MARISA SOARES GRASSI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.620

REVISÃO DE PROVENTOS.

Distingue-se o **direito aos proventos** atendendo-se à lei em vigor no momento em que o servidor implementou os requisitos para requerer a aposentadoria, do **direito ao critério legal de revisão dos mesmos**, quando a lei aplicável é aquela em vigor na época da revisão. Interpretação dos §§ 3º e 4º do artigo 3º da Lei nº 7.358: critério de revisão de proventos dos inativos.

Idem do preceito contido nos §§ 1º e 2º do artigo 21 do mesmo diploma legal: o § 1º prevendo critério para o cálculo da diferença de proventos aos servidores que, beneficiados por regime previdenciário próprio, fazem jus ao pagamento de diferença pelo Tesouro do Estado; o § 2º excluindo da aplicação desse critério os servidores que se aposentaram até 15 de março de 1968 e os que implementaram até essa data os requisitos legais para requerer a inativação.

Em petição dirigida ao Senhor Governador do Estado, servidores inativos do DEPARTAMENTO ESTADUAL DE PORTOS, RIOS E CANAIS postulam a inaplicabilidade do disposto nos §§ 3º e 4º do artigo 3º da Lei nº 7.358, de 7 de março de 1980, e idêntico tratamento com relação à Lei de Reclassificação.

Em seu petitório informam que exerciam a função de Oficial Administrativo cujo regime horário normal era o de 33 horas semanais, com possibilidade de convocação para 44 horas, com base no Ato nº 150, de 26 de julho de 1965, que atribuía ao servidor convocado uma gratificação mensal.

Alegam os requerentes que os §§ 3º e 4º do artigo 3º, da Lei nº 7.358 ferem frontalmente o disposto no item I do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda nº 1/69, conflitando com o § 2º do artigo 21 da mesma lei estadual que, alicerçado no § 1º do artigo 177 da Constituição Federal de 1967, "*consagra o respeito ao direito adquirido*".

O processo, instruído com os dados funcionais dos interessados, vem a esta Casa em virtude de despacho do Senhor Chefe da Casa Civil.

É o relatório.

Cumpra-se notar que entre o rol dos petionários, em número de 10, 4 foram inativados sob a égide da Constituição de 1946. Os demais, aposentados em datas posteriores, poderão, eventualmente, ter sido destinatários do § 1º do artigo 177 da Constituição Federal de 1967, que garantia o direito à aposentadoria com todas as vantagens então em vigor àqueles que implementassem os requisitos para requerê-la até 15 de março de 1968, considerado esse período de um ano de vigência da nova Carta Federal, como de "vacatio legis".

Em vista disso é imprescindível que se ressalte a diferença entre os direitos aos proventos e o direito ao critério legal de fixação ou revisão dos mesmos, este último com base em legislação futura cuja compatibilidade com o texto constitucional, evidentemente, não fica afastada.

Assim é que, os que usufruíram do benefício do § 1º do artigo 177 da Carta Política de 1967 e tiveram assegurado o direito aos proventos fixados com base na legislação então em vigor, estarão submetidos, se o legislador assim o entender, a outros critérios legais de revisão dos mesmos, não podendo alegar infringência ao direito adquirido.

Nesse sentido já manifestou-se este Órgão Consultivo em arrazoado na interposição do Recurso Extraordinário do então Consultor Jurídico JOSÉ MARIA ROSA TESHEI-
NER, posteriormente Consultor-Geral do Estado e hoje Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

"Não se confunde a lei que rege a aposentadoria com a lei que rege a revisão dos proventos da aposentadoria pela lei vigente à data da aposentação, mas a revisão dos proventos da aposentadoria se rege pela lei vigente à data da revisão (não fosse assim, jamais poderiam ser revisados os proventos dos aposentados quando, inexistindo inflação, tampouco existiria previsão legal para a revisão)."

Também o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 15.627 — DF manifestou-se, no voto do Senhor Ministro ELOY DA ROCHA:

"O princípio verdadeiro, no entanto, a meu ver, é este: a revisão de proventos se há de realizar segundo a lei atual, e não conforme a lei do tempo da inatividade. Não há direito adquirido à revisão dos proventos, na conformidade da lei vigente no momento da inatividade. A revisão, que é atual, sujeita-se à lei nova." (RTJ 41/22).

No acórdão no Agravo de Petição nº 13.097, agravantes servidores do Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, a propósito da constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 5.892/69, argumenta o Relator Desembargador BONORINO BUTTELLI:

"A meu sentir não há como suscitar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 5.892."

E logo adiante junta o magistrado:

"Mas, a esse dispositivo do art. 5º da Lei nº 5.892, não mudou o critério? Mudou. Podia mudar? Podia. E estabeleceu exatamente em conformidade com toda a legislação que vem disciplinando a situação de aposentadoria dos servidores da autarquia, do DEPRC." (RJTJRS 25, págs. 143-144).

Assim colocada a questão, avancemos em nosso raciocínio.

Têm as leis de aumento geral do funcionalismo incluído em seus dispositivos normas fixando critérios para a revisão de proventos dos inativos, reservando especial atenção aos servidores estaduais que, com regime previdenciário próprio, têm direito à complementação por parte do Estado.

Inicialmente observou-se o critério da Lei nº 1.690, de dezembro de 1951 (Veja-se a respeito das controvérsias à interpretação dessa lei, os Pareceres nºs 1.970/71 e 4.394/80). Com o advento da Lei nº 5.892, de 23 de dezembro de 1969, reforçou-se a norma do Estatuto do Funcionário Público Civil do Rio Grande do Sul, artigo 177, VI, Lei nº 1.751/52, editada com o objetivo de impedir que o servidor, antes regido pelo Estatuto, porém filiado à Previdência Social, recebesse menos do que lhe seria devido se a fonte pagadora de seus proventos fosse o Tesouro Estadual. No entanto, a partir da Lei nº 6.835/74, vêm os diplomas estaduais adotando critérios distintos para os que se inativaram até março de 1968.

Com efeito, nesse último diploma legal citado, dispunha o artigo 20 e parágrafos:

"As disposições desta Lei aplicam-se, no que couber, aos servidores ferroviários, aos que integram o Quadro Especial criado pela Lei nº 6.182, de 8 de janeiro de 1971, e aos pensionistas do Tesouro do Estado.

§ 1º — Para efeito de cálculo da diferença de proventos de servidores públicos estaduais, em regime previdenciário próprio, observar-se-ão sempre os benefícios que vêm sendo efetivamente pagos pelo Instituto Nacional de Previdência Social, (art. 6º da Lei nº 5.892, de 23 de dezembro de 1969).

§ 2º — Aos servidores públicos estaduais, em regime previdenciário próprio, que se inativaram ou tiveram direito à inativação até 15 de março de 1968, não se aplica o disposto no parágrafo anterior (art. 177, § 1º da Constituição Federal de 1967)."

Esse preceito vem sendo repetido anualmente em todas as leis gerais de aumento e assim, presentemente, encontra-se em vigor a norma do artigo 21 da Lei nº 7.358, de 1980, cujos parágrafos dispõem:

"§ 1º — Para efeito de cálculo da diferença de proventos de servidores públicos estaduais, em regime previdenciário próprio, observar-se-ão sempre os benefícios que vêm sendo efetivamente pagos pelo Instituto Nacional de Previdência Social (art. 5º da Lei nº 5.892, de 23 de dezembro de 1969).

§ 2º — Aos servidores estaduais em regime previdenciário próprio, que se inativaram ou tiveram direito à inativação até 15 de março de 1968, não se aplica o disposto no parágrafo anterior."

Desta forma, para os que se inativaram até 15 de março de 1968, em regime previdenciário próprio, adota-se como critério de cálculo de diferença de proventos, o princípio disposto na Lei nº 1.690, que prescreve no artigo 1º:

"A diferença de proventos paga pelo Estado e a que fazem jus os servidores públicos não sofrerá qualquer redução quando os proventos pagos pelos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões ou quaisquer outros órgãos de previdência social venham a ser majorados."

A propósito da interpretação correta desse diploma legal, este Órgão Consultivo discorreu no Parecer nº 1970:

"O que a Lei nº 1.690/51 proíbe é que se reduza a diferença de proventos paga pelo Estado, quando são majorados os proventos do Instituto. Não impede, porém, que o Estado, quando concede aumento aos ativos majore a diferença dos inativos até o ponto em que, somada com o benefício previdenciário, atinja o nível que perceberia, correspondente ao padrão do cargo na atividade.

Exemplificando, um funcionário percebe na atividade a importância mensal de Cr\$ 100,00 (cem cruzeiros). Aposenta-se pelo Instituto de Previdência, percebendo Cr\$ 80,00 (oitenta cruzeiros). Pelo art. 177, VI, do Estatuto, o Estado pagar-lhe-á a diferença de Cr\$ 20,00 (vinte cruzeiros) equiparando seus proventos ao que seriam seus vencimentos.

Após isto, o Instituto eleva o benefício para Cr\$ 90,00 (noventa cruzeiros). A diferença passa a ser de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros), em relação aos vencimentos do cargo na atividade. Pela Lei nº 1.690/51, o Estado não pode reduzir a diferença de Cr\$ 20,00 que vinha pagando, para compensar a diferença real, que se reduziu à metade.

Todavia, em seqüência, o Estado aumenta os vencimentos de atividade em 20%, passando o caso da presente hipótese, de Cr\$ 100,00 para Cr\$ 120,00. Como o servidor já percebe Cr\$ 90,00 da Instituição de Previdência, o Estado passará a pagar a diferença de proventos real, que agora é de Cr\$ 30,00.

Neste caso, não houve redução da diferença. Houve, apenas, um aumento menor, adaptando o pagamento da diferença ao seu valor real."

Ora, já o critério adotado a partir da Lei nº 5.892, de dezembro de 1969, não impede que o Estado reduza a diferença a cada aumento realizado pela instituição previdenciária federal, quando ordena que se observe sempre os valores efetivamente pagos pelo INPS.

Observa-se, pois, que ambos os critérios são aplicáveis para efeito de cálculo da diferença de proventos, dependendo das datas em que os servidores implementaram os requisitos para requerer a aposentadoria.

A par disso, indispensáveis princípios que disciplinem a fixação dos proventos dos inativos. Daí porque a Administração socorre-se do § 4º do artigo 3º da Lei nº 7.358/80 (complementado pelo § 3º), para revisar os proventos dos postulantes, já inativos quando foi publicado o diploma legal.

Dispõe o parágrafo mencionado:

"Os proventos dos servidores inativos que têm como base de cálculo padrões correspondentes aos do Quadro Geral, serão revistos "ex officio", tendo em conta o regime de trabalho de trinta e três ou de quarenta e quatro horas semanais em que o funcionário foi aposentado, observado o disposto nos parágrafos anteriores."

Também o artigo 64 da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, a denominada "Lei de Reclassificação" prescreve:

"Os funcionários inativados em cargos do Quadro Geral terão seus proventos revistos, "ex officio", segundo os mesmos critérios estabelecidos para o enquadramento dos funcionários em atividade, observado ainda o seguinte:

I — A posição do inativo em relação às classes de carreira corresponderá à do funcionário em atividade da mesma categoria com o mesmo tempo de serviço estadual.

II — Os proventos serão calculados tendo em conta o regime de trabalho de vinte e duas, trinta e três ou quarenta e quatro horas em que o funcionário foi aposentado, observado o disposto nos artigos 40 e 41."

Ora, o artigo 40, na redação da Lei nº 7.397, de 18 de agosto de 1980, (diploma que complementa a Lei nº 7.357/80), estabeleceu como regime normal dos cargos do Quadro Geral dos funcionários públicos classificados nos padrões 1 a 16, o de 44 horas semanais, assim como a lei geral de aumento de vencimentos havia estabelecido para os cargos classificados nos padrões 1 a 12, disposições aplicáveis aos servidores autárquicos.

Ambos os diplomas prevêem a possibilidade de redução para 33 horas semanais, por ato do Governador ou de autoridade delegada, quando então os vencimentos serão devidos na proporção de três quartos do padrão, da mesma forma em que serão os proventos calculados, desde que esse seja o regime no momento da aposentadoria, ressalvadas as hipóteses do § 3º da Lei nº 7.358 e o artigo 41 da Lei de Reclassificação (com a redação da Lei nº 7.397) dirigida aos funcionários em atividade.

No caso em análise, os próprios peticionários informam que o regime normal de seus cargos sempre foi o de 33 horas semanais, podendo, em face de Resolução da Autarquia, haver convocação para o regime alargado. Conseqüentemente, ou os interessados incorporaram aos proventos por terem preenchidos os requisitos então estabelecidos, os valores relativos ao regime de convocação, ou, permanecendo no regime então normal, nesse inativaram-se efetivamente.

A propósito de análogo pedido em que os servidores inativos alegam infringência à norma constitucional que assegura o direito adquirido, manifestou-se esta PGE, no Parecer nº 4.539:

"(...) os aposentados nas condições da postulação mantiveram o seu direito adquirido aos proventos integrais da inativação, e dita integralidade foi mantida na proporcionalidade do regime de trabalho individualmente exercido quando militantes.

Não há, efetivamente, falar-se em direito adquirido a regime de trabalho, e, portanto, a contraprestação estipendiária, por quem não o exerceu um dia sequer.

Ademais, o regime laboral de trinta e três horas, convém acrescentar, não desapareceu do cenário jurídico, na eventual absorção por de maior monta. Realmente não.

O que o Poder Público fez, com o referendo do legislador, foi alterar o convencionalizado regime especial, passando a categorizá-lo como normal, e, correlatamente manter o regime de 33 horas como opção especial.

Mudou a denominação dir-se-á, passaram os funcionários ativos a trabalhar normalmente quarenta e quatro horas semanais e assim a ganhar maior remuneração e então os inativos que não podem nem trabalhar, nem optar, viram-se em situação desvantajosa confrontada com os antigos colegas.

Porém, o que não altera a questão, e daí porque são legítimos os preceitos inquiridos de inconstitucionalidade, é que o novo regime, para o militante, implica no fator maior tempo de trabalho, e, decorrentemente, o fator maior tempo de trabalho, em qualquer sistema legal, sempre corresponderá a maior remuneração."

A mesma matéria foi examinada no Parecer 4.542 onde foi ressaltado:

"Desse modo, não há que falar em redução de proventos e, conseqüentemente, em lesão a direito adquirido. Como se sabe, no momento em que o funcionário implementa as condições para a aposentadoria cristaliza-se o direito de continuar percebendo, sem trabalhar, as vantagens auferidas na atividade. No caso concreto, o direito dos reclamantes consiste na garantia ao recebimento de proventos correspondentes ao regime de 33 horas semanais que é exatamente o valor fixado na tabela reduzido de uma quarta parte e, essa garantia, não foi atingida."

Da mesma forma têm os pronunciamentos desta Casa ressalvado a possibilidade de os valores máximos fixados na tabela da Lei serem estendidos aos servidores inativos, se o desejar o Poder Executivo, através de novo provimento legal.

Por conseqüência, não há como afastar da situação dos peticionários a aplicabilidade do critério contido no § 4º do artigo 3º da Lei nº 7.358, de 7 de março de 1980, bem como as disposições da Lei de Reclassificação, isto é, o cálculo de seus proventos com os valores reajustados a três quartos do padrão máximo da Lei, mais as vantagens a que tiverem direito, se efetivamente inativaram-se em regime de 33 horas semanais.

Por último cabe reafirmar que o parágrafo mencionado não conflita com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 21 do mesmo diploma legal, que fixam critério de cálculo, depois de considerados os valores fixados na lei estadual, da diferença de proventos a que fazem jus os servidores como beneficiários de instituição previdenciária federal.

ISSO POSTO, podemos concluir:

1. Para cálculo dos proventos dos interessados observar-se-á o critério fixado no § 4º do artigo 3º da Lei nº 7.358/80, bem como a idêntica disposição da denominada "*Lei de Reclassificação*", isto é, os valores a que fazem jus, considerando-se o regime horário em que se aposentaram.
2. Para efeito de cálculo da diferença de proventos, por serem beneficiados por regime previdenciário próprio, serão observados, se inativados até 15 de março de 1968, o princípio contido na Lei nº 1.690/51, segundo o qual, **sem reduzir a diferença de proventos**, ordena considerar as majorações efetivamente concedidas pelo INPS; para os demais, o critério será o do § 1º do artigo 21 da Lei nº 7.358, de março de 1980 que, reproduzindo o artigo 5º da Lei nº 5.892/69, manda considerar sempre os valores efetivamente pagos pela instituição previdenciária federal.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 16 de fevereiro de 1981.

DISPENSA DE LICITAÇÃO

SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Constitucional na Universidade do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4.614

LICITAÇÃO.

Hipótese de dispensa prevista no artigo 126, § 2º, letra i do Decreto-Lei nº 200/67.

Interpretação consoante textos legais da União (Lei nº 5.456/68 e Lei nº 6.205/75) e do Estado (Lei nº nº 6.499/72).

1. Origina-se o presente expediente da Secretaria da Agricultura onde foi suscitada questão relativa à hipótese de dispensa da licitação com fundamento na letra i do § 2º do artigo 126 do Decreto-Lei nº 200/67, qual seja, a circunstância de que em razão do critério do "*pequeno vulto*", fica a Administração Pública desobrigada de proceder a certame público para feitura de compras, obras ou execução de serviços.

Registre-se, de logo, que bem encaminhada está a consulta, dado que no caso da contratação do serviço de empresa patrocinadora de "*show artístico*", não se poderia cogitar da dispensa de licitação com fulcro no critério da "*notória especialização*" (art. 126, § 2º, letra d), dado que a firma contratada não implementa, como pessoa jurídica que é, a condição legal. Outras empresas haverá, por certo, que lhe são equiparáveis, de modo, pois, a ensejar o certame público. A circunstância de, no serviço prestado à Secretaria, pontificar famoso tradicionalista regional, não informa sua notória singularidade à empresa contratada.

Fica, assim, centrada a questão a uma só hipótese de dispensa do procedimento licitatório, qual seja a que diz com o pequeno vulto.

E pede a Secretaria um posicionamento final a respeito do assunto.

É o que se tentará a seguir.

2. Não é demais que se registre aqui, inicialmente, os princípios basilares informadores do instituto da **licitação**, retirados que são do texto constitucional. Referimo-nos ao princípio da **igualdade** (Emenda Constitucional nº 1/69, art. 153, § 1º) e o da **moralidade administrativa** (art. 82, V, da Lei Maior).

O que se quer com o certame público é evitar possa a Administração escolher livremente seu contratante, o que significaria, de logo, privilegiar um ou alguns administrados,

acarretando, com isso, uma desigual distribuição das cargas e benefícios públicos (cfr. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO e SÉRGIO FERRAZ, em *Dispensa de Licitação*, Ed. Rev. dos Trib. SP, 1980, pág. 15).

A apuração do melhor contratista "só se perfaz, às inteiras, quando se admite ao pleito, em igualdade de condições, o maior número possível de concorrentes". (op. cit., pág. 15).

Realiza-se, assim, o procedimento administrativo com duplo objetivo:

"(...) de um lado, proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso; de outro assegura aos administrados ensejo de disputarem entre si a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendam de realizar com os particulares." (em *Licitação*, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Ed. Rev. dos Trib. SP, 1980, pág. 1).

3. Embora predomine a imperiosidade do procedimento licitatório para a Administração Pública, há hipóteses legalmente previstas, em que, sem ferir os princípios antes enunciados, haja dispensa da aplicação daquele instituto. São as circunstâncias previstas no artigo 126, § 2º do Decreto-Lei nº 200/67, encabeçado que é, porém, com a consagração do princípio, em sua forma impositiva, literalmente:

"As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação."

Daí o redobrado cuidado do intérprete ao analisar as hipóteses de dispensa, para não "avançar o sinal", a dizer, para não ir além da intenção do legislador, já que são condições de restrição de direitos assegurados amplamente aos administrados e nascidos da sempre presente exigência de lisura no agir dos agentes do Poder Público.

4. Incide, então, regra de hermenêutica sobremodo repetida e, portanto, de reconhecida justiça e utilidade, a saber:

"(...) interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum."

E temos de nos valer aqui, como não poderia deixar de ser, da sabedoria de CARLOS MAXIMILIANO, comentando a tão célebre parêmia:

"Melhor e com freqüência maior do que a letra crua indicam se a exegese deve ser mais ou menos estrita, os motivos, o fim colimado, a razão lógica, os valores jurídico-sociais que deram vida à regra e a justificam no sistema geral da legislação. Como sempre sucede, a propósito de quaisquer questões de Direito, também na órbita das normas excepcionais orienta-se o hermeneuta pela perspectiva do resultado

provável deste ou daquele modo de agir, atende às conseqüências decorrentes da interpretação literal, ou rigorosa do texto." (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, págs. 237 e 238).

E um pouco acima, sobre o mesmo princípio de interpretação:

"O seu intento é tirar da regra tudo o que na mesma se contém, nem mais, nem menos." (op. cit., pág. 235).

Munidos destes instrumentos de exegese é que nos aproximamos dos casos de dispensa de licitação, mais particularmente da hipótese versada sob letra i do § 2º, artigo 126 do Decreto-Lei nº 200/67.

5. A questão a ser enfrentada nos remete necessariamente à distinção entre as espécies de procedimento licitatório, ou "modalidades de licitação", consoante o texto legal (art. 127 do Decreto-Lei nº 22), assim enumeradas:

- I — a concorrência;
- II — a tomada de preço;
- III — o convite."

O **convite** que é a espécie que ora nos interessa "é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor consistente na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas, no prazo mínimo de três dias" conforme conceitua HELY LOPES MEIRELLES em seu "Licitação e Contrato Administrativo" (4ª ed. atualizada, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1979, pág. 88).

No Rio Grande do Sul, a tarefa de determinar qual o vulto das **obras, compras e serviços** a exigir proceda a Administração ao **Convite** fica facilitada pelas determinações do legislador estadual (Lei nº 6.499, de 22 de dezembro de 1972, que estabeleceu como **teto** (limite máximo):

"Art. 1º —

III — CONVITE:

a) para compras ou serviços, quando seu vulto for inferior a 50 vezes o valor do salário-mínimo mensal, sem prejuízo do disposto no artigo 4º);

b) para obras, quando seu vulto for inferior a 250 e igual ou superior a 25 vezes o valor do salário-mínimo mensal."

E no artigo 4º:

"Fica alterado para 50% do valor do salário-mínimo mensal o limite por comprovante, para despesas pequenas de pronto pagamento",

quer dizer, só não se exigirá comprovante de despesas se o valor for inferior à metade do valor referência (Lei nº 6.205/75).

Observe-se que com o advento da Lei nº 6.205, de 20 de abril de 1975, onde consta "valor do salário-mínimo mensal" leia-se "valor de referência", cuja fixação mais recente consta do Decreto Federal de nº 84.675, de 30 de abril de 1980, que trouxe novos coeficientes para a atualização monetária prevista na Lei nº 6.205/75, diversificados segundo regiões e sub-regiões brasileiras.

6. A interpretação do dispositivo da lei estadual não causa o menor embaraço porquanto diz com clareza que para todas as **compras** e **serviços** efetuados pela Administração Pública estadual cujos valores estiverem abaixo de 50 vezes o valor de referência há de se utilizar a modalidade licitatória do **convite**, ficando este limite com fronteira, portanto, entre esta espécie e a **Tomada de Preço**. Mas restou não estabelecido pelo legislador estadual o limite mínimo, o **piso** a partir do qual se faz exigível o procedimento licitatório. Pergunta-se:

— A partir de que percentual do valor de referência fica a Administração estadual dispensada de proceder ao Convite?

7. A tabela anexada ao expediente organizada para as diversas modalidades de licitação, onde constam os valores já conforme o Decreto nº 84.675/80, traz como índice para dispensa do Convite 2,5 o maior valor de referência. Tal cálculo vale para as **obras** mas não atinge expressamente as hipóteses de **compras** e **serviços**, porque assim não previu o legislador estadual. Só por analogia é que se poderia ser conduzido a este entendimento. Mas o intérprete vale-se deste recurso quando não dispõe de outro instrumental jurídico. E, S.M.J. temos o texto da lei federal a ser respeitado, por expressa previsão constitucional (art. 8º, parágrafo único da Emenda Constitucional nº 1/69).

E a leitura atenta do artigo 126, § 2º, letra i do Decreto-Lei nº 200/67 traz no seu bojo a resposta que se persegue. Lê-se ali:

"§ 2º — É dispensável a licitação:

i — nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidas como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de compras e serviços e a cinquenta vezes no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal."

E no § 5º do mesmo artigo 126 onde são fixados os limites para cada uma das modalidades de procedimentos licitatórios, para os casos de **compras** ou **serviços**, consta:

"(...) e convite, se inferior a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo, observado o disposto na alínea "i" do § 2º do artigo 126."

Quer dizer: para a União o piso para que se proceda ao Convite são cinco (5) vezes o valor de referência.

8. Considere-se, outrossim, que lei federal superveniente de nº 5.456/68 impôs os percentuais de redução para os Estados em 50% (artigo 2º), ressaltando que tais limites "para as várias formas de licitação, serão fixados em lei estadual".

Surge a indagação objeto da consulta:

— Na ausência de disposição legal estadual expressa, incide a determinação da Lei nº 5.456/68 ou vale a regra contida no Decreto-Lei nº 200/69?

9. A matéria em exame nos remete à questão da competência para legislar sobre licitação.

Dúvida não existe acerca de que "a matéria é estritamente de Direito Administrativo, dizendo portanto com um campo de competência próprio das pessoas jurídicas de capacidade política (União, Estado e Município) pelo que cada qual legislará para si próprio, em sua esfera específica" (cfr. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em licitação, op. cit., pág. 6).

Então, o problema que se nos coloca pode ter o seguinte enunciado:

— Inexistindo legislação estadual a regular o valor limite para dispensa de licitação, incide automaticamente a lei federal que fixa os índices a serem obedecidos pelos Estados ou o parâmetro federal só diz respeito aos princípios gerais?

Importa, de qualquer modo, que se registre que as regras licitatórias previstas no Decreto-Lei nº 200 não são "normas gerais", tal o grau de minudência e detalhamento nelas contidas.

Inobstante, resta enfrentar a questão da incidência do Decreto-Lei nº 200 ou da Lei nº 5.456/68 que estendeu aos Estados e Municípios as determinações do Decreto-Lei nº 200 relativas à licitação, fixando em seu artigo 2º a redução de 50% dos valores para o Estado e 25% para o Município, em relação aos valores da União.

10. Ocorre que nossos melhores administrativistas que vem se dedicando ao tema da licitação são concordes em inquirir de inconstitucional a Lei Federal nº 5.456/68 por ferir, às claras, a autonomia estadual.

Mesmo HELY LOPES MEIRELLES, que em seu **Licitação e Contrato Administrativo** (4ª ed. atualizada, Revista dos Tribunais, SP, 1979, pág. 88) entende para os Estados a assunção automática dos valores reduzidos pela Lei nº 5.456/68, tem passagem em o "Direito de Constituir" (pág. 108) onde faz o reconhecimento da autonomia estadual:

"O que a Constituição Federal atribui à União é a faculdade de legislar sobre normas gerais. Legislar é editar regras jurídicas de conduta; não é intervir executivamente nas entidades federadas, impondo padrões standardizados nos mínimos detalhes."

Constatando que o legislador federal, em matéria de licitação, foi muito além das normas gerais, ADILSON DALLARI não teme afirmar sobre este regramento que é ou inconstitucional ou confuso. E especificamente quanto a Lei nº 5.456/68 é ele peremptório:

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

E não se furta em responder:

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

11. Importa, para o caso em questão, que se atente para outra regra de interpretação jurídica que indica a necessidade de atualização da norma segundo a realidade histórica ao tempo de sua aplicação.

Ora, havido como um índice de fortalecimento do respeito ao princípio federativo tão aviltado até então, foi editado o Decreto Federal nº 85.230 em 02 de outubro de 1980 revogando o artigo 94 do Decreto nº 73.140, o que significa, hoje, a inaplicabilidade das disposições federais constantes daquele decreto aos Estados e Municípios. Vigoram, pois, os princípios da licitação para estas entidades políticas, mas não as minúcias a que desceu o legislador federal.

Se esta é, hoje, a tendência ou o espírito que preside o tratamento das entidades federadas, temos um sólido indicativo para dizer da não-aplicação da Lei nº 5.456/68 aos Estados, em especial o seu malsinado artigo 2º, a não ser que o legislador estadual expressamente o receba em seu ordenamento legal.

12. Para o Estado do Rio Grande do Sul há de se aplicar o Decreto-Lei nº 200, naquilo que está contido em seu artigo 126, § 2º, alínea i, no que concerne à dispensa por pequeno vulto para **compras e serviços** cujos valores sejam inferiores a 5 (cinco) valores de referência.

Temos, pois, para o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL:

— CONCORRÊNCIA

Para compras e serviços: valor igual ou superior a 1000 vezes o valor de referência.

Para obras: valor igual ou superior a 5000 vezes o valor de referência.

— TOMADA DE PREÇOS

Para compras e serviços: valor inferior a 1000 e igual ou superior a 50 vezes o valor de referência.

Para obras: valor igual ou inferior a 5000 e igual ou superior a 250 vezes o valor de referência.

— CONVITE

Para compras e serviços: valor igual ou inferior a 50 vezes o valor de referência e superior a 5 vezes o valor de referência.

Para obras: valor inferior a 250 e igual ou superior a 25 vezes o valor de referência.

Sendo esta a conclusão a que se chega, andou bem o administrador público em dispensar o procedimento licitatório, fundado na hipótese do "*pequeno vulto*".

13. Não se pode, porém, deixar de registrar que, mesmo na ocorrência de dispensa da licitação há um procedimento a ser observado pelos agentes públicos, tal qual regulado minuciosamente no Decreto Federal nº 73.140/73, artigo 9º e incisos.

Mesmo considerando que foi afastada a aplicação do referido Decreto aos Estados, conforme já referido (Decreto nº 85.230, de 02 de outubro de 1980, que revogou o artigo 94 do Decreto nº 73.140), as formalidades ali previstas são da **natureza** mesma do instituto licitatório, resultando implícitas dos princípios enunciados inicialmente.

Assim, o ato de dispensa do procedimento licitatório há de ser sempre **motivado**. É o que se depreende do teor do artigo 9º:

"Art. 9º — Sempre que ocorrer qualquer das hipóteses previstas no artigo anterior, o processo deverá ser instruído com os seguintes elementos:

I — Justificativa da necessidade da obra ou serviço cuja execução deva ser contratada com dispensa de licitação;

II — caracterização da situação excepcional que justifique a dispensa e indicação do dispositivo legal que a ampare;

III — razões da escolha do executante." (grifou-se).

14. Em síntese, somos de parecer que o serviço contratado pela Secretaria consultante configura situação de dispensa de licitação pelo "*pequeno vulto*", sendo aplicável à espécie a alínea i do § 2º do artigo 126 do Decreto-Lei nº 200/67. O ato administrativo de dispensa deve ser devidamente **motivado**, em atendimento aos princípios de moralidade, e isonomia que garantem aos administrados a correta atuação dos agentes públicos.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 12 de fevereiro de 1981.

PERMUTA DE IMÓVEIS

ELIANA DONATELLI DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora da Fundação Rio-Grandense Univer-
sitária de Gastroenterologia
Professora de Direito Constitucional na Univer-
sidade do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4.380

PERMUTA.

O valor ínfimo da coisa ofertada em troca de outra, em relação ao valor em dinheiro a ser pago a título de diferença, desnatura a permuta, caracterizando-a como compra e venda.

A REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A (RFFSA), através da Superintendência Regional de Porto Alegre, propõe a permuta de imóveis de sua propriedade com imóveis pertencentes a Secretaria de Estado da Agricultura, cujas avaliações procedidas em 1976 deverão, segundo informa o expediente, ser reajustadas por ocasião da efetivação do negócio, de acordo com a Coluna 1, Oferta Global, do Índice Geral de Preços da Revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas.

Dita proposta, ora reiterada pela RFFSA (Proc. PGE-51/80), constou de ofício encaminhado pela Superintendência Regional em data de 24 de maio de 1976 (Proc. SA/4084/76), com a descrição dos imóveis a serem trocados, as avaliações, a diferença em dinheiro a ser paga pela RFFSA ao Estado, incluindo plantas de situação dos imóveis, que são objeto da permuta, nas quais estão sinaladas as áreas do Estado e as daquela empresa.

É a seguinte a descrição dos imóveis com as avaliações à época da proposta:

1. Imóveis de propriedade da RFFSA:

1.1. Faixa de terra situada na linha erradicada Uruguaiana-Barra do Quaraim, entre as estacas 323+10 a 389+9 com 2,1104 ha, à razão de Cr\$ 1.500,00/ha:
..... Cr\$ 3.165,60

1.2. Faixa de terra situada na linha erradicada Santa Maria-Canabarro, entre as estacas 680+8 a 701+16 e 706+0 a 733+18, com 2,9580/ha, à razão de Cr\$ 1.000,00/ha:
..... Cr\$ 2.958,00

TOTAL Cr\$ 6.123,60

2. Imóveis de propriedade da Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura do RGS:

2.1. Faixa de terra atingida pelas obras de construção da variante ferroviária Santa Maria-Canabarro, situada entre as estacas 581+6 a 609+7 e 639+7 a 656+7, com 2,6108 ha, à razão de Cr\$ 1.000,00/ha: Cr\$ 2.610,80

2.2. Imóveis de propriedade da Secretaria atingidos pelas obras de construção da variante ferroviária São Domingos-Hulha Negra, situados entre as estacas 1155+0,70 a 1235 +17;

2.2.1. Faixa de terra com 9,4000 ha à razão de Cr\$ 12.000,00/ha: Cr\$ 112.800,00

2.2.2. Uma casa de alvenaria com 52,64m², à razão de Cr\$ 395,28/m² Cr\$ 20.807,53

2.2.3. Um galpão de madeira com 16,74m², à razão de Cr\$ 220,03/m² Cr\$ 3.683,30

TOTAL Cr\$ 139.901,63

3. Diferença a ser paga pela RFFSA à Secretaria: Cr\$ 133.778,03

A pedido da Secretaria da Agricultura foram anexados ao expediente, formado a partir da reiteração da proposta de permuta feita pela RFFSA, o Processo contendo a proposta original e anexos (Proc. SA/4084-76) e o Processo nº SA/4692-75, originado do ofício nº 275/SRSA/75, dirigido pela Superintendência Adjunta Administrativa da Rede ao Diretor da Estação Experimental da Secretaria, datado de 28 de fevereiro de 1975, comunicando que promoveria a alienação, sob a forma de Cessão de Direitos e Compra e Venda, de faixa de terras da antiga linha férrea, de que o Estado seria proprietário lindeiro de ambos os lados. Daí a exigência da manifestação, por escrito, de parte do Estado, sobre seu interesse pela aquisição do imóvel com as seguintes características:

*“Localização: 323+10,00 a 389+9,00
Comprimento: 1.319,00 m
Largura média: 16,00 m
Área: 21.104,00m² ou 2,1104 ha”*

O preço do hectare seria de Cr\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos cruzeiros), conforme avaliação feita pelo órgão competente da Superintendência.

Em resposta, a Diretoria da Estação Experimental contesta a dominialidade da Rede com relação à faixa ocupada pela ferrovia, posto que os títulos de propriedade constantes de seus arquivos não mencionam desapropriações ou alienações da referida área, aventando a possibilidade de que na época teria havido simples cessão de uso sem ônus para a ferrovia da referida faixa e que, nessa hipótese, a sobredita faixa deveria apenas ser devolvida.

Diante disso, a Diretoria do Patrimônio, revendo seus assentamentos não encontra gravames sobre os imóveis onde existe a linha férrea, juntando, inclusive, quatro (4) Certidões do Registro de Imóveis (nº 393, L.3, fls. 126, de 8 de novembro de 1930; nº 349, L.3, de 22 de agosto de 1930; nº 874, L.3-A, fls. 253-254, de 8 de agosto de 1932; e, nº 10.888, L.3-II, fls. 56, de 17 de julho de 1952) e sugere que a Rede comprove a propriedade dos imóveis, com a incorporação dos mesmos quando da constituição em sociedade anônima.

Em sua defesa, a Rede alega que as escrituras transcritas sob os nºs 393 e 349 referem-se, efetivamente, à área em questão, mas que nelas não foi respeitada a faixa de propriedade da Rede, tal como consta das escrituras em seu poder, cujos registros constam em nome da COMPANHIA BRAZIL GREAT SOUTHERN RAILWAY LIMITED, ainda pendentes de legalização em nome da RFFSA, referindo a legislação pertinente desde a época do Império até este período.

Diante do impasse, foi o expediente encaminhado pela Secretaria da Agricultura a esta Procuradoria-Geral para manifestar-se a respeito.

É o relatório.

2. Antes de se cogitar da dominialidade dos imóveis em questão há que se considerar a proposta de permuta da RFFSA, se viável.

Os imóveis ofertados para a troca pela RFFSA totalizavam, em maio de 1976, o valor de Cr\$ 6.123,60 (seis mil, cento e vinte e três cruzeiros e sessenta centavos), enquanto os imóveis da Secretaria da Agricultura totalizavam o valor de Cr\$ 139.901,63 (cento e trinta e nove mil, novecentos e um cruzeiros e sessenta e três centavos), havendo uma diferença a ser paga em dinheiro no valor de Cr\$ 133.773,03 (cento e trinta e três mil, setecentos e setenta e três cruzeiros e três centavos).

Ora, depara-se à evidência que de troca não se trata, mas de compra e venda, já que o valor dos imóveis ofertados pelo proponente da permuta representa uma ínfima parte do pagamento a ser feito em dinheiro. Não há, por isso, “in casu”, o ânimo de permutar.

Com efeito, o Código Civil, reconhecendo a semelhança entre ambos os contratos, no art. 1164, manda aplicar-se à troca, ou permuta, as disposições referentes à compra e venda com as modificações nele previstas.

A distinção entre a permuta e a compra e venda está em que, na primeira, uma das partes contratantes promete uma coisa em troca de outra, enquanto na compra e venda a contraprestação deve ser em dinheiro (Cfe. ORLANDO GOMES, in Contratos. 4ª ed. Rio, Forense, 1973, pág. 295).

Quando a prestação de um dos contratantes consiste parte em dinheiro e parte em outra coisa, existe dúvida — segundo ORLANDO GOMES, sobre a natureza do contrato: se compra e venda, ou se troca (ob. cit., págs. 295-6).

Diz o mesmo autor:

"Pelo critério objetivo do maior valor, será compra e venda se a parte em dinheiro for superior a outra; será troca, em se verificando o oposto. Pelo critério subjetivo, o que conta é a intenção das partes sobre o conteúdo objetivo do contrato, pouco importando a qualificação que lhe dêem os contratantes."

E conclui:

"A dificuldade na determinação do verdadeiro intento das partes aconselha a adoção do critério objetivo. Seria incorreto qualificar de troca um contrato no qual a prestação pecuniária fosse importante e a outra insignificante, ainda que os contratantes tivessem a intenção de permutar bens. Por outro lado, se o valor da coisa excede o da parte em dinheiro, é óbvio que o contrato não deve ser considerado de compra e venda." (id., pág. 296).

Na hipótese de permuta seria inexigível a licitação, já que neste caso a Administração teria destinatário certo, qual seja o proprietário do bem desejado pelo Poder Público e, ao mesmo tempo, interessado no bem público objeto da permuta (veja-se, a propósito, HELY LOPES MEIRELLES, in *Direito Administrativo Brasileiro*. 3ª ed. SP, RT, 1975, pág. 252).

O mesmo não ocorre com a compra e venda em que a Administração fica sujeita ao procedimento licitatório, ao teor do art. 143 do Decreto-Lei nº 200/67.

Logo, se houver interesse da Administração em alienar os imóveis sob exame deverá licitá-los. Por outro lado, a Rede para adquiri-los deverá ofertar o melhor preço.

3. A respeito da titularidade da União sobre as estradas de ferro dispõe o art. 1º, letra e, do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, a saber:

"Art. 1º — Incluem-se entre os bens imóveis da União:

e) a porção de terras devolutas que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais."

Já a legislação citada, desde a época do Império, trata da concessão de serviço de transporte ferroviário, mais particularmente, das Estradas de Ferro Quaraím a Itaquí e Itaquí a São Borja.

Diz o Decreto nº 21.185, de 21 de março de 1932, fazendo, inclusive, uma retrospectiva, o seguinte:

"Considerando que os Decretos nº 8.312, de 19 de novembro de 1881 e nº 7.122, de 17 de setembro de 1908, asseguram, respectivamente, a The Brazil Great Southern Railway Company o privilégio, por noventa anos, para a construção, uso e gozo da Estrada de Ferro Quaraím a Itaquí e o arrendamento, pelo prazo de sessenta anos, da via férrea Itaquí a São Borja, construída pela mesma companhia e de propriedade da União;

Considerando, que desde 1924 se encontram ambas as estradas sob a administração do Governo Federal, que as ocupou transitoriamente, para o fim de restabelecer o respectivo tráfego interrompido pela companhia, em conformidade com as cláusulas XXII e XIII dos contratos autorizados pelos citados decretos de 1881 e 1908;

Considerando que é de conveniência e atende aos interesses da União a incorporação de ambas as linhas à Rede da Viação Férrea Federal no Rio Grande do Sul, para a qual deverão ser completamente restauradas, conforme o exigem as condições precárias em que se acham atualmente;

Art. 1º — O Ministério da Viação e Obras Públicas providenciará para o resgate e a transferência ao domínio e posse da União da Estrada de Ferro Quaraím-Itaquí, com todo o seu acervo em material fixo e rodante, compreendidos acessórios, servidões e quaisquer direitos, entendendo-se resolvido ipso facto, para todos os efeitos, o contrato a que se referem o Decreto nº 8.312, de 19 de novembro de 1881, e demais subseqüentes.

Art. 2º — Fica igualmente rescindido, em todos os seus direitos e obrigações, o contrato de construção e arrendamento aprovado pelo Decreto nº 7.122, de 17 de setembro de 1908, revertendo a posse e livre disposição do Governo a Estrada Itaquí-São Borja, de propriedade da União, com todas as suas dependências e benfeitorias."

As estradas antes referidas foram arrendadas pela União ao Estado para a exploração da Viação Férrea do Rio Grande do Sul e, posteriormente, com a rescisão dos contratos de arrendamento, foram incorporadas à Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima.

A dominialidade do leito das estradas em questão cabe, efetivamente, à RFFSA, conforme se depreende da Ata de Assembléia Geral Extraordinária, realizada a 30 de dezembro de 1968, que ao tratar da avaliação, dentre outros, do patrimônio da Viação Férrea do Rio Grande do Sul, que seria incorporado à Rede Ferroviária Federal, com aumento do capital do Tesouro Nacional naquela sociedade, declara que as Estradas de Ferro "constituem universalidades que devem ser encaradas em seu conjunto, tendo em vista as condições peculiares de cada Estrada a ser incorporada, o valor das terras em que se

acham localizadas, a qualidade técnica dos seus traçados e do seu aparelhamento, os terrenos, bens e direitos que integram o seu patrimônio".

Quanto ao problema das Certidões apresentadas pela Secretaria da Fazenda e pela Rede, relativamente às áreas sob exame, importa que se faça um confronto das mesmas junto ao Cartório de Registro de Imóveis do Município de Uruguaiana, inclusive através de mapas e plantas, para a perfeita delimitação das áreas adquiridas por uma e pela outra parte, com vistas à regularização dos registros. Principalmente porque as Certidões fornecidas pela Rede não permitem a localização exata das áreas, por serem reduzidas e porque as escrituras juntas são ilegíveis.

EM CONCLUSÃO, nos limites dos elementos contidos no expediente, desaconselha-se a permuta proposta, a qual foi objeto da presente consulta, tendo em vista que o valor ínfimo da coisa oferecida em troca de outra, em relação ao valor em dinheiro a ser pago a título de diferença, retira do negócio a característica de permuta, qualificando-o como contrato de compra e venda, este último dependente de procedimento licitatório.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 10 de junho de 1980.

PENSÃO POR MORTE EM ACIDENTE DO TRABALHO

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

PARECER Nº 4.563

PENSÃO POR MORTE EM ACIDENTE DO TRABALHO. NEGATIVA DE REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS.

Julgada ilegal pelo Tribunal de Contas a concessão inicial de pensão e tornado insubsistente, pela Administração Pública, o ato inicial que havia concedido o benefício, descabe a anulação dessa última providência, visto não ter havido violação de nenhum dispositivo legal.

Não pode ser concedida pensão por morte em acidente do trabalho quando inexiste nexó causal entre a morte do funcionário e a atividade por ele exercida.

O Tribunal de Contas deste Estado, em sessão realizada no dia 18 de abril do ano passado, decidiu negar registro ao ato que havia concedido pensão a U.R.G. e aos menores A.R.C.G. e A.C.G., respectivamente viúva e filhos do Comissário de Polícia, padrão 10, da Secretaria da Segurança Pública, A.P.G.F., visto não ter havido, segundo seu entendimento, relação de causalidade entre a doença que vitimou o ex-funcionário (carcinoma da bexiga) e o trabalho que o mesmo exercia, requisito esse indispensável para "*enquadrar a morte como "em objeto de serviço" ou "em razão da função"*".

Em acatamento a essa decisão, foi publicado no Diário Oficial de 13 de novembro do mesmo ano ato administrativo assinado pelo Senhor Governador do Estado, tornando insubsistente aquele ato inferior que havia concedido a aludida pensão.

Formulando pedido de reconsideração a essa autoridade, a viúva do ex-policia solicitou a anulação desse último ato, alegando que o exercício do cargo, por parte de seu marido, foi a causa do agravamento da doença que o vitimou, inclusive pela demora que o mesmo teve, também em razão do trabalho, em procurar recursos médicos.

O processo, então, por determinação do Chefe da Casa Civil, foi encaminhado a esta Procuradoria-Geral, para exame e parecer.

Até o advento da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, a jurisprudência dominante, inclusive do Supremo Tribunal Federal, era no sentido de que a declaração, pelo Tribunal de Contas, da ilegalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões constituía julgamento definitivo na esfera administrativa, só impugnável perante o Poder Judiciário. A seguinte ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 19.973-DF retrata com fidelidade a situação jurídica então existente: "O Tribunal de Contas, declarando a ilegalidade da concessão de aposentadoria, opera julgamento definitivo na esfera administrativa. Sendo assim, descaberia ao Presidente da República, por inexistir norma válida de competência, mandar executar o ato de aposentadoria, nem, por idêntica razão, poderia o Poder Legislativo homologar o ato deste." (Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T. F., 77/29).

A referida Emenda Constitucional, contudo, veio alterar substancialmente esse entendimento, pois introduziu de forma expressa, no texto da Constituição Federal, a faculdade de o Presidente da República poder ordenar, *ad referendum* do Congresso Nacional, o registro de ato de aposentadoria, reforma ou pensão considerado ilegal pelo Tribunal de Contas, faculdade essa que, por força do art. 200 da mesma Constituição, ficou automaticamente incorporada às Constituições dos Estados-membros. Dessa maneira, julgada ilegal pelo Tribunal de Contas do Estado a concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, o Chefe do Poder Executivo Estadual tem, atualmente, dois caminhos a seguir: ou acatar aquela decisão, tornando insubsistente o ato que havia concedido o benefício, ou ordenar a execução deste, *ad referendum* da Assembléia Legislativa.

No presente caso, foi escolhida a primeira alternativa, tendo sido publicado no Diário Oficial de 13 de novembro de 1979 ato assinado pelo Senhor Governador do Estado tornando insubsistente aquele outro que, inicialmente, havia concedido pensão à interessada e aos seus filhos menores.

Estando encerrado o procedimento administrativo tendente a verificar o eventual direito da requerente e de seus filhos à pensão solicitada, somente no caso excepcional de **ter havido violação de algum dispositivo de lei** poderia a instância administrativa ser reaberta para possibilitar o reconhecimento do direito pleiteado.

É que o poder que assiste à Administração Pública de **anular** os seus próprios atos só existe quando esses mesmos atos estão eivados de vícios que os tornem **ilegais** (Súmula 473 do S.T.F.). Motivos de **oportunidade** ou de **conveniência** podem fundamentar apenas a **revogação** dos atos administrativos praticados no uso do poder discricionário da Administração. Não sendo discricionário o ato de conceder, ou não, a pensão solicitada, mas **vinculado** aos ditames da lei, a anulação ora solicitada só poderia ser realizada se tivesse ocorrido violação de algum dispositivo legal. Como ensina MIGUEL REALE, "o desfazimento de um ato administrativo em virtude de **nulidade** ou de **anulabilidade** pressupõe a violação de algum dispositivo legal, ou seja, um título que se não reduza ao simples poder de agir em função do interesse público: a invocação do bem social não basta para legiti-

mar o anulamento; necessário é que haja lei cujo desrespeito, manifesto ou comprovado, importe na caracterização de sua invalidade" (Revogação e Anulamento do Ato Administrativo. Rio, Forense, 1968, pág. 45).

Nenhuma ilegalidade, contudo, vicia o ato administrativo impugnado pela interessada, pois entre a doença (carcinoma da bexiga) que vitimou o seu marido e o cargo que o mesmo exercia (Comissário de Polícia) não há qualquer relação de causalidade, relação essa exigida pela lei para a concessão de benefício pleiteado. Como foi dito pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal JOÃO LEITÃO DE ABREU em seu Parecer nº 4.680, emitido quando ele era membro do extinto Conselho do Serviço Público, para que ocorra acidente do trabalho é necessária a concorrência dos seguintes elementos: "a) *lesão corporal*; b) *subitaneidade*; c) *produção por força exterior* e d) *nexo causal entre o evento danoso e o desempenho das atribuições pertinentes ao cargo*" (vide Diário Oficial do Estado de 23 de junho de 1962). No presente caso, inexistiu a aludida subitaneidade, pois não constam do processo elementos que comprovem que a morte do servidor não se deu pela evolução natural da doença. Também não consta que tivesse havido qualquer traumatismo que pudesse ter desencadeado o crescimento do tumor já existente ou agravado o processo canceroso do ex-funcionário. Muito menos está comprovada a relação de causa e efeito, ainda que remota, entre a atividade por ele exercida e a sua morte. Nem sequer se pode falar em *concausa*, pois não houve no trabalho qualquer fator desencadeante, que, aliado à doença, tivesse contribuído para o falecimento do servidor.

Conforme se vê dos trechos dos acórdãos a seguir citados, a morte por câncer somente pode ser considerada como acidente do trabalho quando a eclosão do processo canceroso esteja relacionada com algum traumatismo sofrido no exercício do trabalho, ou em outros casos em que fique evidenciado o nexo de causalidade entre o exercício do trabalho e o aparecimento da doença:

"A jurisprudência de nossos Egrégios Tribunais já deixou firmado o princípio de que "a etiologia do câncer é problema ainda sem solução na ciência médica. Mas nem por isso deixa de haver certo acordo de opiniões quanto às causas de agravamento da moléstia. Entre essas causas se inclui a ação persistente de substâncias irritantes no organismo predisposto por fatores endógenos embora ignorados" (RT, vol. 268/476). Decisões existem do Egrégio Tribunal de Santa Catarina apontando o câncer, moléstia profissional desde que provado ter sido a região traumatizada em acidente (RT, Vols. 221/465 e 224/564), na aceitação da lição de Sanchet, "que o acidente tenha sido de natureza a provocar uma lesão interna (tal como ruptura ou uma contusão violenta do estômago, do intestino, etc.)". (Revista dos Tribunais, 396/263).

"Desde que relacionada a eclosão do processo canceroso com o acidente sofrido pelo operário, surge a responsabilidade indenizatória pela teoria da equivalência das causas, esposada pelo art. 3º da Lei de Acidentes (Decreto Lei nº 7.036, de 1944)." (Revista dos Tribunais, 330/362).

"Acidente do trabalho. Morte resultante de metástases pulmonares e pleurais, determinadas por osteosarcoma osteogênico do terço inferior do diafisário do osso tibial. Lesão traumática sofrida pela vítima. Relação de causalidade entre o acidente e a moléstia. Se a etiologia do câncer é problema ainda sem solução na ciência médica, a jurisprudência tem admitido que o traumatismo pode desencadear ou agravar processo canceroso preexistente." (Julgados do Tribunal de Alçada do RS, 6/80).

Em acórdão proferido no julgamento do Agravo de Petição n.º 3.908, o Tribunal de Alçada deste Estado bem caracterizou o que seja acidente do trabalho, ao decidir:

"Não sendo a tuberculose doença profissional, só se caracteriza como acidente do trabalho, se resultante das condições especiais ou excepcionais em que o trabalho seja executado, de modo a permitir o reconhecimento de nexos de causalidade. O só fato de haver a moléstia se manifestado no curso da prestação de serviços, não basta para que se considere como doença do trabalho. Caso em que os autos não oferecem quaisquer elementos que possibilitem o estabelecimento de nexos causal entre o trabalho e a doença." (Julgados do Tribunal de Alçada do RS, 5/83).

Como também ocorreu no caso decidido por aquele Tribunal, não se trata, aqui, de acidente do trabalho, mas simplesmente de doença que se manifestou no curso da prestação de serviço, não oferecendo também o expediente, como já foi dito, quaisquer elementos que possibilitem o reconhecimento do aludido nexos de causalidade.

A alegação apresentada pela requerente de que o pronunciamento do Tribunal de Contas não se ajustaria às leis aplicáveis nem à manifestação do Poder Judiciário, em caso semelhante, é destituída de fundamento, pois o art. 139 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, aplicável à matéria, considera como acidente do trabalho "o evento danoso que tenha como causa mediata ou imediata o exercício das atribuições inerentes ao cargo". O art. 177, inciso IV, da mesma Lei, citado pela postulante, não tem qualquer aplicação ao caso, pois trata é da **aposentadoria** do funcionário, quando atacado de neoplasia maligna. A decisão trazida como precedente também não apresenta relação com a matéria examinada, pois diz respeito a doença de outra natureza e a condições especiais em que o trabalho estava sendo exercido.

Em face do exposto, opino pelo indeferimento do pedido de reconsideração formulado por U.R.G.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 25 de novembro de 1980.

GRATIFICAÇÃO POR AULAS EXCEDENTES NO MAGISTÉRIO

JOSÉ QUADROS PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.621

MAGISTÉRIO. GRATIFICAÇÃO POR AULAS EXCEDENTES.

O membro do magistério com gratificação por aulas excedentes incorporada aos proventos, que satisfaz os pressupostos para essa incorporação no exercício do regime de 33 horas semanais, terá direito a vê-la calculada em relação a esse regime, na base de 50% (cinquenta por cento) do vencimento. Aplicação dos artigos 161 e 118 da Lei n.º 6.672/74.

E. G., Professor, classe 8, nível 5, do Quadro de Carreira do Magistério, aposentada com base no Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964, com gratificação por aulas excedentes incorporada aos proventos proporcionais, fixada em correspondência ao regime de 33 horas semanais, alegando direito ao regime de 44 horas, por força do disposto no artigo 161 da Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974 e invocando decisões proferidas nos Mandados de Segurança n.ºs 29.718 e 29.771, do Tribunal de Justiça local, pede que a referida gratificação seja fixada em relação a este regime horário (44 horas).

É o relatório.

2. A Requerente ingressou no Magistério Público Estadual em 1946 e foi aposentada em 8 de outubro de 1964.

3. De acordo com a Lei n.º 4.479, de 9 de janeiro de 1963 (DOE 11 de janeiro de 1963), alterada pela Lei n.º 4.766, de 28 de agosto de 1964, incorporou, a partir da data da aposentadoria, a gratificação prevista na Lei n.º 1.994, de 29 de dezembro de 1952 (DOE de 30 de dezembro de 1952), à razão de 38 aulas mensais, correspondente à média aritmética das aulas excedentes ministradas no período de março de 1958 a fevereiro de 1963, qual seja, a denominada gratificação por aulas excedentes.

4. Assim dispunha a citada Lei n.º 4.479/63:

"Art. 1.º — Para todos os efeitos legais, salvo para o cálculo de avanços e gratificações adicionais, é incorporada ao vencimento do professor a gratificação previs-

ta pelo artigo 10 da Lei nº 1.994, de 29 de dezembro de 1952, desde que auferida por cinco anos consecutivos ou dez intercalados.

Parágrafo 1º — O valor da gratificação de que trata este artigo corresponderá à média aritmética das gratificações recebidas pelo professor durante o período que deu direito à incorporação."

5. Posteriormente, a Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, estabeleceu duas regras, uma para a atividade e outra para a inatividade. A primeira determinou a inclusão obrigatória no regime de 16 a 18 aulas semanais (equivalente ao regime de 33 horas, nos termos do artigo 13 dessa Lei), de todos os professores que, em 22 de fevereiro de 1965, tivessem dado aulas excedentes por cinco anos consecutivos ou dez intercalados. Era o que dispunha o artigo 15:

"Art. 15 — Serão obrigatoriamente incluídos no regime de trabalho de 16 a 18 aulas semanais os professores que, na data desta Lei, tenham ministrado aulas excedentes por 5 anos consecutivos ou dez intercalados, fazendo jus à vantagem estabelecida pela Lei nº 4.479, de 9 de janeiro de 1963, alterada pela de nº 4.766, de 28 de agosto de 1964."

Esse dispositivo foi, logo após, modificado pela Lei nº 5.327, de 21 de dezembro de 1966 (DOE de 23 de dezembro de 1966) ficando com a seguinte redação:

"Serão obrigatoriamente incluídos no regime de trabalho de 16 a 18 aulas semanais e de tempo integral, respectivamente, os professores classificados no nível Superior e no nível Principal que, na data desta Lei, tenham ministrado aulas excedentes por 5 anos consecutivos ou 10 intercalados, fazendo jus à vantagem estabelecida pela Lei nº 4.479, de 9 de janeiro de 1963, alterada pela de nº 4.766, de 28 de agosto de 1964."

6. A segunda regra autorizou o cômputo do tempo de aulas excedentes para efeito de cálculo de proventos, tudo conforme os parágrafos 6º e 7º do artigo 12 da mencionada Lei nº 4.937/65:

"§ 6º — A gratificação correspondente aos regimes especiais de trabalho, para efeito de cálculo de proventos, incorpora-se ao vencimento após cinco anos consecutivos ou dez intercalados de efetivo exercício nos referidos regimes desde que o servidor, que tenha exercido ou venha a exercê-los, no ato da aposentadoria, se encontre vinculado a um deles."

"§ 7º — Será computado, nos termos da Lei nº 4.766, de 28 de agosto de 1964, para efeito do disposto no parágrafo 6º, o tempo em que o professor ministrou aulas excedentes."

7. Estando já aposentada desde 8 de outubro de 1964, a Requerente teve seus proventos fixados através de ato publicado somente em 30 de novembro de 1966 (retroagin-

do àquela data) com direito à gratificação por aulas excedentes, de acordo com a Lei nº 4.479/63, alterada pela Lei nº 4.766/64, consoante determinação expressa do § 7º do artigo 12 da Lei nº 4.937/65, acima transcrito.

8. Assim permaneceu até que, em 1974, foi publicado o atual Estatuto do Magistério Público Estadual (Lei nº 6.672/74), contendo os seguintes dispositivos:

"Art. 161 — Aos atuais professores com regime de tempo integral de trabalho ou com aulas excedentes incorporadas fica assegurado, no caso de ingresso no Quadro de Carreira do Magistério, o direito ao regime de 44 horas semanais, previsto no inciso II do artigo 116 deste Estatuto, computando-se o tempo de exercício anterior, no regime de tempo integral, para os efeitos do disposto no parágrafo único do artigo 118 desta Lei."

"Art. 118 — Ao regime de trabalho de quarenta e quatro horas corresponderá uma gratificação igual a 100% (cem por cento) do vencimento do membro do Magistério, que continuará a ser percebida sempre que o afastamento do exercício profissional for com vencimento.

Parágrafo único — A gratificação de que trata o artigo será incorporada aos proventos da aposentadoria à razão de 1/25 (um vinte e cinco avos) por ano de serviço no regime, desde que nele se encontre o membro do Magistério ao aposentar-se."

9. A essa altura, ainda no ano de 1974, a SEC já indagava a esta PGE a respeito dos destinatários do disposto no artigo 161 acima transcrito. Ocasão em que o Parecer nº 2.574/74-PGE, depois de citar o artigo 15 da Lei nº 4.937/65, modificada pela Lei nº 5.327/66, disse:

"Vê-se, pois, que, entre os professores beneficiados com a incorporação dessas aulas excedentes, aos quais alude o artigo 161 da Lei nº 6.672/74, há os que ministram de 16 a 18 aulas semanais — regime equivalente ao de 33 horas — e os que trabalham em regime integral.

Ora, segundo a redação clara da parte final do artigo 161, somente os integrantes desse segundo grupo — os que, por força da incorporação mencionada, ficaram no regime de tempo integral — também de 44 horas semanais — é que poderão ser beneficiados com a contagem do tempo de exercício anterior, como previsto no dispositivo."

10. Portanto, só quem já estivesse no regime de 44 horas semanais antes do advento da Lei 6.672/74 é que poderia contar o tempo de exercício nesse regime para fins de incorporação aos proventos da gratificação por aulas excedentes (já incorporadas) à razão de 1/25 por ano de serviço no regime de tempo integral.

11. Verifica-se, então que os artigos 161 e 118 retrocitados não previram, originariamente, a situação dos professores inativos que estavam no regime equivalente ao de 33 horas semanais (antes da Lei nº 6.672/74) e que foram beneficiados com a incorporação das aulas excedentes. Tanto é que, logo em seguida o artigo 161 foi, por meio da Lei nº 6.740, de 11 de outubro de 1974, acrescido do seguinte parágrafo:

"Art. 161 —

Parágrafo único — O tempo de exercício na situação indicada no artigo 15 da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, será também computado para os efeitos e nas condições de que trata o artigo 118, parágrafo único, porém à razão de 1/50 por ano."

12. Assim, o parágrafo único do artigo 118 passou a prever duas frações diferentes: uma de 1/25 (um vinte e cinco avos) por ano de serviço no regime de 44 horas e outra de 1/50 (um cinqüenta avos) por ano de serviço no regime de 33 horas semanais.

13. Esta era, pois, a situação reinante em 1974. No ano seguinte veio a Lei nº 6.947, de 22 de dezembro de 1975, estendendo aos professores aposentados as vantagens da Lei nº 6.672/74, a partir de 1º de julho de 1976 (conforme artigo 2º).

14. Em decorrência, a partir dessa data, consoante ato publicado no DOE de 30 de novembro de 1977, a Requerente viu seus proventos revisados passando a gratificação por aulas excedentes a corresponder a 17/50 (dezesete cinqüenta avos). Dezesete era o número de anos de serviço que possuía ao ser aposentada e cinqüenta era o percentual correspondente ao regime de 33 horas semanais, de acordo com o parágrafo único do artigo 161, acrescido pela Lei nº 6.740/74.

15. Mais tarde, todavia, alterou-se esse quadro, eis que o artigo 118 da Lei nº 6.672/74 foi modificado pela Lei nº 7.236, de 21 de dezembro de 1978, nos seguintes termos:

"Art. 1º — O artigo 118 da Lei nº 6.672/74, de 22 de abril de 1974, tem sua redação substituída pela seguinte:

Art. 118 — Aos regimes de trabalho de trinta e três e de quarenta e quatro horas corresponderá uma gratificação igual a, respectivamente, cinqüenta por cento e cem por cento do vencimento do membro do Magistério, que continuará a ser percebida sempre que o afastamento do exercício profissional for com vencimento.

Parágrafo único — Os proventos dos membros do magistério que, por ocasião de sua aposentadoria, se encontrarem em regime de trinta e três ou de quarenta e quatro horas, serão calculados incluindo a respectiva gratificação, desde que o membro do magistério haja completado cinco anos consecutivos ou dez intercalados de exercício em um desses regimes.

Art. 2º — Os membros do magistério inativados antes do início da vigência desta Lei, e que assim o requererem, terão seus proventos revistos de acordo com o critério ora estabelecido, desde que hajam satisfeito, no devido tempo, aos pressupostos correspondentes."

16. Em vista disso, mais uma vez foram revisados os proventos da Requerente, conforme ato publicado no DOE de 19 de junho de 1979, passando, então, a receber a gratificação por aulas excedentes em correspondência ao regime de 33 horas semanais, na base de 50% do valor do vencimento.

17. ISSO POSTO, entendemos que a Requerente somente teria direito à gratificação por aulas excedentes fixada em correspondência ao regime de 44 horas semanais (na base de 100% do vencimento) se, quando em atividade, tivesse exercido esse regime. Caso contrário, a referida gratificação teria de ser, como foi, fixada em relação ao regime de 33 horas, fazendo jus, portanto, a apenas 50% do vencimento a título de gratificação por aulas excedentes.

É o parecer S. M. J.

PORTO ALEGRE, 16 de fevereiro de 1981.

MODIFICAÇÕES ESTATUTÁRIAS DO DIREITO DE RECESSO

ARNOLDO WALD
Professor de Direito Civil na Universidade do
Estado do Rio de Janeiro
Advogado

PARECER

I. DA REFORMA ESTATUTÁRIA

1. Prende-se a dúvida da consulente à reforma que sofreu seu estatuto por deliberação da Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 1978. Nesse conclave, houveram por bem os acionistas inserir, no objeto social, a possibilidade de a empresa participar de outras sociedades (art. 2º), ficando a Diretoria autorizada a onerar ou alienar participação em sociedades controladas ou coligadas, constituir sociedades subsidiárias, adquirir controle acionário de sociedades ou a elas se coligar (art. 20, IX, b e c). A possibilidade que se abriu à consulente, mercê de tal reforma estatutária, objetivou permitir à companhia a continuidade das operações sociais, uma vez extinta a concessão de obras e serviços portuários, circunstância essa esclarecida no art. 43 do estatuto reformado.

2. Segundo consta da ata da referida Assembléia Geral Extraordinária, o projeto de reforma do estatuto, submetido à sua apreciação, com parecer favorável do Conselho Fiscal, foi aprovado pela unanimidade dos acionistas presentes. Não se registrou, quer no momento da realização da assembléia, quer após a publicação da sua ata, qualquer manifestação discrepante em relação ao decidido, muito menos sob a forma específica de exercício do direito de retirada, por parte de qualquer acionista eventualmente dissidente. Convalidado assim ficou o novo objeto social estatutário, passando a contemplar, de forma expressa, a participação da consulente em outras sociedades. É relevante notar, para os efeitos da consulta, que, já na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 22 de setembro de 1975, o art. 2º do estatuto, então reformado, passou a fazer menção à "prática de todos e quaisquer atos destinados à gestão e mobilização do patrimônio da empresa", o que igualmente sucedeu sem que, a respeito, se ouvisse qualquer voz dissonante, tendo, na ocasião, o prazo de vigência da sociedade passado de determinado para indeterminado (cláusula 3ª).

II. DO OBJETO SOCIAL

3. O art. 2º § 2º da Lei das Sociedades Anônimas esclarece que o estatuto deve definir o objeto social de modo preciso e completo e a Exposição de Motivos do texto legislativo salientou que tal determinação "*constitui providência fundamental para a defesa da minoria, pois limita a área de discricionariedade de administradores e acionistas majoritários e possibilita a caracterização de modalidade de abuso de poder*".

4. A doutrina salienta que o objeto da entidade é a base da estrutura da sociedade comercial, sobre a qual se edifica todo o seu arcabouço (RUBENS REQUIÃO, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, S. Paulo, Saraiva, 1980, vol. I, pág. 22). Conseqüentemente, a enumeração das atividades que consta do estatuto não deve ser considerada exemplificativa, sendo, ao contrário, taxativa ou exaustiva e não se devendo admitir, em nossa legislação, com a mesma amplitude do direito americano, os poderes implícitos que autorizam a empresa a praticar todos os atos necessários ou úteis ao seu bom desenvolvimento. Ao contrário, o desvio de atividade pode implicar em nulidade dos atos praticados e responsabilidade decorrente.

5. A doutrina reconhece que é cabível a transposição, para o direito brasileiro, da teoria dos atos *ultra vires*, com as restrições que se impõem, devendo ser aplicada, não somente aos administradores, que ultrapassam aos seus poderes, como ainda às atividades realizadas pela empresa em desobediência aos seus estatutos. Tendo as suas origens no *Joint Stock Companies Act* de 1844, e na jurisprudência inglesa da Câmara dos Lord, a teoria dos atos *ultra vires* significa que definidos nos estatutos "o âmbito e extensão das operações e poderes da sociedade, nada se pode fazer além desses limites" sob pena de nulidade (RUBENS REQUIÃO, *ob. cit.*, nº 4, pág. 22 e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, S. Paulo, Saraiva, 1977, 1º volume, pág. 12). Essa primeira posição radical do direito em relação às atividades sociais foi aos poucos sendo abandonada, no próprio direito anglo-americano, com a construção jurisprudencial e doutrinária de acordo com a qual se incluíam no objeto da sociedade os poderes implícitos, conexos ou auxiliares (*implied in, or auxiliary to the original grant*). Efetivamente, na época em que a sociedade anônima era autorizada a funcionar por decisões governamentais e a sua personalidade era compreendida como criação do Estado, justificava-se considerá-la com uma capacidade limitada pelo objeto inicialmente fixado no ato de constituição (*object-clause*). Já atualmente, a fundamentação da cláusula *ultra vires* sofreu uma modificação, pois, com o mesmo instrumento, pretende-se alcançar uma outra finalidade, que é a proteção da minoria e dos terceiros de boa fé, que lidam com a empresa e que têm direito à manutenção das "regras do jogo" fixados no estatuto.

6. Verificou-se um certo declínio do princípio *ultra vires* em virtude da necessidade de desenvolvimento das empresas, cuja atuação não podia sofrer obstáculos burocráticos, especialmente nos casos em que não ocorressem prejuízos de terceiros. Não somente entenderam os tribunais, na própria Inglaterra, que a norma devia ser interpretada razoavelmente, considerando que o principal devia incluir o acessório, como ainda se nota uma menor rigidez na sua aplicação, como bem salienta ANDRÉ TUNC na sua recente monografia sobre as *corporations* no direito britânico. (*Le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, Dalloz, 1971, nº 32, pág. 33 e seguintes).

Os comercialistas ingleses, como L.C.8. GOWER, salientam, aliás, que, se a regra teve intenções salutares, nem sempre os seus resultados corresponderam às esperanças nela depositadas, considerando que todas as sociedades necessitam de ampliar o campo das suas atividades, de diversificá-las e de transformá-las. (L.C.8. GOWER, *The principles of modern company law*, 3ª edição, 1969, pág. 87).

7. A atual tendência, que encontramos no direito estrangeiro, é no sentido de estabelecer um justo equilíbrio entre as exigências de desenvolvimento da empresa e o resguardo das finalidades sociais que justificaram a subscrição ou aquisição das ações, defendendo-se os interesses sociais sem prejudicar os direitos do acionista, mediante normas que organizaram um verdadeiro sistema de freios e contrapesos que funciona na moderna sociedade anônima.

8. A evolução do direito brasileiro se realizou a grosso modo, no mesmo sentido, embora não tivesse sido analisada com a devida profundidade a regra *ultra vires* no tocante às atividades sociais, conquanto fosse ela aplicada aos atos dos administradores. Numa primeira fase, os comercialistas liderados por CARVALHO DE MENDONÇA, interpretaram a legislação do fim do século passado (Decreto nº 434, de 4.7.1891), no sentido de considerar inalterável o objeto social, embora admitindo ampliação ou redução do mesmo. (J. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio, 1914, vol. III, nº 886, pág. 303). Essa posição radical foi rapidamente superada, admitindo-se a modificação do objeto social por decisão majoritária, garantido o direito de retirada do acionista dissidente mediante o reembolso de suas ações, em virtude de reclamação a ser apresentada à sociedade nos trinta dias seguintes à publicação da ata da assembléia que modificou os estatutos.

9. Considera-se, pois, o recesso como um instrumento de proteção da minoria contra a decisão majoritária que modifica a base da estrutura societária. Entende-se, assim, que o poder da maioria para modificar o objeto social é discricionário, mas implica em garantia do direito de recesso, constituindo este uma sanção decorrente da alteração das regras do jogo.

III. DO DIREITO DE RECESSO

10. Tendo surgido no Código Comercial italiano de 1882, o direito de recesso passou a ser consagrado, em dimensões mais ou menos amplas, por várias legislações, tanto no direito anglo-americano como nas legislações inspiradas no direito romano. Sob as variadas denominações de *right to dissent*, *right to appraisal*, *alternative remedy to winding up in cases of oppression*, o direito ao recesso ou separação do acionista foi adotado nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Itália e na Espanha, enquanto não o admitiram na sua legislação atualmente vigente nem a França nem a Alemanha (MODESTO CARVALHOSA, *obra citada*, vol. IV, págs. 306 e 307).

11. Reminiscência da ultrapassada concepção contratualista da sociedade, constitui o direito de recesso um aspecto da rescisão unilateral ou denúncia, entendida como forma de rescisão parcial do contrato de sociedade justificada pela modificação das cláusulas essenciais, que levaram o acionista a subscrever ou adquirir as suas ações. Pode ser concebida como uma consagração legal, no campo societário, da cláusula *rebus sic stantibus* ou da teoria da pressuposição, que ambas são invocadas na área contratual. É um modo de conciliar a preponderância da vontade da maioria e os legítimos interesses da minoria, quan-

do, discordando de uma modificação substancial da estrutura societária, contra ela se tenha manifestado no prazo legal. É um remédio excepcional de proteção aos não controladores contra o ato voluntário da maioria que pode ser considerado abusivo pelo fato de alterar as regras básicas que ensejaram a criação da empresa: A idéia de **abuso** e até de **opressão** da maioria, à qual se refere o direito inglês, faz parte das condições necessárias para o exercício de recesso, que não se justifica diante da evolução normal da atividade societária, que se modifica em virtude das condições externas, de ato do príncipe ou até de fatores tecnológicos.

12. A natureza excepcional do direito de recesso tem sido salientada pela doutrina, que não admite a extensão das hipóteses em que o mesmo é considerado cabível. Neste sentido, esclarece o Professor SAMPAIO DE LACERDA, que:

"Portanto, o direito de recesso deve ser reduzido aos casos em que é absolutamente necessário por colocar em risco a sobrevivência da companhia, da qual o acionista pode sempre como dissemos, e a qualquer tempo, retirar-se pela alienação de suas ações".

(J. C. SAMPAIO DE LACERDA, **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, tomo III, S. Paulo, Saraiva, 1978, pág. 136).

13. Sabidamente, a mudança do objeto da companhia constitui motivo para que o acionista eventualmente dissidente exerça o direito de retirada, mediante o reembolso do valor de suas ações, segundo deixa claro o art. 137 c/c art. 136, V, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. São notórias, no entanto, as dificuldades em se determinar o que com precisão constitui alteração ou mudança do objeto social, hesitando a doutrina em considerar como tal a mera **restrição** ou a simples **ampliação** do mesmo. Tais hipóteses, segundo GARRIGUES e URJA não ensejam o recesso (cf. **Comentário a La Ley de Sociedades Anónimas**, 1976, tomo II, 253). VELASCO, em monografia sobre o tema, bem coloca o problema:

"Nosotros opinamos que formar criterio antecipadamente acerca de lo que deba entenderse por cambio de objeto ofrece graves inconvenientes, ya que resulta muy difícil, sino imposible, formular un concepto general en el que se recojan todos los supuestos de cambio de objeto susceptibles de plantearse en la practica de las empresas. Por ello, coincidimos con GARRIGUES y MOTOS en que el problema habrá de ser analizado y resuelto caso por caso".

(**El Derecho de Separacion del Accionista** 1976, pág. 112, Editoriales de Derecho Reunidos, Madrid).

14. De outro lado, a lei das Sociedades Anônimas, que institucionalizou a figura do acionista-controlador, erigindo-a à condição de categoria jurídico-formal, definiu, como abuso do poder de controle, qualquer procedimento do acionista-controlador destinado a orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional (Lei citada, art. 117, § 1º, a). Ainda, cabe lembrar que, em especialíssimas circunstâncias, o diploma legal que rege as sociedades por ações assegura aos acionistas dissidentes o di-

reito de retirada, na hipótese de compra, por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil, desde que, para tanto, concorram os requisitos enumerados no art. 256.

15. Em todas essas disposições legais ressalta evidente o propósito do legislador de 1976 de consagrar às minorias acionárias o amparo que merecem, o que constitui, indubitavelmente, pedra de toque da nova lei do acionariado. Assim se expressaram, a respeito, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO:

"Para tornar viável a formação da grande empresa privada nacional (a Lei nº 6.404) procurou restaurar a confiança dos investidores no sistema societário, através, principalmente, de uma adequada tutela aos acionistas minoritários. Não será exagero dizer-se que, tecnicamente, essa tutela é a pedra de toque da reforma do regime do anonimato, em torno da qual gravitam muitas das mais notáveis inovações que a Lei veio introduzir em nosso ordenamento positivo".

(**Das sociedades anônimas no direito brasileiro**, 1979, 1/10).

16. Por mais, no entanto, que se exaltem as altas finalidades de semelhante proteção, ninguém pode, em sã consciência, colocar em dúvida o pressuposto básico da sociedade anônima, como sociedade de capitais, que reside especificamente na afirmação constante e imprescindível do princípio majoritário, que preside a vida e o desenvolvimento das companhias. Como acentuou DOMINIOUE SCHMIDT:

"La loi de la majorité est d'une nécessité impérieuse, inéluctable, dans la grande société anonyme, pour la réalisation même de son but".

(**Les droits de la minorité dans la société anonyme**, 1970, pág. 32).

17. No regime da lei brasileira, o princípio majoritário, em sua formulação positiva, se expressa no poder de controle, e este se exerce de forma concreta no seio da Assembléia Geral, a qual representa o órgão social supremo, de características soberanas. E efetivamente, a alínea a do art. 116 da Lei nº 6.404 localiza no conclave assemblear o domínio de atuação do poder de controle. E o art. 121, da mesma lei, declara expressamente que Assembléia Geral tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

IV. DA EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

18. Nesse contexto, há que se colocar em harmonia a atuação do princípio majoritário, que governa a Assembléia Geral e, por conseguinte, a própria vida da companhia, e os direitos dos acionistas. A alteração do objeto social — frise-se desde logo — não pode ser considerada, no caso, como modalidade de exercício abusivo do controle societário, já que a extinção da concessão de serviço público, de que é titular a consulente, não constitui motivo de dissolução da sociedade; antes, tal evento há de acarretar, pela força de sua inexorabilidade, o engajamento da companhia em outras atividades.

19. Torna-se necessário, a esta altura, considerar que o art. 3º do estatuto vigente da Consulente a define como sociedade com prazo indeterminado de duração. De outro lado, há de se ponderar que a concessão de serviços públicos, a que se dedicou a consulente, por sua própria natureza, constitui atividade com prazo limitado de duração, o que é do conhecimento público, inclusive e muito especialmente dos acionistas que adquiriram ou subscreveram ações do capital social da consulente. Efetivamente, na lapidar definição de HELY LOPES MEIRELLES, concessão é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada por lei e regulamentada pelo Executivo. Aduz ainda o eminente administrativista que o poder concedente nunca se despoja do direito de explorar o serviço, direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e entidades paraestatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. (*Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª edição, pág. 356).

20. Ora, a concessão em causa, como não poderia deixar de ser, foi outorgada à consulente por prazo certo. Assim sendo, o término do prazo respectivo implicará na extinção da concessão, com a reversão do serviço concedido ao poder concedente. Por motivo de conveniência ou interesse administrativo, facultar-se-ia, mesmo, a retomada coativa do serviço concedido durante o prazo da concessão. Nada impediria a encampação, instituto pelo qual, no dizer de SEABRA FAGUNDES, o concedente, antes de expirado o prazo ajustado, independente de falta contratual do concessionário e tendo em vista a conveniência de reorganizar ou fazer gerir em novos moldes o serviço, chama a si, mediante indenização, o acervo de bens do concessionário e a operação a ele então confiada (*Parecer*, in *Revista dos Tribunais*, 311/54). Foi o que sucedeu, na experiência societária brasileira, com a Cia. Paulista cujas ações foram expropriadas em decorrência da encampação da empresa pelo Governo do Estado de S.P. (*Revista dos Tribunais*, 315/704), a exemplo, aliás, do sucedido com as ações do Banco Hipotecário de Minas Gerais (*Revista de Direito Administrativo*, 57/262), em ambos os casos com o pronunciamento favorável e concludente do E. Supremo Tribunal Federal.

21. Quem, por aquisição ou subscrição de ações, se torna acionista de companhia titular de concessão de serviço público, assume, *ipso facto*, o risco da expropriação em caso de encampação, ou seja, não pode desconhecer a álea, a que se submete, de serem coativamente revertidos ao poder concedente os serviços concedidos, antes mesmo de esgotado o prazo contratual da concessão. Trata-se de evento futuro e incerto, porém previsível. No caso, todavia, de extinção da concessão, pela decorrência do lapso do prazo da concessão fixado na lei ou no decreto concessivo, cuida-se não de evento incerto, ainda que previsível, mas de evento certo e inexorável, cuja ciência se presume *juris tantum*, por parte do acionista, *ex vi* da publicação da lei ou decreto concessivo, que assinala o termo da concessão. A certeza e a inexorabilidade da extinção da concessão, de que é titular a consulente, até por resultarem de diplomas legais específicos, induzem, de pronto, o conhecimento de que, a partir da citada data, não mais será lícito à consulente prosseguir na exploração de seu primitivo objeto social, dada a reversão do serviço ao poder concedente, no caso, a União Federal.

22. Como anotaram EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, em comentário ao art. 3º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil (Dec. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), depois de publicada, a lei obriga em todos os casos, aplicando-se não só aos que a conhecem, como até aos que demonstrem a impossibilidade de conhecê-la, por ser isso indispensável à administração da justiça. E concluem:

“É um cânon absoluto, que não pode sofrer exceções ou restrições.”
(A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 1943, vol. 1º, pág. 96).

23. Nem se diga que os acionistas da consulente pudessem se arrimar na teoria do erro para eventualmente pleitearem supostos direitos, oriundos da alteração estatutária, com fulcro no art. 86 do Código Civil, pois, na prevalecente lição de CLÓVIS, trata-se, em tal dispositivo, do erro de fato e não do erro de direito (*Código Civil Comentado*, 12ª ed., vol. I, pág. 267). Da *ignorantia juris*, ao revés, ninguém se excusa. Nem, *in casu*, poderá ser alegada com êxito.

24. Ora, o estatuto, como o contrato e a lei, na medida em que revele uma manifestação de vontade, há de ser interpretado em sentido sistemático, integrando-se no processo hermenêutico todos os elementos que conduzam a um resultado congruente e harmônico. Conjugando-se o preceito estatutário que abriga o objeto social, em sua configuração destinada a amparar a exploração de serviços sob o regime jurídico da concessão, com a norma do estatuto vigente que prevê prazo indeterminado de duração para a sociedade, e levando em linha de conta, de outro lado, a certeza e a inexorabilidade da extinção da concessão, só se pode concluir que a companhia deve sobreviver à extinção da concessão, já que, por natureza e *ex vi legis*, a concessão é limitada no tempo. Em suma, a modificação estatutária procedida na Assembléia Geral Extraordinária de 30 de janeiro de 1978, na medida em que representou medida necessária ao prosseguimento das atividades sociais de companhia de duração por prazo indeterminado, não pode ensejar a retirada de acionistas dissidentes, porquanto se fundamentou em imperativos alheios à vontade social e porquanto se tratava de modificação perfeitamente previsível e de ocorrência até mesmo inevitável, ao tempo em que os acionistas da consulente adquiriram ou subscreveram ações de sua emissão.

V. DA CONTINUIDADE DA COMPANHIA

25. A preservação da sociedade, ante a extinção da concessão, afigura-se-nos, pois, imperativa, devendo a companhia voltar-se a outros campos de atividades lícitas, com o *animus lucrum faciendi* inerente à sua condição de pessoa jurídica mercantil. Em sua magnífica tese de concurso à cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, o Prof. RUBENS REQUIÃO assinala, com absoluta pertinência, o princípio da preservação das sociedades mercantis:

“... sendo a sociedade e sua empresa um repositório de interesses privados e gerais, com alta e relevante função social, sua extinção constitui fato grave, que somente em casos extremos deve ser consentido.”

26. Cita o emérito comercialista paranaense, logo a seguir, decisão do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, segundo o qual

"o critério tendente a assegurar a continuidade do estabelecimento mercantil é o que está prevalecendo no direito moderno."

E arremata sua lição com transcrição de trecho de autoria de HERNANI ESTRELLA, em seu clássico **Despedida de Sócio e Apuração de Haveres**:

"À vida da empresa, ligam-se quantos com ela entram em relações econômicas de suprimentos de bens e serviços, já na posição de dependentes, como empregados de todas as categorias, ou de clientes que lhe adquirem a produção. Tudo isso, a par da soma de esforços e trabalhos que a constituição dela pressupõe, justificam as cautelas da lei, não facilitando, antes, pelo contrário, dificultando os casos de sua extinção."

(RUBENS REQUIÃO, **A preservação da sociedade comercial pela exclusão de sócio**, Curitiba, 1959, pág. 191).

27. A moderna feição institucional da sociedade anônima, inspirada na doutrina francesa, sobretudo de HAURIUO, mais reforça o valor jurídico da preservação da empresa, reflexo dessa vertente doutrinária, hoje dominante, se encontra na lei acionária brasileira, que atribui à companhia inquestionável **função social** (art. 116, parágrafo único). Já por aí se pode concluir que incorre, na alteração estatutária em espécie, qualquer resquício de abuso de poder de controle, já que este poder se exerceu, *in casu*, no sentido do interesse comum, promovendo a alteração necessária do objeto da companhia, para que esta, extinta a concessão, pudesse se preservar, dedicando-se, como faculta a lei, à participação em outras sociedades (Lei nº 6.404, art. 2º, § 3º). A noção de abuso de poder, também elaborada nas teorias francesas de direito público, pressupõe o desvio da finalidade em função da qual o poder se institui, se reconhece e se exerce (*détournement de pouvoir*; cf., a respeito, LAUBADÈRE, **Manuel de Droit Administratif**, 1969, pág. 114). Desengadamente, não é o que se apresenta na hipótese consultada, em que o princípio majoritário atuou exatamente para viabilizar o início de novas atividades da companhia, face à compulsória extinção da concessão, satisfazendo, assim, o postulado da sobrevivência da sociedade, atendido o interesse comum e cumprida a função social da empresa.

28. Não há, pois, direito de qualquer acionista da consulente de impugnar a alteração estatutária objeto da Consulta, a pretexto de ter a mesma se originado do abuso de poder de controle. Inexiste, outrossim, cabimento de ação de dissolução da sociedade, sob o fundamento de que a companhia não pode preencher o seu fim, já que não mais lhe será possível, a partir de novembro de 1980, dedicar-se à exploração dos serviços concedidos (Lei nº 6.404, art. 206, II, b).

29. Efetivamente, a certeza da extinção da concessão afasta a procedência de qualquer pleito nesse sentido, porquanto o motivo a ser eventualmente invocado pelos acionistas minoritários legitimados *in abstractum*, ou seja, representando 5% (cinco por cen-

to) ou mais do capital social, já seria de seu pleno conhecimento ao tempo em que adquiriram ou subscreveram ações do capital social da consulente. Mais do que conhecerem a futura extinção da concessão, referidos acionistas, sabendo também que o prazo de duração da sociedade era indeterminado a partir da modificação estatutária de 1975, que não foi impugnada, em verdade anuíram, por antecipação, à alteração necessária nos rumos da companhia, após a extinção da concessão. Deduzir, destarte, pretensão dissolutória em tais condições significaria autêntico abuso no direito de demandar, dado que temerária seria a lide *in iudicium deducta* com o objetivo de dissolver sociedade que pode e deve continuar a operar *"empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes"* (Lei nº 6.404, art. 2º, caput). Carente seria o autor de semelhante ação, pois, como proclamou JORGE AMERICANO, o direito pressupõe a condição do interesse em exercê-lo. (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, 1923, pág. 46).

30. Ora, o interesse do acionista requerente da dissolução da sociedade consulente não justificaria a medida, por não atender ao princípio da preservação da empresa, já aludido. Não seria exagero atribuir-lhe a condição de *improbis litigator*, mais empenhado na satisfação de desejos egoístas do que na consecução do objetivo social da empresa. Neste sentido, é preciso que se atenda à advertência de VALVERDE, ao tratar de semelhante demanda:

"O juiz ou tribunal nunca deverá perder de vista, na apreciação e julgamento de uma ação assim fundamentada, que os interesses coletivos legítimos primam sobre os interesses individuais."

A extinção ou a desorganização de uma empresa repercute sempre na vida dos que nela trabalham, e não raro, com maior ou menor intensidade, na economia nacional".
(*Sociedades por ações*, 2ª edição, vol. III, pág. 25).

VI. DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE RETIRADA

31. Inatacável a decisão soberana da Assembléia Geral Extraordinária de 1978, será preciso verificar se acionistas da companhia, a esta altura, podem legitimamente exercer o direito de retirada, que a lei assegura em caso de mudança de objeto social. De notar-se, preliminarmente, que o diploma legal vigente parece mais rigoroso, no particular, que o revogado Dec. Lei nº 2.627, de 1940. Sob este último, poderia motivar o recesso a mudança do objeto essencial da sociedade, enquanto que, sob a égide da lei vigente, basta tão só a **mudança do objeto da companhia**. (Dec. Lei nº 2.627, art. 105, d; Lei nº 6.404 art. 136, V). Houve por bem, ainda, o legislador de 1976 legitimar à retirada não só o acionista ausente à Assembléia Geral, como também do que tenha se absterido de votar contra a respectiva deliberação (art. 137, § 1º).

32. Malgrado tais aperfeiçoamentos no instituto em exame, que ressaltam o intuito protetivo das minorias, que inspira todo o teor da lei, o exercício do direito de retirada se

subordina a condições específicas e indeclináveis, por se tratar de matéria de ordem pública. Dentre elas, destaca-se a **reclamação** do acionista dissidente à companhia, que deve ser procedida **dentro de trinta dias** contados da publicação da ata da Assembléia Geral (art. 137, § 1º). Esclarece a Lei tratar-se de **prazo de decadência** (art. 137, § 3º).

33. Exige-se, pois, declaração unilateral de vontade, por parte do acionista dissidente, na qual consubstancie ele a **reclamação**, a que alude a lei. Consoante o magistério de GARRIGUES e URIA,

"Se trata de una declaración unilateral de índole recepticia que no necesita aceptación por parte de la sociedad, sino que surte efecto desde el momento en que llega a conocimiento de esta última."

(Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, 1976, Tomo II, pág. 254).

34. Importa, porém, acéntuar que a lei consigna prazo de decadência para tal manifestação (**dichiarazione di recesso**), a exemplo do que ocorre no direito italiano, segundo o testemunho de GIANCARLO FRÈ, em comentário ao **Codice Civile**, art. 2437 (**Società per Azioni**, 1972, pág. 713). Como é curial, extingue-se o direito, configurada a **decadência**. Esta, na clássica definição de CÂMARA LEAL,

"é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado". (Da prescrição e da decadência, 1978, pág. 101).

35. O prazo de decadência se caracteriza por constituir um prazo extintivo no qual se assegura a alguém a possibilidade ou faculdade de praticar um ato, independentemente de qualquer lesão de direito. É sabido que o prazo de decadência não se suspende e não se interrompe, implicando o seu decurso em extinção do direito que deve ser declarada pelo juiz **ex officio**, independentemente de invocação pelas partes interessadas. (ARNOLDO WALD, **Curso de Direito Civil**, vol. I, pág. 262). Entende-se que a prescrição é da ação, alcançando o direito, por um efeito reflexo, enquanto, ao contrário, a decadência atinge o próprio direito, fazendo desaparecer a tutela judicial.

36. Não há dúvida quanto ao caráter do prazo do art. 137, § 2º, pois o legislador explicitou que, no caso, o acionista, que não exerce o direito no prazo fixado, dele decairá, importando, assim, o decurso do prazo, em desaparecimento da faculdade que a lei assegura ao dissidente.

37. Descabe, dessa forma, qualquer pleito que venha a ser eventualmente formulado, a esta altura, por acionista que deseje se retirar da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações, eis que esgotado se acha, de há muito, o prazo decadencial respectivo. Publicada a ata da Assembléia Geral Extraordinária no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em **março de 1978**, sem a **reclamação** de qualquer acionista dissidente, plenamen-

te se acha convalidada a reforma estatutária que objetivou a mudança do escopo social, para a inclusão da participação em outras sociedades.

38. Nem se diga que prescrita não estaria, ainda, a ação contra o acionista controlador por suposta violação da lei ou do estatuto (Lei nº 6.404, art. 287, II, b), porquanto de tal ação não se trataria, **in casu**. Como se demonstrou, a alteração do objeto social, procedida na Assembléia Geral Extraordinária de janeiro de 1978, de forma nenhuma pode ser entendida como procedimento abusivo do acionista controlador. Ademais, referida ação não teria por objeto pretensão de reembolso do valor de ações, mas, como induz o próprio texto legal, consistiria em medida judicial fundamentada em responsabilidade aquiliana, com a intenção, portanto, de haver perdas e danos.

39. Não se configurou, como visto, nenhuma ilicitude da parte do acionista controlador, no tocante à reforma estatutária procedida. De outro lado, não teria cabimento à espécie a ação para anular a deliberação tomada na já referida Assembléia Geral, a pretexto de a mesma ter se eivado de violação da lei, do estatuto, de erro, dolo, fraude ou simulação. Além de, a esta altura, estar já prescrita dita ação, conforme dispõe o art. 286 da Lei nº 6.404, incorreram, evidentemente, as inquinadas irregularidades que lhe serviriam de eventual fundamento.

40. Mas, mesmo que assim não fosse, o escoamento do prazo fatal de decadência, previsto no art. 137 da Lei de Sociedades por Ações, já de per si constituiria motivo mais que suficiente para afastar, desde logo, qualquer pretensão de acionistas dissidentes, porventura aventurados a pleito de reembolso do valor de suas ações ao amparo de hipotética prerrogativa de retirada, cuja decadência já se operou de pleno direito, extinguindo o fundamento para a propositura da demanda e, por via de consequência, o próprio **ius actionis**. Diga-se, de passagem, que tem entendido a jurisprudência, arrimada na melhor doutrina, que a decadência pode ser conhecida pelo juiz **ex officio**, independentemente da invocação da parte a quem beneficia. Nesse sentido, o aresto do 3º Grupo de Câmaras do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, inserto na **Revista dos Tribunais**, nº 489/191, relator o Juiz Carvalho Pinto, com base no ensinamento de Carvalho Santos. No acórdão em tela, reproduz-se a notável síntese de Guillaouard sobre a decadência, que, no dizer do tratadista, ocorre

"Lorsque celui qui peut agir a laissé passer le délai legal sans mettre cette action en mouvement."

41. Finalmente, o ato administrativo que declara e reconhece a extinção da concessão não pode ensejar o direito de recesso, pois o Estatuto previu essa hipótese e, em disposição de natureza transitória, determinou a manutenção da atividade da concessionária enquanto mantido o prazo da concessão. Na realidade, podemos afirmar que a empresa, em virtude de sua alteração estatutária, passou a ter duas áreas de atuação: a primeira permanente caracterizada pela participação em outras empresas, ou seja, o funcionamento como verdadeira **holding**; a segunda temporária de concessionária de serviços públicos, enquanto permanecer a concessão. Terminado o prazo fixado para a concessão, a disposi-

ção transitória se aplica de pleno direito e nos termos do art. 43 dos Estatutos, "extinta a concessão de obras e serviços", passa a sociedade a "operar para atendimento dos demais fins estatutários".

42. Assim sendo, o término da concessão não produz qualquer efeito sobre os Estatutos e não enseja uma modificação do objeto social, não podendo, pois, justificar o direito de recesso. Este não decorre de ato administrativo do Poder Público, nem de decurso de prazo, só podendo ser ensejado pelo ato voluntário da Assembléia Geral que modifica o Estatuto. Neste particular, a modificação foi realizada oportunamente e já decorreram os prazos legais para que a decisão tomada não mais pudesse ser objeto de qualquer impugnação.

VII. CONCLUSÕES

43. Pelo exposto, parece-nos claro que, **em primeiro lugar**, a reforma do estatuto de que trata a Consulta, para inserir no objeto social a possibilidade de a Consulente participar de outras sociedades, correspondeu, no caso, a procedimento legítimo da Assembléia Geral Extraordinária de 1978, em que o poder de controle da maioria se exerceu no interesse social à vista da extinção da concessão de serviços públicos. Referido procedimento teve por finalidade assegurar a permanência da empresa, mesmo após a impossibilidade de continuar ela a exercer a atividade a que inicialmente se devotou, atendendo ao interesse social inerente à companhia. Daí não se vislumbrar, na espécie, qualquer abuso de poder, até porque a Consulente é sociedade com **prazo indeterminado** de duração, consoante o que declara o art. 3º de seu estatuto, sem qualquer dependência em relação à manutenção da supra aludida concessão de serviços públicos. Impunha-se, pois, a preservação da empresa e, para que tal se viabilizasse, procedeu-se à mencionada reforma estatutária.

44. **Em segundo lugar**, não nos parece haver cabimento de ação de dissolução de sociedade, ajuizada por acionista representando pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social da Consulente, com base e fundamento no art. 206, II, b da Lei nº 6.404, porquanto pode a Consulente continuar a operar empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes, sem embargo de, a partir de novembro de 1980, deixar de explorar a concessão de serviços públicos, em virtude da extinção dessa concessão, fato certo e de pleno conhecimento de todos quantos adquiriram ou subscreveram ações de emissão da Consulente.

45. **Em terceiro lugar**, tendo se operado a decadência do direito de **todos os acionistas** da Consulente, presentes ou ausentes à Assembléia Geral Extraordinária de 1978, nenhum deles tem, a esta altura, o direito de retirada com o consectário reembolso do valor de suas ações, extinto que se acha dito direito em virtude do decurso **in albis** do prazo decadencial, de fatais efeitos.

46. **Em quarto lugar**, o efetivo engajamento da Consulente em suas novas atividades estatutárias, consistentes na participação em outras sociedades, não modifica o quadro an-

teriormente exposto, eis que a decadência da **reclamação**, a que se refere o art. 137 da Lei nº 6.404, tem-se por **consumada** trinta dias após a publicação da ata da Assembléia Geral que deliberou sobre a matéria ensejadora do recesso e não a partir do início concreto das novas atividades sociais. Ressalva-se, nesse particular, tão somente o disposto no art. 256 da Lei das Sociedades Anônimas, que contempla hipótese especial, a ser levada na devida conta na aquisição de controle de sociedades mercantis por companhia aberta, qual a Consulente.

47. **Em quinto lugar**, ainda que não se caracterizasse, na hipótese consultada, a decadência do direito de retirada, este não socorreria acionistas que tiveram sempre plena ciência de que a companhia, com duração por **prazo indeterminado**, teria forçosamente que ver alterado seu objeto social ante a extinção da concessão de serviço público, em novembro de 1980, a fim de poder prosseguir em suas atividades.

48. Finalmente, o término da concessão, por si só, não pode ensejar o direito de recesso, especialmente por se tratar de matéria prevista no art. 43 dos Estatutos em relação ao qual nenhuma impugnação tempestiva foi apresentada.

49. Houve, na realidade, duas fases na evolução do objeto social da empresa. Inicialmente, restrito à prestação dos serviços de concessionário foi o mesmo ampliado, em 1978, para permitir a criação de subsidiárias em outras áreas de atuação. Quanto a esta extensão do objeto social da empresa, não foi apresentada nenhuma impugnação tempestiva. Por outro lado, a partir de novembro de 1980, o objeto social passará a sofrer uma restrição, deixando a sociedade de funcionar como concessionária. Contra essa restrição não cabe qualquer impugnação, pois ela decorre de ter sido alcançado o termo **ad quem** do prazo da concessão, prazo este fixado em 90 anos e cujo termo extintivo está marcado para 7/11/1980.

50. Assim sendo, somente o ato do príncipe poderia prorrogar a concessão, nenhuma interferência cabendo à maioria dos acionistas para decidir mantê-la ou não, pois essa matéria não se encontra na área de competência da Assembléia. Saliente-se que o término da concessão constitui fato notório e público desde 1890, data da última fixação do prazo da concessão.

51. Acresce que a ata da Assembléia Geral Extraordinária que aprovou os últimos estatutos já previu, no artigo 43, a restrição condicional de atividades da companhia, não tendo havido, na época, qualquer impugnação. Assim sendo, tanto no que se refere à ampliação das atividades (criação de subsidiárias), como à restrição das mesmas (em virtude de perda da concessão), não houve impugnação tempestiva em relação às decisões da Assembléia Geral Extraordinária, não cabendo qualquer pedido de recesso em decorrência

do fato de ter findo o prazo da concessão, pois tal pedido só é cabível em virtude de impugnação das decisões das Assembléias que mudam o objeto social, ensejando assim a dissidência. (Art. 136 e 137 da Lei nº 6.404, de 15.12.76).

É o nosso parecer.

RIO DE JANEIRO, 28 de agosto de 1980

ASSUNTOS MUNICIPAIS

CONCESSÃO OU PERMISSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO

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

PARECER N.º 4.557

CONCESSÃO OU PERMISSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO POR ÔNIBUS.

Características dos institutos jurídicos.

Delegação da execução do serviço.

Condições e limites a serem acordados entre o Poder Público e o concessionário ou permissionário.

O Senhor PREFEITO MUNICIPAL DE TORRES solicita amplo parecer desta Procuradoria-Geral do Estado, referente à concessão do serviço de transporte coletivo, por ônibus, ligando a cidade ao interior do município.

Informa, ainda, o consulente que a empresa que executa essa atividade recebeu o encargo através de decreto do Executivo municipal, há mais de vinte (20) anos, sem que tivesse havido qualquer manifestação legislativa.

Esclarece, também, que o serviço é prestado a contento, trabalhando numa grande variedade de horários e satisfazendo o público usuário.

Diante disso, indaga sobre a necessidade de encaminhar projeto de lei ao legislativo municipal consagrando, definitivamente, a referida concessão por existir, no seu ponto de vista, direito adquirido dos atuais concessionários.

Alternativamente, interroga se o decreto municipal, supracitado, preenche os requisitos jurídicos para legitimar a concessão e dispensar a abertura de concorrência, levando-se em conta o cumprimento regular, pelo concessionário de suas obrigações, inclusive aquelas de natureza tributária.

Não encaminhou, todavia, o consulente cópia do decreto mencionado, nem esclarece a extensão ou os termos do mesmo.

É o relatório.

O deslinde da questão proposta envolve a análise da natureza e das características jurídicas dos chamados serviços concedidos.

Na feliz e objetiva conceituação do Professor HELY LOPES MEIRELLES "serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerado por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual do Poder Público concedente". (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, São Paulo, 1976, pág. 347).

São, portanto, serviços do mais alto interesse geral, atendendo necessidades básicas da coletividade, sobre os quais deve o Poder Público velar por serem serviços públicos ou estarem se caracterizando, rapidamente, como tais, em vista da reconhecida utilidade pública que apresentam.

A particularidade relevante é a de que, embora serviços públicos, não deseja administração pública assumi-los nem geri-los, diretamente, convocando a iniciativa de particulares para assumirem os encargos e as vantagens da prestação dos mesmos.

Surgem, então, as figuras da concessão, da permissão e da autorização, como formas de delegação previstas no Direito Administrativo.

A concessão, ainda, segundo HELY LOPES MEIRELLES,

"(...) é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada por lei e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de direito administrativo, bilateral, oneroso, comutativo, e realizado intuitu personae.

.....

A lei apenas autoriza a concessão e delimita a amplitude do contrato a ser firmado; o regulamento estabelece as condições de execução do serviço; o contrato consubstancia a transferência da execução do serviço, por delegação, ao concessionário vencedor da concorrência. O contrato há que observar os termos da lei, do regulamento e do edital de licitação sob pena de expor-se à nulidade.

Pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega, apenas, a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeita à regulamentação e fiscalização do concedente.

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente — União, Estado-membro, Município — nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e entidades paraestatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação. As indenizações, em tal hi-

pótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que forem apuradas judicialmente". (ibidem, págs. 347-8).

Ficam claros, dos requisitos expostos, que devem ser estabelecidos, criteriosamente, todos os itens que envolvem uma decisão de tamanha importância, qual seja a de delegar a execução de um serviço público a particulares.

Daí o caráter intuitu personae, isto é, a concessão é intransferível para terceiros, pelo concessionário, de vez que foi a sua a pessoa escolhida e agraciada, posto que fruto de cuidadosa seleção onde foram investigadas, e verificadas, as condições de probidade, competência, tradição organizacional, experiência no ramo, instrumentação técnica e outras capazes de assegurar o pleno cumprimento do contrato e a boa realização do serviço.

Aliás, sobre a elaboração do contrato, alerta o ilustre administrativista até aqui citado "Documento da maior relevância, o contrato de concessão não tem merecido dos Poderes Públicos a necessária atenção na sua feitura, ficando quase sempre entregue a sua redação aos próprios pretendentes à concessão que assim a amoldam às suas conveniências, sem atender ao interesse público e aos direitos dos usuários". (ibidem, pág. 353).

Ao lado da concessão, examina o insigne mestre paulista as figuras da permissão e da autorização, que se lhe aproximam, embora com características distintas, conforme descreve:

"(...) a concessão é delegação contratual; a permissão e a autorização constituem delegações por ato unilateral da Administração; aquela, com maior formalidade e estabilidade para o serviço; esta, com mais simplicidade e precariedade na execução.

.....

A permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para a exploração do serviço a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando atrair a iniciativa privada.

.....

O serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração permitente, que o controla e lhe fixa as tarifas.

A permissão, por sua natureza precária, presta-se à execução de serviços ou atividades transitórias, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes do controle estatal.

.....

A permissão vem sendo a modalidade preferida pelas Administrações federal, estaduais e Municipais para delegações de serviços de transporte coletivo a empresas de ônibus, nas respectivas áreas de sua competência, muito embora o Código Nacional de Trânsito (Lei 6.108, de 21 de setembro de 1966) admita também a concessão e a autorização (art. 44)". (ibidem, págs. 362-3).

Podeíamos extrair das lições apresentadas a idéia de que existe uma semelhança de natureza entre os institutos da concessão, da permissão e da autorização, apresentando-se, contudo, uma gradação significativa no ato que estabelece a origem de cada um e na forma como se operacionaliza a delegação do serviço e a execução do mesmo.

Neste sentido, a autorização seria a modalidade mais precária e discricionária, embora traga maior flexibilidade e capacidade de ajustamento às novas circunstâncias que afetem o serviço, enquanto a concessão é a mais formal, detalhada, especificativa e rígida forma de delegação da execução dos serviços, com a vantagem de estipular e assegurar, pormenorizadamente, os direitos e deveres tanto do concedente quanto do concessionário.

A permissão situar-se-ia num nível intermediário, pois é um ato unilateral e discricionário, onde são fixadas as disposições e limites da delegação do serviço, dispensando a aprovação legislativa e a concorrência para escolha do concessionário, mas, doutra parte, deixa de fixar as obrigações de cada parte, o que em caso de dúvidas, obriga o recurso ao judiciário para definir a situação.

Seja como for, por essa maior maleabilidade, revelou-se a forma predileta dos concedentes brasileiros.

A permissão inclui a regulamentação, no ato administrativo unilateral, mas não resolve os problemas de natureza contratual que, freqüentemente, se apresentam na relação jurídica concedente/concessionário.

A este respeito, MIGUEL REALE comenta:

"Em síntese, pode-se dizer que, embora não sendo concessionários de um serviço público, os permissionários de transportes coletivos usufruem de direitos e garantias atribuíveis àqueles, tendo como limites o interesse público, a preservação do fundo de comércio e a sobrevivência da empresa." (Direito Administrativo, Ed. Forense, São Paulo, 1969, pág. 156).

Ainda relativamente à permissão, tal como na concessão, um dos aspectos importantes a serem concretamente estipulados é o que diz respeito ao prazo da delegação.

Neste tópico, encontramos a ponderada observação de GASTON GÈZE:

"A concessão de serviço público se convencionou sempre por um longo período. Não se concebe uma concessão de serviço público feita por alguns meses. O contrato de concessão conclui-se, geralmente por 25, 30, 40, 50, 60 ou 70 anos. A necessidade de estabilidade é experimentada pela Administração, o público e o concessionário."

.....

Não se pode falar de um funcionamento regular e contínuo do serviço público, se o sistema de exploração, ou o concessionário, mudam freqüentemente."

Por outra parte, a concessão supõe, amiúde, grandes capitais investidos na exploração do serviço concedido. Ex.: trens, bondes, ônibus, gás, água, eletricidade, etc. Este capital só se conseguirá se há estabilidade." (Princípios del Derecho Administrativo, Editorial Del Palma, Buenos Aires, 1949, pág. 389).

A idéia da longa duração necessária decorre da conjunção de diversos fatores, entre os quais avulta, além da dificuldade de captação e amortização dos capitais, o fato de que estes se remuneram através das tarifas e, quanto mais lenta a amortização menor o reflexo nos preços do serviço, com menor carga para os usuários.

Também a necessidade do equilíbrio financeiro desenvolveu-se como uma norma diretiva, ou seja, o concessionário assume os encargos e deve prestar o serviço em boas condições, não importa quais sejam os sacrifícios a enfrentar, mas, igualmente, faz jus a indenizações quando for chamado a assumir obrigações complementares como, ainda, tem direito a uma remuneração razoável do capital aplicado.

Evidentemente, os prejuízos devem ser imprevistos e de força maior para que sejam ressarcidos, cabendo ao concedente fiscalizar para que as obrigações suplementares não decorram da má gestão ou da má-fé, através da manipulação de dados comerciais ou financeiros, de operações triangulares com fornecedores ligados aos interesses do concessionário, e assim por diante.

Tais reparações decorrem das duas teorias fundamentadoras apontadas por Marcel Waline, a "Teoria do Faço do Príncipe" e a "Teoria da Imprevisão" (Manuel Elementaire de Droit Administratif, Recueil Sirey, Paris, 1946).

No primeiro caso, pode o príncipe (Estado) levantar novas exigências, devendo ressarcir o concessionário pelo ônus suplementar que lhe impôs e que não estava previsto no contrato original.

No segundo caso, a imprevisão que deve ser atendida é a força maior, é o fato superveniente e imprevisível que acarretou encargos novos e insuportáveis para o concessionário, o que coloca em risco sua própria existência como pessoa jurídica, cujo desaparecimento, em última análise, viria a por em risco a própria continuidade da prestação do serviço.

Não cabem em nenhum dos casos as situações de dolo (má-fé) ou de culpa (imprudência, imperícia ou negligência).

Cabe, finalmente, ressaltar que em nosso direito pátrio o Poder Público, concedente dos serviços, permanece titular das prerrogativas básicas, ao contrário do Direito italiano, por exemplo, onde conforme V. E. ORLANDO (Primo Trattato Completo Di Diritto Amministrativo, Soc. Edittice Libreria, Milão, 1930) estendem-se ao concessionário direitos tais como os de desapropriar, estabelecer servidões, fixar monopólio e exercer o poder de polícia.

POR TODO O EXPOSTO concluímos:

1) Cabe à Administração municipal decidir a forma que deseja adotar para delegar o serviço de transporte coletivo.

2) Tratando-se de um serviço público é indelegável a titularidade do mesmo, cabendo tão-somente a delegação da execução, com ampla especificação dos direitos e encargos do concessionário ou permissionário, prazo de duração da delegação e condições de execução do serviço.

3) Caso a forma escolhida for a concessão, cabe prévia autorização legislativa, seguida de regulamentação executiva e contrato bilateral com o concessionário.

Caso a forma escolhida for a permissão, seria de todo recomendável que novo ato do Executivo (decreto) estipulasse, detidamente, as condições, requisitos, prazo, limites, definição de tetos tarifários e outros elementos pertinentes fossem incluídos.

4) Tratando-se de serviço público, jamais a concessão ou permissão poderão ser definitivas, cabendo estipular a duração das mesmas, as condições de indenização em caso de retomada, as penalidades em caso de inadimplemento das condições, etc.

5) A concorrência é obrigatória no caso de concessão. No caso de permissão, ainda que não seja obrigatória a concorrência, é de toda conveniência que a seleção do permissionário se faça do modo mais criterioso e justificado possível, analisadas todas as alternativas existentes no mercado.

6) Por fim, cumpre alertar que, se o prazo da concessão findou, ou está por findar, cabe a retomada ou reversão do serviço ao município.

Em princípio, tal reversão deverá realizar-se sem qualquer ônus para a municipalidade, de vez que se pressupõe já efetivada a amortização de capital do concessionário ao longo do tempo que durou a concessão ou permissão.

Permanecendo, todavia, direito a ressarcimento, mesmo que parcial, do concessionário, proceder-se-á conforme o estipulado, previamente, ou mediante acordo entre as partes se nada havia.

As divergências que, porventura, permanecerem só poderão resolver-se judicialmente.

Na hipótese de que o município deseje manter a delegação, poderá agir conforme as recomendações da conclusão nº 3, estabelecendo novo prazo e demais requisitos.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de novembro de 1980.

DESMEMBRAMENTO DA ÁREA MUNICIPAL

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.508

MUNICÍPIO, DESMEMBRAMENTO E ANEXAÇÃO.
Desmembramento de área para anexação em outro município.

Requisitos e procedimento.
(Lei Complementar nº 1/67 e Lei Estadual nº 4.054/60).

O PREFEITO DE SÃO LUIZ GONZAGA solicitou pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado sobre a pretensão dos habitantes da localidade denominada Rincão do Ivar de que seja desmembrada a área desse segmento do Município de Bossoroca e anexada ao Município de São Luiz Gonzaga, ao qual pertencia essa área antes da emancipação de Bossoroca.

Deseja o consulente manifestação sobre a viabilidade da pretensão e, em caso positivo, que seja indicado, detalhadamente, o procedimento para concretizá-la.

É o relatório.

A Constituição Federal dispõe, em seu art. 14, que lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de municípios. O parágrafo único desse artigo reza que a organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei.

A Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967, vigente com as alterações introduzidas pelas Leis Complementares nº 28, de 18 de novembro de 1975, e nº 32, de 26 de dezembro de 1977, estatui:

"Art. 2.º — Nenhum município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos:

I — população estimada, superior a dez mil habitantes ou não inferior a cinco milésimos da existente no Estado;

II — eleitorado não inferior a 10% da população;

III — centro urbano já constituído, com número de casas superior a duzentas;

IV — arrecadação, no último exercício, de cinco milésimos da renda estadual de impostos.

§ 1º — Não será permitida a criação de município, desde que esta medida importe, para o município ou municípios de origem, na perda dos requisitos exigidos nesta lei."

Na opinião de HELY LOPES MEIRELLES, "a Lei Complementar nº 1/67 não se aplica aos casos de anexação e incorporação de Municípios, salvo quanto ao seu art. 6º (que fixa a época das alterações territoriais), por não configurarem criação". ("Direito Municipal Brasileiro", 3ª edição, Revista dos Tribunais, S.P., 1977, pág. 53).

O art. 6º da Lei Complementar nº 1/67 é do seguinte teor:

"A criação e qualquer alteração territorial de município somente poderão ser feitas no período compreendido entre dezoito e seis meses anteriores à data da eleição municipal."

Data venia, a opinião manifestada por HELY LOPES MEIRELLES parece-nos fruto de exame apressado, excessivamente literal, que não se coaduna com as regras da boa hermenêutica.

Deve-se, à vista da Lei Complementar nº 1/67, ter em conta o espírito das normas constitucionais pertinentes. A interpretação das normas constitucionais (incluídas as leis complementares) deve ser feita com preponderância do processo teleológico (finalístico), associado ao processo sistemático (conforme CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", ed. Forense, RJ, 1979, pág. 314).

Consoante o processo teleológico de interpretação, deve ser considerado o fim colimado pelas expressões de Direito como elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance das mesmas.

As normas jurídicas visam a tornar eficiente, a converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito.

O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. (Conforme CARLOS MAXIMILIANO, obra citada, pág. 151).

Considerando esses postulados, há que se entender que não só o art. 6º, mas também outras disposições da Lei Complementar nº 1/67 incidem sobre alteração territorial de que não resulte criação de município.

Por referir-se o art. 6º mencionado explicitamente a "qualquer alteração territorial de município", não há nenhuma dúvida de que a alteração pretendida no caso em exame só poderá ser feita no período compreendido entre dezoito e seis meses anteriores à data da eleição municipal, de acordo com a redação dada ao dispositivo pela Lei Complementar nº 28, de 18 de novembro de 1975. Mas isso não significa a exclusão de incidência de outras normas contidas no diploma sobre os casos de alteração territorial de que não resulte a criação de município, como, por exemplo, desmembramento para anexação ou incorporação da área em outro município. Devem se considerar as normas em vista do resultado que têm em mira.

O objetivo fundamental da Lei Complementar nº 1/67 é evitar o surgimento de municípios que não reúnam os requisitos mínimos previstos no art. 2º dessa lei.

Sendo que, na aplicação das normas constitucionais, deve-se ter em vista o resultado colimado por elas, entendemos, à vista do art. 6º e do art. 2º e seu § 1º, da Lei Complementar nº 1/67, que a alteração territorial pretendida pelos habitantes da localidade denominada Rincão do Ivaí, Município de Bossoroca, só poderá ser feita se não importar, para esse Município, na perda dos requisitos do art. 2º, incisos I a IV, do referido diploma, em relação à área a remanescer.

Em pronunciamentos desta Casa consta essa orientação (Parecer nº 2.630, de 4 de setembro de 1974, e Parecer nº 2.659, de 3 de outubro de 1974).

No tangente ao procedimento para implementar o desmembramento em relação ao Município de Bossoroca e a anexação conseqüente ao Município de S. Luiz Gonzaga, somos de opinião que, em princípio, não seriam obrigatórias as exigências procedimentais da Lei Complementar nº 1/67. Não se trata aí de uma finalidade, mas de um meio, que é rito específico, para a criação de municípios.

O processo para alterações territoriais, que não importem em criação de municípios, é da competência dos Estados-membros.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de acordo com a competência defluente do art. 13 da Carta Federal, estatui, em seu art. 145:

"A criação, extinção e desmembramento de Município dependerão de lei estadual."

Considerando a competência estadual na matéria, a "lei estadual" deve ser vista sob dois enfoques:

1) A criação ou extinção de municípios se concretizará, formalmente, mediante lei constitutiva-geradora (Conforme PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967", 1970, ed. Revista dos Tribunais, Tomo II, pág. 327).

2) A "lei estadual" poderá editar normas de procedimento para a criação, extinção e desmembramento de município, porém levando em conta as normas constitucionais federais pertinentes, considerando cada uma das hipóteses de alteração territorial.

No nosso Estado, o procedimento, com vistas ao desmembramento de área territorial para anexação (ou incorporação) a outro município, deve seguir o disposto na Lei Estadual nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960. Essa Lei vige, atualmente, apenas na medida em que é compatível com as normas constitucionais, editadas a partir da Carta Magna de 1967, e bem assim, com as modificações ainda eficazes que lhe foram acrescentadas por leis estaduais. (Lei Estadual nº 4.380, de 1º de dezembro de 1962, que acrescentou um parágrafo (2º) ao art. 16, e Lei Estadual nº 4.524, de 10 de julho de 1963, modificadora do art. 18, vigente com a alteração introduzida pela Lei Estadual nº 4.571, de 9 de outubro de 1963).

Compulsando essa legislação, verifica-se que o procedimento objetivando a alteração territorial de que se cogita (desmembramento seguido de anexação) é o mesmo estabelecido para a criação de municípios.

Lê-se na Lei Estadual nº 4.054/60:

"Art. 32 — A incorporação, subdivisão e desmembramento de municípios far-se-á mediante pedido e manifestação plebiscitária favorável das populações interessadas e só poderá se verificar nas épocas previstas para criação de municípios.

§ 1º — No caso de subdivisão, serão observadas todas as disposições da presente lei, relativas à criação de municípios. Nas hipóteses de incorporação e desmembramento, essas disposições serão observadas em que forem aplicáveis.

§ 2º — Os pedidos de incorporação e os de desmembramento, que não importarem em criação de municípios, atenderão apenas às exigências de que trata o art. 15, incisos I, II, III e V e parágrafos 1º e 2º."

Posto que, para a criação de municípios, deve ser seguido o rito prescrito pela Lei Complementar nº 1/67, mais as exigências da Lei Estadual nº 4.054/60 que não sejam conflitantes com aquela, conclui-se que idêntico procedimento se aplica aos desmembramentos destinados à anexação, por não existirem normas específicas para o caso no âmbito estadual.

Complementando as regras de procedimento da Lei Complementar nº 1/67, devem ser atendidas as exigências do art. 15, incisos I, II, III e V, e seus parágrafos 1º e 2º, da Lei Estadual nº 4.054/60, os quais permanecem em vigor. Aplicam-se também ao caso os arts. 10 e 11 dessa lei.

EM RESUMO, aplica-se ao caso sob exame a Lei Complementar nº 1/67:

1º) quanto aos requisitos do art. 2º, incisos I a IV, em face do contido no § 1º desse artigo, relativamente à área a remanescer do Município que sofrerá o desmembramento para anexação no outro;

2º) quanto ao art. 6º, que prevê como próprio o período compreendido entre dezoito e seis meses anteriores à data da eleição municipal, e

3º) quanto às normas que regem o procedimento, por via da Lei Estadual nº 4.054/60 (Lei Complementar nº 1/67, art. 1º e parágrafo único, §§ 2º e 3º do art. 2º e art. 3º, parágrafo único, incisos I e II).

Aplica-se ao desmembramento para anexação (ou incorporação) no que se refere ao procedimento, mais as seguintes disposições da Lei Estadual nº 4.054/60: artigos 10, 11, 15 e incisos I, II, III e V, mais os §§ 1º e 2º deste, além do artigo 32, §§ 1º e 2º.

Anexamos ao presente um roteiro para o desmembramento, em face do pedido do consulente.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 7 de outubro de 1980.

ROTEIRO PARA O DESMEMBRAMENTO E ANEXAÇÃO DE ÁREA MUNICIPAL

Um ano antes do período previsto na Lei Complementar nº 1/67 como época própria para alterações territoriais — art. 6º (entre 18 e 6 meses antes da eleição municipal) — pelo menos um terço dos eleitores inscritos na área a ser desmembrada constituirá uma comissão para que os represente junto aos poderes e autoridades estaduais. (Adaptação dos preceitos da Lei Estadual nº 4.054/60 às normas constitucionais — arts. 10, §§ 1º e 2º e 11, §§ 1º a 3º).

O pedido de desmembramento constará de representação assinada por 100 eleitores, no mínimo, residentes e domiciliados na área que se deseja desmembrar, com as respectivas firmas reconhecidas (Lei Complementar nº 1/67, parágrafo único do artigo 1º).

Deverá a representação ser apresentada à Assembléia Legislativa do Estado dentro do período compreendido entre 18 e 6 meses antes da eleição municipal (Lei Complementar nº 1/67, artigo 6º).

O pedido deverá ser instruído com os documentos de que trata o art. 15, incisos I, II, III e V da Lei Estadual nº 4.054/60.

Apresentado o pedido (representação) com os documentos exigidos, a Assembléia requisitará as informações sobre as condições de que tratam os incisos I a IV e § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 1/67 (Lei Complementar nº 1/67, art. 2º, § 3º).

Se atendidos os requisitos do art. 2º da Lei Complementar nº 1/67, quanto à área a remanescer do Município de Bossoroca, a Assembléia Legislativa determinará a realização de consulta plebiscitária à população de Rincão do Ivaí, a qual será regulada pelo Tribunal Regional Eleitoral, atendido o art. 3º e parágrafo único do diploma mencionado.

Sendo favorável o resultado do plebiscito, caberá à Assembléia tomar, "*mutatis mutandis*", as providências previstas nos arts. 29 a 31 da Lei Estadual nº 4.054/60, para que seja concretizado o pretendido desmembramento e concomitante anexação.

IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4.593

IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA — ISSQN.

Viabilidade de cobrança relativamente a instituições bancárias e a sociedades de economia mista estaduais, desde que a atuação de tais entidades configure prestação de serviços segundo a definição de lei complementar e não havendo previsão isencional.

Da Presidência da CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE CRUZ ALTA vem a esta Procuradoria-Geral expediente em que se formula consulta sobre obrigatoriedade do recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza — ISSQN, por parte de instituições bancárias e de sociedades de economia mista, especificadas estas como sendo a Companhia Rio-Grandense de Saneamento — CORSAN, a Companhia Estadual de Energia Elétrica — CEEE, e a Companhia Rio-Grandense de Telecomunicações — CRT.

Distribuído, o expediente veio a esta Unidade de Assuntos Fiscais para exame e parecer.

É o relatório.

Analisaremos, por partes, os dois temas propostos.

I. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

Outorgando o vigente texto constitucional competência aos municípios para instituírem o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar, (artigo 24, inciso II, da Emenda Constitucional nº 1/69), e sabido que à União incumbe a imposição sobre operações financeiras — a saber, de crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos e valores mobiliários (artigo 21, inciso IV, da mesma Emenda; Lei nº 5.172/66, artigo 63), coloca-se, como consectário, a indagação sobre a viabilidade da atuação fiscal do município sobre atividades dos bancos.

A matéria tem merecido cuidadosos estudos por parte da Doutrina (SOUTO MAIOR BORGES, "Imposto Sobre Serviços", Ed. Saraiva, 1974 e "Direito Tributário Moderno — Coletânea", Ed. José Bushatsky, 1977; BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, "A Prestação de Serviços no Sistema Tributário Nacional", tese, São Paulo, 1972; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Imposto Municipal Sobre Serviços, Incidência Sobre operações bancárias não Tributadas pela União e Estados", in Revista de Direito Administrativo, vol. 4, p. 107) e reiterados pronunciamentos judiciais, escandindo ora um, ora outro aspecto dessa multiforme questão que, desde logo cabe ressaltar, não é pacífica.

Deixando, porém, à margem, uma interpretação sob cunho subjetivista, que identifique, invariavelmente, cunho financeiro na atividade das instituições bancárias, sem dúvida se há de perceber que os bancos, cada vez mais, desempenham atividades configuradoras de prestação de serviços aos seus clientes, as quais não se enquadram na categoria de atuação financeira, acobertada por imposição tributária federal. São desse teor, v.g., as decisões proferidas pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no R. E. nº 88.806, S.P. (in RTJ, nº 89, p. 1021) e no Agravo de Instrumento nº 47.731, (in RDA, nº 103, p. 60).

O último dos arestos antes referidos, relatado pelo saudoso Ministro ALIOMAR BALLEIRO, consigna:

"É certo que os Bancos também prestam serviços remunerados por meio de comissões e taxas, como custódia de títulos e valores, recebimentos de dividendos e bonificações, cobranças, remessa de fundos para outras praças, aluguel de cofres, etc. Sobre essas atividades, em minha opinião, pode incidir constitucionalmente o imposto de serviços na base de cálculo do total das remunerações auferidas, se o permitir, a Norma Geral de Direito Financeiro da União."

O Tribunal de Justiça do Estado também já sufragou esse entendimento, haja vista o acórdão prolatado na Apelação Cível nº 34.861, relatado em 11 de junho do corrente ano, pelo eminente Desembargador ÉDSON ALVES DE SOUZA, em cuja ementa se lê:

"ISSQN — Incidência sobre serviços prestados por estabelecimentos bancários: legalidade e constitucionalidade. Serviços estranhos à atividade especificamente bancária. Recurso provido, decretada a improcedência da ação e mantido o lançamento fiscal impugnado."

Também entre nós, seguindo essa linha, o ilustre procurador da Prefeitura Municipal de Porto Alegre, Doutor SALVADOR HORÁCIO VIZZOTO, após analisar em profundidade a espécie, conclui que "bancos e demais instituições financeiras estão sujeitos à tributação pelo ISSQN" e arrola, em seguida algumas atividades que se enquadrariam nesse campo de incidência:

- a) cobranças ou recebimentos;
- b) locação de bens imóveis;

- c) guarda de bens ou valores;
- d) execução de contrato de terceiros;
- e) correspondência e expediente;
- f) fianças e outros serviços não vinculados às operações financeiras;
- g) recebimentos de dividendos e bonificações;
- h) aluguel de cofres;
- i) demais formas de prestação de serviços enunciados na "lista de serviços" e não vinculados a operações financeiras." (in Parecer nº 1.906, de 27 de fevereiro de 1978, da Procuradoria Municipal de Porto Alegre).

Destarte, endossando as opiniões antes referidas, respondemos à primeira parte da consulta, pela viabilidade de o Município de Cruz Alta impor o "Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza" sobre atividades dos estabelecimentos bancários sediados em seu território, naquilo em que não se configurem como operações financeiras, estas sujeitas à competência impositiva da União Federal.

II. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA ESTADUAIS: CORSAN, CRT e CEEE

A consulta não explicita quais os pontos de dúvida no concernente à imposição fiscal sobre as entidades arroladas, informando apenas que "elas não pagam o ISSQN".

Cabe lembrar que, ressalvadas as previsões isenionais através de leis especiais, a conformação jurídica dos entes indicados não lhes atribui, por si, tratamento privilegiado. Com efeito, dotada de personalidade jurídica de direito privado, apesar de voltar-se para o cumprimento de atividades de interesse estatal e de utilidade pública, a sociedade de economia mista não tem a seu favor a imunidade constitucional operante em prol das autarquias no que respeita aos "serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou dela decorrentes" (Constituição, artigo 19, § 1º), visto ser destinatária de regração constitucional isonômica a das empresas privadas (Constituição, artigo 170 e parágrafos).

Também pela circunstância de as atuações das indicadas companhias governamentais caracterizarem-se como serviços públicos — o que se não vai analisar, porque desbordaria dos propósitos presentes — não prevaleceria, "ipso iure", a intributabilidade. Pois aqui, igualmente, deve ser frisado que a imunidade não é determinada para serviço público concedido ou executado por pessoa jurídica de direito privado (Constituição, artigo 19, § 1º). Nesse sentido, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, in "ISS e Serviços de Vigilância prestado por Empresa Privada", Revista de Direito Tributário, nº 2.1977, pág. 62/3.

No que respeita ao tipo de atividades desenvolvidas pelas diferentes companhias mencionadas, incumbe destacar:

a) quanto à Companhia Estadual de Energia Elétrica, CEEE, o fornecimento de energia, considerada esta um produto industrializado (conforme § 1º do artigo 74 da Lei nº 5.172/66, CTN), está sujeito ao Imposto Único Sobre Energia Elétrica, imposto que,

por disposição constitucional, incide uma só vez e exclui a incidência de outro tributo sobre a operação (artigo 21, VIII, da Emenda nº 1/69); não há viabilidade, pois, de exigência do Imposto Municipal Sobre Serviços, sobre a produção e distribuição de energia elétrica. Além disso, a CEEE, por força das disposições constantes nos Decreto Lei nº 2.281/40 e Decreto nº 41.019/57, — legislação que permanece em vigor mesmo após a reforma tributária e o posterior advento da atual Constituição, como já foi proclamado pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº B3.835, Diário da Justiça da União de 2 de abril de 1976, pág. 2.22B) — goza de isenção tributária quanto a impostos federais, estaduais e municipais, salvo exceções na mesma legislação previstas e que não pertinem à espécie sob exame configurando-se, aqui, precisamente, hipótese de previsão isencional por lei especial, a que nos referimos no início da parte II deste parecer;

b) quanto à Companhia Rio-Grandense de Saneamento, CORSAN, o abastecimento de água que está a seu cargo, antes de significar a prestação de um serviço, na acepção em que é tomada a expressão para fins de ISSON, isto é, de *"tributo sobre circulação de bens imateriais, ou melhor, sobre circulação de serviços"* no dizer de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES (in *"Sistema Tributário Na Constituição de 1969"*, Ed. RT, 1973, pág. 1.435), configura fornecimento de produto material aos consumidores, além de estar ausente da lista anexa ao Decreto Lei nº 406/68, com as modificações do Decreto Lei nº B34/69, pelo que, descabe a imposição municipal;

c) finalmente, no que tange à Companhia Rio-Grandense de Telecomunicações, CRT, em que a possibilidade de tributação pelo Município abrir-se-ia, explicitamente, a partir da inclusão na lista anexa ao Decreto Lei nº 406/68, com modificação do Decreto Lei nº 834/69, cujo item 27 arrola *"serviços de comunicação de natureza estritamente municipal"*, cabe referir a acentuada resistência jurisprudencial a respeito. O Pretório Excelso tem negado a incidência do ISSON sobre serviços de telefonia e, especificamente, em caso em que era parte a CRT contra a Prefeitura de Porto Alegre, decidiu pela *"não-incidência do imposto porque não se trata de serviço estritamente municipal"* (R.E. nº 92.003 — RS, Relator Ministro THOMPSON FLORES, in DJU de 9 de maio de 1980, fls. 3.232).

Tribunais estaduais, nessa trilha, têm entendido que os serviços de empresa telefônica, que transcende ao município — seria o caso da CRT — escapam à incidência do Imposto Sobre Serviços, porque sujeitos ao campo impositivo federal, vez que aí não se tem o *"serviço de comunicações de natureza estritamente municipal"*, visto a possibilidade de comunicações intermunicipais. São desse teor: Acórdão Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no Agravo de Petição nº 131.580, in Jurisprudência do TASP, 1970, XI/146; Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, no Mandado de Segurança nº 25/73, in RT 458/181.

A Doutrina não é mais alentadora, a propósito, como se pode amostrar, pela seguinte lição:

"Serviço de comunicação estritamente municipal é aquele que tem seus pontos de transmissão e de recepção situados dentro do território de um mesmo município, sem haver possibilidade da respectiva mensagem ser captada além da fronteira. São os serviços de comunicações que não ultrapassam o território de um mesmo município. Constituem exemplo os serviços de telefonia a "curta distância", serviços de radiotelevisão em circuitos fechados, serviços de retransmissão de televisão, serviços de mensagens, etc." (BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, in DOUTRINA E PRÁTICA DO ISS, Ed. RT, 1975, pág. 284. Grifos nossos).

À vista da orientação prevalente, espelhada nas manifestações antes arroladas, entendemos sujeita a percalços judiciais, se impugnada pelos sujeitos passivos, a imposição do tributo, na hipótese sob exame nesta alínea.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 30 de dezembro de 1980.

TRABALHOS FORENSES

CONVERSÃO DA LICENÇA-PRÊMIO EM PECUNIA

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE RAZÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 12

NEY SÁ

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

A Emenda Constitucional nº 12, promulgada aos 12 de agosto do ano findo, teve por escopo modificar a redação do artigo 99 da Carta Estadual de 1970, encontrando-se publicada no Diário Oficial do Estado, na sua edição do dia 15 do mesmo mês e ano.

Na redação original dispunha o prelado dispositivo:

"Art. 99 — Serão assegurados ao funcionário, nos termos da legislação própria, abono familiar, gratificações adicionais por tempo de serviço e licença-prêmio por decênio de serviço, a qual, não gozada, poderá ser computada em dobro, como tempo de serviço, para os efeitos previstos em lei." (grifou-se).

Pela Emenda objeto destas razões, o mesmo dispositivo da Carta Constitucional do Estado do Rio Grande do Sul passou a ter esta redação:

"Art. 99 — Serão assegurados ao funcionário, nos termos da legislação própria, abono familiar, gratificações adicionais por tempo de serviço e licença-prêmio por decênio de serviço."

Parágrafo único — A licença-prêmio não gozada pelo funcionário poderá ser computada em dobro como tempo de serviço para os efeitos previstos em lei; ou convertida em moeda corrente." (grifou-se).

Como se observa, a Emenda questionada teve por escopo assegurar aos funcionários que não gozarem as licenças-prêmio a que fizeram jus, convertê-las em tempo de serviço dobrado ou — e aí a inovação — receber o seu valor em moeda corrente.

A nova modalidade de desfrutar o benefício, como não poderia deixar de ser, veio a despertar grande interesse entre os beneficiários da vantagem, já havendo inúmeras mani-

gestões de interessados visando à outorga do pagamento pecuniário (doc. junto), que vem sendo, sistematicamente, indeferido pelo Executivo, que acolheu parecer da Procuradoria-Geral do Estado (doc. junto), segundo o qual a Emenda Constitucional em alusão, além de não ser auto-aplicável, reveste-se de vício de inconstitucionalidade.

Inobstante, a Mesa da Assembléia Legislativa que, também, tem recebido inúmeras postulações de seus funcionários, vem acolhendo tais pedidos, autorizando a conversão de licenças-prêmio não gozadas em moeda corrente nacional.

Conquanto até esta data nenhum pagamento tenha ainda sido realizado, a esse título, isto certamente ocorrerá em breve tempo porquanto, a teor do que se contém no artigo 45 da Constituição do Estado, "o numerário correspondente às dotações orçamentárias da Assembléia Legislativa e dos Tribunais com jurisdição em todo o território do Estado, será entregue no início de cada mês em cotas correspondentes a um duodécimo".

Diante desse estado de coisas, considerou-se o Poder Executivo no dever de representar, na forma que a lei estatui, ao Pretório Excelso, a fim de argüir a inconstitucionalidade da norma questionada, na qual se verifica incompatibilidade insanável com regras e princípios da Constituição Federal. É o que se passa a demonstrar.

II

Ao contrário do poder constituinte originário, que não conhece limitações de forma ou de fundo, o que lhe dá, em princípio, a mais plena liberdade, o poder de emenda ou revisão é, por natureza, limitado, quer quanto à forma, quer quanto ao fundo, não só por se subordinar, no seu exercício, a procedimento prefixado como, também, porque fica adstrito, em relação ao conteúdo das normas que pretende editar, às restrições que, implícita ou explicitamente, já se encontrem estabelecidas na própria ordem constitucional.

Em outras palavras, como diz PONTES DE MIRANDA:

"O poder constituinte nunca seria acoimável de emitir regras jurídicas inconstitucionais. Tudo que ele elabora é Constituição, uma vez que o elaborou com esse propósito. Muito diferente é o que se passa com o poder revisional ou reformador, ou emendador. Esse está adstrito a regras jurídicas concernentes à reforma, ou a emenda, bem como, quase sempre, a limitações do objeto da reforma ou da emenda... Em verdade, trata-se de poder constituinte de segundo grau. A sua competência foi regulada pela Constituição e, provavelmente, pela deliberação que serviu de iniciativa da reforma ou da emenda..." (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1970, t. III, págs. 133/134).

As limitações estabelecidas pela ordem constitucional podem ser de caráter autônomo ou heteronômico, verificando-se as primeiras quando impostas pela mesma Consti-

tução em que se regula o poder de revisão ou reforma. São heteronômicas quando estabelecidas por sistema normativo a que a Constituição que vai ser emendada se subordina.

"Os limites expressamente estabelecidos pelo Direito Positivo quanto à revisão constitucional", — escreve HANS HAUG em sua conhecida monografia sobre "As Limitações da Revisão Constitucional", — *"são divididos apropriadamente em dois grupos; limites heteronômicos e autônômicos. Consideram-se limitações heteronômicas as decorrentes de normas situadas fora da Constituição, cuja revisão se restringe. Reputam-se, ao contrário, limitações autônômicas as resultantes de normas contidas na própria Constituição"*. (Dei Schranken der Verfassungsrevision, pág. 178, Apud Representação n.º 749, argüida pelo Estado do Rio Grande do Sul, em 9 de junho de 1967).

O mesmo autor, depois de arrolar como limitações heteronômicas as que podem ter a sua fonte em normas gerais de direito das gentes ou em tratados internacionais, assevera:

"Constituem, além disso, limitações heteronômicas de revisão constitucional as normas das constituições federais, não só onde se consagre, em relação às Constituições dos Estados-membros, o princípio de que o Direito Federal quebra o Direito Estadual, mas ainda, especialmente, onde se estabeleçam condições materiais de validade para as Cartas Políticas dos Estados." (ID. IBID.)

De qualquer sorte, provenha a limitação de norma hierarquicamente superior, proceda ela da própria Constituição que se vai revisar, ao órgão incumbido da revisão se defere tão-somente uma competência, isto é, um poder restrito, seja quanto ao seu campo de ação, seja quanto ao processo que deve obedecer para que as suas decisões adquiram autoridade formal ou, melhor, se revistam de validade.

Ademais, dentro do quadro federativo, não são os Estados-membros completamente livres para organizar-se constitucionalmente, ainda que por via de convocação de assembléia constituinte. Só podem usar, para esse fim, dos poderes residuais, isto é, os que lhe não sejam proibidos nem delegados à União, de sorte que, com relação aos Estados, não se pode falar em poder constituinte no mesmo sentido em que a expressão se emprega acerca do poder homólogo, exercido pela União.

O poder constituinte dos Estados-membros apresenta-se, desta sorte, como um poder constituinte de **segundo grau**, porquanto, em vez de ser livre para decidir, somente se pode mover com liberdade em área juridicamente limitada. E esta limitação é dupla: decorre não só das normas hierarquicamente superiores, estabelecidas na ordem constitucional imposta pela Carta Política Federal, como, também, das próprias normas da Constituição que vai ser emendada no que respeita, pelo menos, ao órgão incumbido de proceder a revisão, ao seu campo de ação e ao processo que deve ser observado.

Consiste, assim, unicamente a competência do órgão revisional em dispor sobre matéria que se situe na órbita dos poderes reservados ou residuais. Dest'arte, cabe-lhe inovar,

de sua livre iniciativa e segundo o seu próprio juízo, regras e princípios da Constituição Estadual, seja pela supressão ou modificação de preceitos que não mais correspondam às exigências do tempo, seja pela incorporação ao texto constitucional de postulados que a conveniência política reclame.

Duas ordens de atribuições, pois, incumbem aos órgãos estaduais de revisão: consiste uma no dever de adaptar a Constituição do Estado às normas obrigatórias ou cogentes que se insiram, "ex novo", na Constituição Federal; repousa a outra no poder que se lhe reconhece de afeiçoar, nos limites dos poderes residuais, a organização jurídica do Estado às idéias ou princípios que a **consciência política** queira consagrar constitucionalmente. No primeiro caso, tem-se, bem delineada, a figura da competência vinculada, ao passo que, no segundo e somente no segundo, a competência do órgão de revisão ou reforma se define como livre ou discricionária.

Todavia, como já dito, essa competência discricionária se desenvolve apenas na esfera dos poderes **residuais** e estes, no caso, situam-se nos limites estreitos da **matéria constitucional**, vale dizer, das idéias ou princípios inspirados pela consciência política, traduzidos naquelas coisas "que se estimam de importância fundamental, que proporcionam uma base eficaz na tradição para a defesa da permanência delas e estabelecem um espírito de continuidade no corpo orgânico das leis, imprimindo-lhes um cunho conservador". (cf. H.J. ASKY, "El Estado Moderno", pág. 158, vol. I, tr. espanhola 1932) — **Apud BANDEIRA DE MELLO**, Oswaldo Aranha, "A Teoria das Constituições Rígidas", 2ª ed., José Bushatsky, São Paulo, 1980, pág. 67).

Esses princípios, como muito bem os classifica SAMPAIO DÓRIA, traduzem-se, tão-só, em normas sobre a organização do Estado, a competência dos órgãos do poder público e normas que, circunscrevendo a soberania ao que deve, assegurem direitos cujo exercício possa provocar violações por ilegalidade ou abuso do poder (Direito Constitucional, 3ª Editora Nacional. São Paulo, 1953, t. 1º, pág. 259). Isto é matéria constitucional.

É fácil, assim, compreender que, em tema de direito administrativo, as Constituições Estaduais, vinculadas, não podem ir além do que dispõe a Constituição Federal, eis que esta, dentro dos princípios, já exorbita ao inculpir normas dessa natureza, muito embora possa fazê-lo por forma, até, a transformar em matéria constitucional o que, na realidade, não o é. "Há certos assuntos — refere BANDEIRA DE MELLO — que embora não sendo objeto de Direito Constitucional, para a maioria dos constitucionalistas, são de magna importância, na opinião comum dos doutos, ou mesmo de real relevância só para os organizadores da Constituição, e como as leis constitucionais rígidas são muito mais estáveis, têm uma força maior, fazem entrar essa matéria na Constituição, tornando-a técnica e praticamente constitucional." (op. cit., pág. 77).

Seja, porém, como for — trate-se de competência vinculada ou discricionária — o órgão revisor só a pode exercer com rigorosa observância do **processo** para isso estabelecido.

Assim, se por disposição heteronômica se estabelecer que tal ou qual matéria só poderá ser regradada por lei ordinária, outro não poderá ser o processo legislativo, não se podendo pensar em substituí-lo pelo processo da Emenda Constitucional ou outro qualquer. Isso decorre da circunstância de que a Constituição Federal não se limitou a estabelecer para a ordem constitucional dos Estados princípios de homogeneidade suscetíveis de interpretação, isto é, não se limitou a, em termos flexíveis, assinalar as linhas mestras a que se deveria conformar a estrutura política dos Estados. Além desses princípios de homogeneidade, a que a ordem política dos Estados está, com alguma liberdade, obrigada a acomodar-se, a Constituição Federal estabeleceu, ainda, regras de uniformidade, isto é, normas que aos Estados incumbe observar, sem modificação de conteúdo. E dentre essas regras se incluem, de forma inequívoca, segundo o artigo 13, item III, da Constituição Federal, as concernentes ao processo legislativo, pois aí se determina que os princípios sobre isto adotados pela União sejam respeitados na organização constitucional dos Estados.

Ademais, segundo a letra expressa do artigo 57 da Constituição da República, é da competência exclusiva do Executivo a iniciativa das leis que "criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública" (item II), sendo, de resto, vedadas emendas que aumentem as despesas previstas "nos projetos cuja iniciativa seja da exclusiva competência do Presidente da República" (artigo 57, parágrafo único, "a").

Ora, sem dúvida que se insere no processo legislativo a norma que dispõe sobre a iniciativa do desencadeamento da elaboração legislativa, pois que ela se incorpora ao trabalho geral dessa elaboração.

De tal sorte, determinando a Lei Básica que os Estados respeitem, em sua organização política, as regras do processo legislativo da União, quis ela que fossem respeitados, na ordem constitucional dos Estados-membros, os princípios estabelecidos no tocante à iniciativa das leis.

Tanto mais imperativa se afigura a observância desse princípio quando se considere o disposto no artigo 108 da mesma Constituição da República, expresso na determinação de que o que nela se contém acerca dos funcionários (Seção VIII) "aplica-se aos funcionários dos três poderes da União e aos funcionários, em geral, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios". Há de se entender, então, que, quando se tratar de tal matéria, o legislador estadual não pode recorrer à Emenda da Constituição, pois isso importaria em fraudar o processo legislativo estabelecido para a lei ordinária.

O legislador constituinte estadual, de resto, bem assimilou estes princípios ao estatuir, no artigo 88, do Estatuto Básico do Estado que "a lei disporá sobre o regime jurídico dos servidores públicos, obedecidas as normas prescritas na Constituição Federal e nesta Constituição".

Por outro lado, como não poderia deixar de ser, consagrou, no artigo 32, item IV, o princípio da competência exclusiva do Governador para a iniciativa das leis que "criem ou

extingam cargos, funções e empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública", proibidas emendas nas mesmas circunstâncias em que vedou a Constituição da República.

III

Considerados tais princípios, verifica-se que a Emenda Constitucional nº 12, de que aqui se cogita, está eivada de inconstitucionalidade, não só pelo erro de forma que encerra ao procurar transformar em princípio constitucional matéria estranha à Constituição, como, também, por ter ferido norma heteronômica, emanada da ordem federal, segundo a qual as disposições desse estatuto aplicam-se a todos os funcionários e, como consequência, aplicando-se aí, por forma irrestrita, os princípios da iniciativa das leis e, também, a observância do processo legislativo.

Inúmeras vezes o Pretório Excelso têm se manifestado em matéria análoga, sendo expressivas, ao propósito, as palavras proferidas no julgamento da Representação nº 749, formulada pelo Estado do Rio Grande do Sul por ocasião das Emendas que se pretendiam introduzir na Constituição do Estado, em 1967, quando da adaptação do seu texto à Lei Maior. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 749. Julgada procedente em parte, para declarar inconstitucionais dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA. 4 de dezembro de 1968. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, 50:73B — 846, dezembro de 1969).

Dentre outros dispositivos inseridos pelo Poder Legislativo na Carta Estadual, figurava o artigo 77, no qual se visava a assegurar aos funcionários públicos, além de licença-prêmio por decênio de serviço, que podia "ser convertida em tempo dobrado de serviço", também, "gratificações adicionais" e "gratificação especial, se ao adquirir direito à aposentadoria voluntária, permanecer no exercício de suas funções".

O ilustre Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA, ao apreciar esses dispositivos, usou destas palavras:

"O art. 77 e seu parágrafo único distanciam-se da linha de adaptação e ferem o art. 106 da Lei Magna Federal (aludia ao dispositivo da Constituição de 1967, que corresponde ao atual art. 108, da Emenda de 1969). É matéria que deve ser tratada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos. Reputo-os inconstitucionais."

De destacar, na votação dessa mesma matéria, o voto do Ministro ALIOMAR BALEIRO que suscitou, logo a seguir, esclarecedora manifestação do Ministro HERMES LIMA. Os votos são os seguintes:

"O Sr. Ministro ALIOMAR BALEIRO: — Sr. Presidente, quero esclarecer mais uma vez meu pensamento. Não sou do fetichismo da adaptação restrita, fechada. Do ponto de vista de técnica legislativa, condenaria os dispositivos, porque

das três constituintes de que participei — e duas delas eram estaduais — fiz o possível para condensar ao máximo o texto, dele expelindo aquelas disposições que não eram básicas na questão da competência constitucionalmente discriminada.

A disposição não é inconstitucional. Pode ser um aleijão técnico, mas nós não temos o direito de substituir o legislador do Rio Grande do Sul, para impormos nossas concepções da arte de legislar. Acho que a matéria poderia ficar para a legislação ordinária, mas não é inconstitucional.

"Data venia", dirijo do Relator, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade."

Obtemperou o Ministro HERMES LIMA:

"Sr. Presidente, o problema da inconstitucionalidade formal é assim como porta aberta para ajudarmos o Estado do Rio Grande do Sul a fazer sua Constituição. De modo que isto nos coloca na situação, como disse, de ajudar o legislador estadual gaúcho.

Meu voto, decorrente dessa premissa maior e não articulada, que tenbo na minha cabeça, é que a inconstitucionalidade formal nos permite ajudar o legislador estadual."

O resultado do julgamento, como se pode ver do extrato da Ata, consistiu em ser declarada a inconstitucionalidade do artigo 77, "salvo quanto ao inciso I, letra "a", (que dispunha sobre a concessão de licença-prêmio e na possibilidade da sua conversão em tempo de serviço dobrado)." A permanência dessa parcela do dispositivo, porém, deveu-se ao fato de que tal norma já se encontrava inserta no texto primitivo, redigido ao tempo da Constituição Federal de 1946, como observado no voto do Ministro ELOY DA ROCHA.

Note-se, ademais, que o texto em exame, não abrangido pela inconstitucionalidade, não implicava em qualquer aumento de despesa para o erário. Entretanto, no exame da arguição de inconstitucionalidade do artigo 73 da mesma Carta Política, que mandava atribuir ao funcionário ocupante de cargo isolado, de provimento efetivo, avanços de vencimentos, por triênio de serviço, o mesmo Ministro ALIOMAR BALEIRO lembrou a inconstitucionalidade do dispositivo, que se chocava com aquele outro da Constituição Federal "pelo qual a iniciativa de aumento de vencimentos, a despesa geral compete ao Presidente da República". Como consta da Ata, o artigo 73 foi julgado inconstitucional contra o voto, apenas, do Ministro VICTOR NUNES.

Este tema voltou a ser objeto de exame do Pretório Excelso na Representação nº 940, apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 940. Julgada procedente em parte, para declarar inconstitucionais dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro MOREIRA AL-

VES. 31 de março de 1977. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, 92: 1.000 – 1.034, junho de 1980).

No voto proferido, o ilustre Relator transcreveu um pronunciamento seu, como Procurador-Geral da República, cujas palavras merecem aqui reproduzidas dada a justeza dos conceitos e seu afeiçoamento ao caso ora em discussão. Ei-las:

"(...) tem decidido esse Colendo Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, que são inconstitucionais os dispositivos de Constituições dos Estados-membros, inclusive suas emendas, que fixem vencimentos e vantagens a servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio, ou, de qualquer modo aumentem a despesa pública, porquanto essas matérias são, em face dos arts. 57, II, e 65, da Emenda nº 1/69, objeto de leis cujo projeto é da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, iniciativa essa que não pode ser cerceada por norma constitucional dos Estados. Nesse sentido, julgou essa Suprema Corte inconstitucional o art. 121, XII, da Constituição do Estado de Mato Grosso (pelo qual se fazia a incorporação aos vencimentos para todos os efeitos, do adicional por tempo de serviço), uma vez que, como salientou o relator da Representação nº 855, o Exmo. Sr. Ministro BARROS MONTEIRO, "prevendo vantagens por tempo de serviço e fazendo-as incorporadas aos vencimentos dos servidores, o malsinado dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria a que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos (arts. 57, II e 65)" (RTJ 57/385)."

Bem recentemente voltou o Excelso Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a matéria ora em exame, no julgamento da Representação nº 982-3, de São Paulo, onde declarara a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº B daquele Estado e cujo acórdão ostenta esta ementa:

"Representação por inconstitucionalidade e julgada procedente.

Embora possa ser afastada a inconstitucionalidade fundada no art. 97, § 1º, da Constituição da República, no que concerne ao provimento resultante da transformação do cargo, relativamente aos funcionários efetivos nos cargos originários, subsiste ela, contudo, quanto aos servidores de fato contemplados, no art. 2º, com a garantia de efetividade. Subsistem, por igual, as demais inconstitucionalidades acolhidas no Parecer do Dr. Procurador-Geral da República, através das quais a Emenda nº 8, ferindo o princípio da independência e harmonia dos Poderes Estaduais (artigo 110, IV, c.c. o artigo 13, I, da Constituição Federal), arrebatou do Governador atribuições que lhe são privativas (artigo 57, V, da Constituição Federal), em manifesta ofensa ao art. 200, também, da Lei Maior."

Do voto do ilustre Relator, Ministro SOARES MUÑOZ, são estas palavras esclarecedoras:

"Por esses dispositivos (da Emenda Paulista nº 8) a Assembléia Legislativa transformou cargos de provimento em comissão em cargos efetivos; elevou o cargo do funcionário, que exerce substituição, à categoria do substituído e instituiu a efetividade nele; efetivou servidores em exercício de fato em cargos diversos daquele de que são titulares, bem como aos que, mediante percepção de "pro labore", desempenhem atribuições de chefia, etc.; efetivou o servidor que, à data da promulgação da Emenda, esteja, a qualquer título, há mais de cinco anos no exercício de cargo ou função pública, independentemente de qualquer título e formalidade.

Alega o nobre Deputado Presidente que a Assembléia Legislativa se utilizou de sua faculdade residual de Poder Constituinte, que deve ser exercida em sua plenitude, sem restrições ou sujeições do Poder Executivo, a quem a Assembléia Legislativa, no ofício de constituinte, precede e é preeminente, na ordem lógica e institucional do Estado.

Cuido, porém, que com a melhor orientação está o Parecer do Dr. Procurador-Geral da República, assinalando:

"Mesmo como constituinte — usando de seus poderes derivados — não podia a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo votar e promulgar Emenda à Constituição Estadual que violasse normas constitucionais federais explícita ou implicitamente estabelecidas. E a Emenda Constitucional nº 8, que a Representação impugna, violou justamente as normas explícitas. Com efeito, violados foram os seguintes dispositivos da Constituição Federal; art. 13, inciso I, c.c. o art. 10, inciso VII, letra "c", quando, provendo artificiosamente cargos públicos usurpou a competência da chefia do Poder Executivo; art. 13, inciso III, c.c. o artigo 57, incisos II e V, quando mais uma vez subtraiu a competência do Chefe do Poder Executivo para a iniciativa das leis que criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública e disponham sobre servidores públicos, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos e estabilidade de funcionários civis, normas constitucionais estas a que os Estados-membros devem se submeter não só por força de imperativo do art. 13 da Lei Maior como também pelo princípio de simetria instituído pelo seu art. 200, uma vez que os dispositivos constitucionais federais concernentes ao processo legislativo e ao regime jurídico dos funcionários civis estão incorporados — porque cabíveis — ao direito constitucional legislativo dos Estados. Foi ainda afrontado o art. 97, § 1º, que determina que a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, quando determina, mediante o artifício de "transformação de cargos", o aproveitamento de "funcionário que estiver no exercício de fato de funções diversas das do seu cargo efetivo, bem como àqueles que, mediante percepção de "pro labores", desempenharem atribuições próprias de encarregatura, chefia ou direção." (f. 119 e 120).

Embora possa ser afastada a inconstitucionalidade fundada no art. 97, § 1º, da Constituição da República, no que concerne ao provimento resultante da transformação de cargos, em relação aos funcionários titulares de outros cargos, visto que a proibição alcança apenas a primeira investidura, subsiste ela, contudo, quanto aos servidores de fato, contemplados no art. 2º com a efetividade.

Subsistem, por igual, as demais inconstitucionalidades, através das quais a Emenda nº 8, ferindo o princípio da independência e harmonia dos Poderes estaduais (art. 10, item IV, combinado com o art. 13, item I), arrebatou do Governador atribuições que lhe são privativas (art. 57, V), com manifesta ofensa ao art. 200 da Lei Maior.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou nesse sentido, ao acolher, unanimemente, a representação nº 855/MT, versando sobre o inciso XII do art. 121 da Constituição daquela Unidade da Federação, conforme o voto do eminente e saudoso Ministro BARROS MONTEIRO, Relator..."

Este acórdão, emanado do Tribunal Pleno, foi unânime, datando de 1º de agosto de 1979 e constituindo-se num dos mais recentes pronunciamentos do Excelso Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Não se pode, pois, dizer que esse exemplo não merece acolhida. Como se observa do julgado, o argumento fundamental da arguição da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 8, objeto dessa decisão, centrava-se na reserva constitucional da iniciativa exclusiva do Poder Executivo, argumento esse, ao que parece, afastado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Representação nº 983-1, referente à Emenda Constitucional nº 7 do mesmo Estado de São Paulo, que entendeu aplicável aos Estados-membros a reserva constitucional à iniciativa do Poder Executivo, tão-só a respeito da legislação ordinária.

É de ver, porém, que a decisão invocada, decorrente do pronunciamento do Ministro PEDRO SOARES MUÑOZ não está limitada, apenas, ao exame da inconstitucionalidade formal, decorrente da exclusão no processo legislativo, da iniciativa assegurada ao Executivo. Com efeito, como ficou muito bem demonstrado nesse julgado, além da inconstitucionalidade formal, da promulgação da Emenda, resultaram vulnerados preceitos e princípios outros, estabelecidos na Constituição Federal, de observância obrigatória para os Estados. Dentre tais princípios, todos de natureza material ou substancial, situam-se o da independência e harmonia dos Poderes estaduais, o da reserva de matéria ao âmbito da legislação ordinária, além do da reserva da iniciativa exclusiva ao Poder Executivo.

Ademais, no caso ora em exame, também foram vulnerados dois outros princípios igualmente de natureza material, que informam a ordem constitucional brasileira: o que sistematiza e racionaliza a despesa pública e o que sistematiza e racionaliza o regime jurídico dos servidores públicos, sistematização essa deferida pela Constituição da República ao Poder que tem a obrigação de realizar os serviços públicos, e, conseqüentemente, de editar as normas relativas aos servidores e ao seu regime.

Aliás, o problema do regime jurídico do servidor eleito pela Carta Política Federal está em manifesta consonância com o ligado à despesa pública, especialmente em nossos dias, quando se atribui ao Estado o dever de realizar serviços públicos cada vez em maior número.

Dessa sorte, fácil é compreender que o motivo pelo qual se opôs restrição à iniciativa dos membros do Legislativo no tocante à propositura de leis que envolvem o regime jurídico dos servidores e o aumento de despesas, tais como a que ora se comenta, resulta da intangibilidade dos dois princípios acima enunciados. Realmente, a se admitir que os Deputados legissem através de mero artifício (qual seja denominar "Emenda Constitucional" matéria verdadeiramente ordinária), sobre temas em relação aos quais tanto a Constituição Federal quanto a Constituição do Estado lhes vedam a iniciativa no plano da legislação ordinária, estariam fundamentalmente atingidos os princípios concernentes à racionalização da despesa pública e à sistematização do regime jurídico do servidor público.

Attingidos tais princípios, retornar-se-ia à situação caótica, existente no período anterior às normas constitucionais em vigor e para a solução da qual foram fixadas as diretrizes fundamentais em comentário.

Seria, realmente, surpreendente que, vedada à iniciativa do Legislativo a edição de normas que determinassem simples aumento de vencimento de servidores, se fosse permitir que, através de simples artifício se reconhecesse ao mesmo Legislativo o poder de editar normas, sem qualquer participação do Executivo, capazes de causar um desgaste no erário, provavelmente insuportável, como esta de que agora se cuida e por meio da qual se liberaliza ao funcionalismo do Estado do Rio Grande do Sul a faculdade de substituir o gozo de seis meses de licença-prêmio pelo correspondente numerário.

No caso deste Estado, considerado que mais de setenta por cento do pessoal estatutário conta com mais de dez anos de serviço público, com um número indeterminado de funcionários com o direito de gozar dois e, até, três períodos de licença-prêmio, é fácil compreender que, na hipótese de vingar tal norma, provável será dobrar-se de um só golpe a despesa com pessoal neste ano.

Por todas estas razões, entende esta Procuradoria-Geral do Estado que a Emenda Constitucional nº 12, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado, ressentida do vício insanável de inconstitucionalidade, quer formal, quer material, merecendo ser argüida tal inconstitucionalidade perante o Excelso Supremo Tribunal Federal.

Ney Sá
procurador do Estado

Acolho as presentes Razões da lavra do Procurador do Estado, membro do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, Doutor NEY SÁ.

Em 19-2-81.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

OFÍCIO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

Porto Alegre, 24 de fevereiro de 1981.

SENHOR PROCURADOR-GERAL:

No exercício do dever indeclinável de zelar pelo cumprimento dos preceitos contidos na Constituição Federal e, bem assim, de defender as prerrogativas e os direitos públicos subjetivos que a mesma Constituição Federal outorga ao Poder Executivo dos Estados-membros da Federação Brasileira, cumpre-me trazer ao conhecimento de Vossa Excelência a promulgação, pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, da Emenda Constitucional nº 12, de 12 de agosto de 1980, que altera a redação do artigo 99 da Constituição Rio-Grandense, em desacordo com os artigos 13, incisos I (combinado com o artigo 10, incisos IV e VII, "c"), III e V (combinado com o artigo 57, incisos II e V, e artigo 108), 65 e 200 da Constituição da República, motivo pelo qual, com fundamento na Lei Federal nº 4.337, de 1º de junho de 1964, submeto a presente arguição de inconstitucionalidade ao douto exame de Vossa Excelência, fundado nas inclusas razões da Procuradoria-Geral do Estado, que adoto como minhas, solicitando seja essa arguição de inconstitucionalidade, por via de Representação, levada ao crivo do Supremo Tribunal Federal, onde espero ver acolhido esse entendimento.

De outra parte, considerado que a aludida Emenda Constitucional encontra-se prestes a ser executada através da Mesa da Assembléia Legislativa, que vem acolhendo, sistematicamente, requerimentos de funcionários desse Poder, por forma a lhes ser deferida a vantagem contida na Emenda em questão, isto é, autorizado o pagamento em dinheiro de períodos de licença-prêmio não gozados, venho solicitar a Vossa Excelência se digne de examinar a possibilidade de pedir ao Excelso Pretório, com fundamento na letra "p", do inciso I, do artigo 119, da Constituição Federal, que determine cautelarmente a suspensão da execução da aludida Emenda Constitucional até que se proceda, no âmbito do Poder Judiciário, ao julgamento de sua constitucionalidade.

Na hipótese, a solicitação dessa providência afigura-se absolutamente indispensável porquanto os prejuízos decorrentes da aplicação dessa Emenda Constitucional, que prevê o pagamento em dinheiro dos períodos de licença-prêmio não gozados pelos funcionários do Estado, caso venha a ser julgada inconstitucional, como se espera, só poderão ser evitados se sua execução tiver sido suspensa por força da medida judicial cautelar invocada. Não é demais frisar a Vossa Excelência que os prejuízos da aplicação da norma objeto de arguição de inconstitucionalidade serão de grande monta e, talvez, até insuportáveis para

A Sua Excelência o Senhor Doutor FIRMINO FERREIRA PAZ
DD. Procurador-Geral da República
BRASÍLIA - DF

o erário do Rio Grande do Sul que luta com sérias dificuldades para manter em dia a folha de pagamento dos seus servidores. A execução da medida autorizada pela Emenda Constitucional em causa poderá, até, dobrar essa despesa prevista para o ano em curso, criando situação intolerável para o erário.

Como é do conhecimento de Vossa Excelência o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente teve oportunidade de proclamar o cabimento dessa medida na Representação nº 1.027, que teve por objeto a arguição de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10, promulgada pela Assembléia Legislativa de São Paulo em 30 de agosto de 1979, que prescreve um sistema de reajuste automático nos vencimentos do funcionalismo desse Estado.

O acórdão, do qual foi Relator o ilustrado Ministro DJACI FALCÃO, e que data de 24 de outubro de 1979, ostenta esta ementa:

"Cabe medida cautelar de suspensão provisória de Emenda Constitucional impugnada pela via de Representação, quando possa acarretar prejuízo de difícil reparação." (RDA, 138/177).

O caso ora trazido ao exame de Vossa Excelência assemelha-se à questão paulista, motivo porque entendo invocável o precedente para o efeito da obtenção da cautela postulada.

Colho a oportunidade para apresentar a Vossa Excelência os protestos de minha mais alta consideração e distinto apreço.

JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
GOVERNADOR DO ESTADO

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL

CÍRIO C. HARTMANN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pelo procurador signatário, designado pela Portaria nº 201, de 22 de novembro de 1979 (doc. incluso), vem a Vossa Excelência, IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA contra DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, prolatada pela Autoridade Coatora o Dr. Juiz de Direito Substituto na Comarca de Torres, ante o fato de não ter atribuído efeito suspensivo (Poder Discricionário do Juiz) ao recurso AGRAVO DE INSTRUMENTO, interposto contra a decisão agravada, pelos fundamentos de fato e de direito, como expõe:

I – OS FATOS

1. Em data de 7 de novembro do ano transato, encerrou-se a instrução da AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO, ajuizada pelo IMPETRANTE contra EDUARDO SENOFONTE FESTUGATO, EMPRESA TERRITORIAL SÃO DOMINGOS DE TORRES LTDA., LOTEAMENTO PARQUE DA GUARITA e outros qualificados no PROCESSO nº 2.427/342 na Comarca de Torres. Na oportunidade, designou a Autoridade Coatora a data de 28 de novembro p.p. para a publicação da Sentença. Naquela data, em audiência, efetuou-se a leitura da DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, transcrita em 35 páginas, correspondentes as fls. 5.131/5165 dos respectivos autos, surpreendendo a todas as partes da lide.
2. Em 9 de dezembro p.p. o IMPETRANTE recorreu da DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, mediante AGRAVO DE INSTRUMENTO (cópia xerográfica inclusa). Por sua vez, também, irrisignados interpuseram AGRAVO RETIDO, alguns Expropriados (Cópia xerográfica anexa) ante a surpreendente Decisão Judicial.
3. É sabido que o AGRAVO DE INSTRUMENTO, em regra não possui o efeito suspensivo, cabendo ao Magistrado, no exercício do poder discricionário, conferi-lo ou não, conforme as hipóteses exemplificadas no artigo 558 do C.P.C. e 798 daquele diploma processual. Ao apreciar o Magistrado a PREFACIAL DO AGRAVO, no sentido de dar efeito suspensivo, denegou-o, não acolhendo-a.
4. Em data de 12 de dezembro de 1980 o Dr. Juiz de Direito Substituto deferiu a formação do recurso de agravo de instrumento interposto pelo Estado. (Sic)

Vistos, etc.:

"DEFIRO A FORMAÇÃO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO ESTADO

Entendo que a decisão agravada não poderá causar qualquer dano irreparável ao agravante, nem sequer dano de difícil reparação. Não encontro razão alguma para atribuir-se o efeito suspensivo requerido pelo agravante.

Ademais, o presente caso não guarda qualquer semelhança de interpretação extensiva, do citado artigo, sua aplicação não se justifica neste caso concreto.

Por essas razões, indefiro o efeito suspensivo requerido, nas razões do recurso, pelo agravante. (Grifei)

Ouçam-se os agravados, no prazo previsto pelo artigo 524, do Código de Processo Civil e, após, em igual prazo, o Ministério Público.

Intimem-se.

Torres, 12 de dezembro de 1980. (As.) Alberto Juan González Villamarin, Juiz de Direito, substituto."

5. Objetiva o presente MANDADO DE SEGURANÇA garantir a suspensividade do recurso que o AGRAVO DE INSTRUMENTO em regra não tem, cujo efeito a Autoridade Coatora não acolheu. Está aqui configurada a lesão ao direito líquido e certo, impondo-se, para suprir a deficiência da falta de suspensividade do recurso, a utilização do remédio heróico, A SEGURANÇA.

II – FATOS ANTECEDENTES À DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROLATADA PELA AUTORIDADE COATORA

6. O IMPETRANTE obteve em 16 de dezembro de 1972 mediante o depósito prévio de Cr\$ 716.906,50 (setecentos e dezesseis mil, novecentos e seis cruzeiros e cinquenta centavos), a imissão provisória na posse das áreas descritas e caracterizadas pelo Decreto nº 21.540, de 28 de dezembro de 1971 (publicado no Diário Oficial do Estado em 29 de novembro de 1971, Doc. nº), declarada de utilidade pública para fins de desapropriação e situadas na periferia da zona urbana, ao Sul de Torres.

7. No despacho inicial o MM. Juiz de Direito entendeu estarem formalizadas as exigências do artigo 13, bem como do artigo 15, § 1º, letra "c", todos do Decreto-Lei nº 3.365/41 e, mediante o depósito prévio de Cr\$ 716.906,50 (setecentos e dezesseis mil, novecentos e seis cruzeiros e cinquenta centavos) (Doc. nº) deferiu em favor do IMPETRANTE, em 16 de dezembro de 1972, a imissão provisória na posse dos bens, objeto da ação. A fls. 216/217 e a fls. 1.326 noticiam os autos a efetivação da medida levada a efeito, com o cumprimento do mandado pelo Oficial de Justiça. (Docs. nºs).

8. No despacho de fls. 2.616 (Vol. 17), concluiu o MM. Juiz em dar "por regular o processo", designando o dia 18 de agosto de 1978 para a realização da audiência de instrução e julgamento (Doc. nº).

9. Em 23 de novembro de 1978, após examinar os autos, proferiu o MM. Juiz despacho em que analisa as vicissitudes do processo e decreta a nulidade da nomeação do perito judicial ORLANDO BECHER TORRES e, conseqüentemente, os atos por ele praticados, laudo e também a audiência de instrução em julgamento, subsistindo os que não foram atingidos pela nulidade.

10. Compromissado novo perito judicial e o Assistente Técnico do Expropriante, vieram os laudos ao processo e, em 7 de novembro de 1980, realizou-se nova audiência de instrução e julgamento (Doc. nº).

11. Nessa oportunidade (fls. 5.122 e seguintes do Vol. 27, Doc. nº), não tendo as partes manifestação do interesse na produção de outras provas, inquiridos os "Expertos", declarada encerrada a instrução, oferecidos os debates orais, pelo Magistrado foi dito que "Ihe fossem conclusos os autos, com a máxima brevidade, designado o dia 28 de novembro de 1980, às 15 horas, para o prosseguimento da audiência de instrução e julgamento, eis que os debates foram encerrados".

12. Para surpresa do Expoente e dos Expropriados, ao invés da SENTENÇA DE MÉRITO, surge a publicação da DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, objeto do AGRAVO DE INSTRUMENTO, e da presente SEGURANÇA, para suprir o efeito suspensivo, não deferido pela AUTORIDADE COATORA, e garantir a liminar de imissão de posse concedida, bem como a cassação do "decisum", na parte em que determina a complementação do depósito, a título de prévio, o correspondente ao "quantum" final da indenização, fixado no laudo pericial que instruiu a fase cognitiva.

III – PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA:

"1) Declaro nulo o despacho de fls. 2 na parte referente à aceitação da quantia de Cr\$ 716.906,50 como valor do depósito prévio a que diz respeito o artigo 15, do Decreto-Lei nº 3.365/41 o qual deve corresponder à "prévia e justa indenização" devida aos expropriados.

3) Concedo igualmente ao Expropriante o prazo de 40 dias para complementar o depósito prévio efetuado, devendo, em conseqüência, recolher a quantia de Cr\$ 819.899.844,50 para que assim seja totalizado o valor de Cr\$ 820.616.751,00 que foi atribuído pelo assistente técnico do próprio Estado aos imóveis objeto da causa. ((grifei)

Fica o expropriante ciente de que se não cumprir as determinações acima enumeradas nos prazos fixados, será decretada a extinção do processo, tornando-se sem efeito o despacho que lhe concedeu a imissão provisória na posse dos imóveis expropriados e, por esse motivo, caber-lhe-á restituir aos expropriados a posse que lhe fora liminarmente concedida, sob pena de ser havido como esbulhador, apesar de não ser possível a expedição de mandado de reintegração de posse em favor dos expropriados." (grifei)

Vê-se, não apenas a ameaça, mas a configuração de lesão ao direito líquido e certo do impetrante da SEGURANÇA.

IV – DO DIREITO E DA DECISÃO DE NULIDADE:

"Declaro nulo o despacho de fls. 2 na parte referente à aceitação da quantia de Cr\$ 716.906,50 como valor do depósito prévio a que diz respeito o artigo 15, do Decreto-Lei nº 3.365/41 o qual deve corresponder a "prévia e justa indenização" devida aos expropriados."

a) Não pode a nulidade prosperar eis que é injurídica e lesiva, não vem em benefício dos Expropriados e gera irreparável dano ao IMPETRANTE.

A decisão de imissão de posse deferida na inicial, (liminarmente) não mereceu, de parte dos Expropriados, recurso ou segurança (vigente o C.P.C. de 1939), conforme certifica o Sr. Oficial Judicial, (Doc. nº). Trata-se "ex vi" do artigo 473 do C.P.C. de questão já decidida, a cujo respeito se operou a preclusão. Proferido o despacho saneador (artigo 331 C.P.C.), encerrada a instrução, inexoravelmente exauriu-se a fase cognitiva (ata de fls. 5.122 e seguintes). Assim a matéria relativa à concessão da posse provisória é insuscetível de novo exame, fez coisa julgada.

b) No processo de desapropriação – Lei Especial – material e processual –, perfilhando ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, (in, *Direito Administrativo Brasileiro* – 3ª edição, pág. 549), o "Poder Judiciário limitar-se-á ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório, e, se conforme a lei, dará prosseguimento à ação para admitir o depósito provisório dentro dos limites legais, conceder a imissão na posse quando for o caso, e, a final, fixar, a justa indenização e adjudicar o bem ao expropriante".

c) Vê-se que realmente a Decisão Interlocutória modificou a sentença de imissão de posse e o saneador de fls. 2.616v, que ganharam força de preclusão, por não ter havido recurso contra eles. O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI assim se pronunciou em matéria análoga:

"Entendo que há preclusão, quanto à imissão de posse. Agora, quanto ao valor do débito, a sentença é que vai decidir a final."

Ora, tenho sempre entendido, de acordo, aliás, com a opinião de Castro Nunes, que o mandado de segurança cabe para a proteção da coisa julgada ou do que ficou decidido com força de preclusão. Conheço do recurso e do u-lhe provimento." (Relator do Recurso Extraordinário, nº 72.107 – PB, in *Revista T.J.* vol. 60, pág. 264).

d) PONTES DE MIRANDA ao comentar o "MANDADO DE IMISSÃO DE POSSE NA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO (Sic):

*"Feita a prestação do quanto indenizatório, diretamente, ou por meio de depósito – o juiz expede o mandado de imissão de posse, e a sentença é título hábil para a transcrição no registro de imóveis ou outro registro. O juiz, nessa decisão posterior, necessariamente, à juntada da prova da prestação, julga que se juntou tal prova e que a prova merece fé: daí ordenar que se expeça o mandado de imissão. Tal sentença é a sentença de desapropriação, inconfundível com a sentença fixadora do quanto, que se profere na audiência e com a decisão homologatória do acordo sobre a indenização. A sentença final é constitutiva-mandamental: constitutiva, porque é ela que decreta a perda da propriedade e serve de título ao registro de imóveis; mandamental, porque manda expedir o mandado de imissão de posse. O elemento declarativo é interior, funciona como questão prévia de declaração de estarem satisfeitos os pressupostos da desapropriação... O mandado de imissão só se refere à posse. O domínio ou outro direito real sobre o imóvel só se perde com a transcrição dessa sentença, ou do acordo expropriatório." (in *Tratado da Ações*, Tomo VI, Ações Constitutivas, pág. 482).*

Como se percebe, não há como admitir-se e validar-se a parte dispositiva da Decisão Interlocutória, prolatada pela Autoridade Coatora, senão, para reconhecer que vulnerou disposição expressa da Lei Processual Substancial e regra Constitucional (Emenda Constitucional nº 1/69, art. 153, § 3º).

e) De resto considerando os princípios e normas consagradas pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a reforma administrativa, toda atividade da administração deverá ajustar-se a uma determinada programação governamental e ao orçamento programa (Art. 18). Ademais, embora seja forçoso reconhecer que o direito de propriedade deve ser exercido em função dos interesses sociais, nota-se que, no caso, não está em jogo o seu exercício, mas o exercício do direito de desapropriar. A Administração decretou, após adequado planejamento, imprimiu a conveniente urgência, depositou o valor provisório relativo às glebas desapropriandas, e imitiu-se, legalmente, na posse. Agora, decorridos oito anos, julga-se nulo o depósito, outorga-se quarenta dias para complementar o prévio depósito, sob pena de extinção da ação, e o que é mais grave, entende a Autoridade Coatora que disso não advirá qualquer dano irreparável, nem sequer dano de difícil reparação a Impetrante. O que representará a ameaça e a perda da posse, após ter sido nela imitado? Não caberá à Impetrante indenizar o dano inerente ao desapossamento dos bens ou será que o Coator os indenizará... Veja-se acórdão recente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que, mesmo na hipótese de desistência, decidiu:

"Desapropriação. Imissão provisória na posse. Desistência, anos depois, da ação desapropriatória. Subsistência da obrigação de indenizar, não valendo alegação de que não ficou provado dano emergente ou lucros cessantes, pois o dano é inerente ao desapossamento do bem. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE. nº 84.252-7 S.P., Rel. Min. LEITÃO DE AUREU, DJ de 9.3.79, pág. 1584).

f) Atualizar ou complementar o depósito prévio, identificá-lo com o valor definitivo, estabelecido pelo artigo 26 do Decreto Lei nº 3.365/41, redundaria no ajuizamento de nova ação desapropriatória e infringe as normas contidas no artigo 15 do Decreto Lei referido, bem como o ato jurídico perfeito, pondo, em consequência, em risco a segurança das obras do Poder expropriante na área desapropriada.

Devido ao princípio da identidade física do Juiz não pode esse decidir nos autos matéria examinada e preclusa, sob a alegação de que o Juiz que o antecedeu no feito, foi induzido em erro. O Magistrado é o mesmo, embora diversas as pessoas físicas. Ademais, é atentatório ao princípio da unicidade processual, porquanto o Juiz não tem o poder discricionário de recusar o ato do seu antecessor, sem que a parte o tenha suscitado. Veja-se in comentários ao C.P.C. de ALEXANDRE DE PAULA, quando comenta o artigo 125 do atual diploma processual. Verbete nº 5 *"Na faculdade de direção do processo concedida ao Juiz, não se inclui a substituição, pelo magistrado, dos próprios litigantes. Não pode ele praticar atos pertinentes à defesa de um deles, sem negar a sua própria condição de juiz. Sem embargo de lhe caber a direção do processo, é indispensável que se conserve acima e equidistante das partes, de tal maneira que lhe possa sobrar isenção de ânimo suficiente para proferir sentença justa e imparcial."* (TASP, RT 229/455).

g) A decretação de nulidade não encontra amparo nos dispositivos dos artigos 244 e 249 do C.P.C., in verbis:

"Art. 244 — Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."

E, por sua vez o Art. 249, § 2º, estabelece, sic:

"O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados."

"§ 1º —

§ 2º — Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta."

h) A quantia do depósito prévio de Cr\$ 716.906,50 não configurou preço vil ou irrisório, porquanto atendendo o disposto no artigo 15 do Decreto Lei nº 3.365/41, e re-

sultou de Parecer Técnico prolatado por uma Comissão integrada por quatro engenheiros e um economista, os quais coletaram elementos junto à PREFEITURA MUNICIPAL DE TORRES, SEMAPA, INCRA e diversos proprietários, atendendo aos valores CADASTRAIS concomitantes à época do Decreto de Desapropriação (Peças transladadas fls. 41/43 de n.ºs).

Destina-se ela à imissão provisória na posse e a indenização definitiva (do justo preço), à adjudicação do domínio em favor do expropriante. Em consequência da decisão agravada, revisto o depósito prévio efetivado com o acolhimento da inicial, caracterizar-se-á um *"bis in idem"* e imporá na reabertura da lide. Ademais, o valor fixado pelo MM. Juiz, com a devida *"venia concessa"* é o valor final de indenização, estipulado em dois laudos exaustivos e detalhados, onde os direitos dos expropriados estão singularmente definidos, e cujos laudos foram elaborados após a saneação do processo. A decisão, ora objeto de segurança, fixou para a imissão na posse provisória valor relativo à obtenção da propriedade.

i) No que tange ainda à ineficácia da imissão provisória na posse do imóvel em desapropriação, nenhuma das hipóteses previstas no artigo 808 do CPC fortalece o despacho agravado, razão por que não deve subsistir, como imperativo de salutar Justiça, a inusitada decisão coercitiva, obrigando o Expropriante ao depósito complementar e prévio de Cr\$ 819.899.844,50, no prazo de 40 (quarenta) dias. É notoriamente sabido, ex vi do artigo 730 do CPC que ao Juiz caberá requisitar o pagamento por intermédio do Tribunal competente, e que esse será feito na ordem de apresentação do precatório e da conta do respectivo crédito em execução de sentença transitada em julgado.

V — DA AMEAÇA E DO DANO IRREPARÁVEL

O Art. 669, § 15 do Regulamento 737 conceitua:

"Constitui dano irreparável o dano que não pode ser emendado pelo próprio Juiz que o causou."

TOMÁS PARÁ FILHO — *"A Recorribilidade das Decisões interlocutórias no Novo Código de Processo Civil"* proclama in verbis:

"O AGRAVO POR DANO IRREPARÁVEL, sendo relevantes os seus fundamentos e quando do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida, deverá comportar, por sua impetração, a suspensão do ato. O processo, entretanto, poderá prosseguir em sua marcha, desde que isto seja compatível com a sua estrutura e os seus fins, ou o seu estado." (In Revista de Processo, vol. 5, pág. 42, ano 1977).

Da mesma sorte: O Acórdão Unânime da 6ª Câmara do 2º Tribunal de Apelação Civil de São Paulo, de 1º de Julho de 1975, no Mandado de Segurança nº 28.290, Rel. Juiz Vieira de Moraes:

"A análise do dispositivo permite a conclusão de que o legislador do Código vigente deixou ao relator do recurso — concomitantemente com o juiz da causa — a verificação da necessidade, ou não, de determinar a suspensão da eficácia da decisão, até o pronunciamento da Câmara Julgadora. Deixou a resolução à apreciação de cada caso concreto. De igual forma, pelos mesmos motivos, poderá a parte que se sentir prejudicada por uma decisão judicial, cujo efeito imediato possa acarretar uma consequência análoga àquelas mencionadas no citado artigo 558 do C.P.C., dela recorrer e pleitear, junto ao Tribunal competente, a concessão de segurança até que seja apreciado o recurso pelo órgão competente. Assim agindo, evitará o irremediável efeito da preclusão, impossibilitando a reapreciação de matéria já decidida."

Por sua vez, GALENO DE LACERDA:

"Nem com generalizar o AGRADO DE INSTRUMENTO, o Código elimina a utilização do MANDADO DE SEGURANÇA, para suprir a deficiência da falta de suspensividade do recurso. As necessidades da vida e da luta Judiciária trarão essa consequência, e, acho isso notável, admirável. É oportuno assinalar que a natureza do processo é instrumental. Se ele puder fornecer às partes a instrumentalidade necessária para a tutela dos respectivos interesses e direitos, tanto melhor. Por isto entendendo válida, acima de quaisquer considerações acadêmicas e formais, a utilização do remédio heróico em tais hipóteses." (Cf. Galeno de LACERDA, Conferência sobre Processo Cautelar publicada na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano VII, nº 31, págs. 123/143 — referido nos Comentários ao Código de Processo Civil, artigo 558 por SÉRGIO BERMUDEZ).

Ademais, veja-se a jurisprudência firmada nesse sentido:

"O Supremo Tribunal Federal tem abrandado a rigidez do entendimento jurisprudencial inscrito no verbete 267 da SÚMULA para permitir o conhecimento de ação de segurança impugnadora de decisão jurisdicional que, impugnável por meio de recurso devolutivo, seja causante de um dano irreparável ao impetrante da medida." (RE. nº 68.793-PE, in R.T.J. Vol. 85, pág. 121).

E, no Recurso Extraordinário nº 84.181 — BA, Relator o Sr. Ministro ANTÔNIO NEDER (Sic) segue a EMENTA:

"1. — Ação de Segurança formulada para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado. Não pode transformar-se a ação de segurança num sucedâneo do recurso adequado previsto em lei, porquanto uma tal liberalização subverte a ordem jurídico-processual e produz resultados prejudiciais à Justiça; mas também não deve negar-se a permissibilidade da segurança para se corrigir o ato jurisdicional que, produtivo de um prejuízo manifesto e irreparável, seja corrigível tão-só pelo recurso devolutivo, isto é, por meio de impugnação que, por ser demorada, não impede se concretize aquele dano real."

2. — Interpretação do artigo 5º, II, da Lei nº 1.533/1951. (In RTJ. vol. 81/879).

No mesmo diapasão é o Sr. Ministro ANTÔNIO NEDER, em outro julgado: (Sic)

"Em suma, condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim, a não suspensividade do recurso acaso cabível, ou a falta de antecipação de eficácia da medida de correição a que também alude a lei, uma ou outra somadas ao dano ameaçado por ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado e, com menor exigência relativamente a tal ilegalidade, àquele efetiva e objetivamente irreparável." (In RTJ. vol. 70/518).

VI — DO CABIMENTO DA SEGURANÇA E DO PEDIDO

Alastra-se a medida urgente no artigo 1º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 e no artigo 5º, inciso II do mesmo diploma:

A) — Decorre da norma constitucional — Art. 153, § 21 da EC nº 1/69 e da lei que o mandado de segurança servirá à proteção de "direito líquido e certo".

O Constitucionalista, saudoso PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, V/338) aclara os conceitos de certeza e liquidez a revestir-se o direito do Impetrante da Segurança.

"Direito certo e líquido é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com exame de provas em dilações, que é, de si mesmo concludente e inconcusso."

E na obra citada, pág. 339:

"Por mais grave que seja a dúvida sobre a questão jurídica, não torna não-certo e não incontestável o direito das partes. A lei, a regra jurídica incidiu quando devia incidir: trata-se, agora, de dizer o que é que incidiu, qual foi a regra. Se o juiz não está a par do direito, isso nada tem a ver com as relações jurídicas. Para que possa deixar de conhecer do pedido ou julgá-lo improcedente, indeferindo-o com fundamento em não ser certo e incontestável, é de mister que mostre ser incerto e contestável, objetivamente: nunca seria suficiente dizer que há dúvida sobre o entendimento da lei, ou sobre qual a lei que tenha regido a relação jurídica, ainda que haja discordância na jurisprudência."

8) — Outra condição do **mandamus** é a existência de **lesividade** ao seu direito, lesividade esta que será corrigida por via do presente remédio heróico, com a **segurança liminar** atribuindo efeito **suspensivo** ao **Agravo de Instrumento**, apresentado tempestivamente contra a Decisão Interlocutória, prolatada pela Autoridade Coatora.

C) — A última condição para a impetração da segurança é o interesse e a necessidade de agir. Caracteriza-se pelo exaurimento da via recursal, o uso do Agravo de Instrumento, tentando nele o reconhecimento do efeito suspensivo, denegado pelo Coator, como se viu.

VII — Ante o Exposto:

a) É o presente mandado de segurança contra decisão judicial cujo recurso não é suficiente para evitar a consumação da violação a direito líquido e certo do impetrante, motivo pelo qual é indispensável;

b) Requer a concessão da LIMINAR, em razão de não dever-se negar a permissibilidade do "writ" para corrigir o ato jurisdicional que, produtivo de um prejuízo manifesto e irreparável, seja corrigível tão-só pelo recurso devolutivo, isto é, por meio de impugnação que, por ser demorada, não impede se concretize aquele dano real. Amparado no artigo 7º, II, da Lei nº 1.533/51, seja atribuído executoriedade imediata à sentença liminar proferida em favor do Impetrante, o Estado do Rio Grande do Sul, eis que o prazo de quarenta dias exaure-se nesta data;

c) Seja ouvida a autoridade coatora, na forma do artigo 7º, I, da citada Lei;

d) Ouvido o Ministério Público, consoante determinação legal, requer a Vossa Excelência o julgamento da Segurança, em apenso ao mérito do Agravo de Instrumento, em tramitação, no Juízo "a quo", conforme o pedido no item 12.

Valor da causa: Espera Deferimento.
Cr\$ 716.906,50

PORTO ALEGRE, 9 de janeiro de 1981.

Despacho Concessivo da Liminar

- 1 — Concedo, liminarmente, efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul.
- 2 — Comunique-se, por fonograma, ao Dr. Juiz de Direito da Comarca de Torres, a concessão da liminar, devendo ser instruídas as partes.
- 3 — Oficie-se à digna autoridade coatora, solicitando que preste, no prazo legal, as informações que entender necessárias. Em 14.1.81. Des. Jorge Ribas Santos.

Em sessão de 27 de maio de 1981, a 2ª Câmara Civil deferiu a ordem de segurança em decisão unânime.

ACORDO INTERNACIONAL E ISENÇÃO DE ICM

CONTESTAÇÃO

REJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Vara da Fazenda.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da ação ordinária (Proc. nº 01186161307) que lhe move FERTISUL S.A., vem, pelo presente, apresentar contestação, pelos motivos a seguir expostos:

1. Alega a demandante ter importado do México (país signatário do Acordo de Montevideu), em julho de 1978 — ácido ortofosfórico. Assinala que, em nosso país, as saídas destas mercadorias estão isentas de ICM (Decreto Estadual Regulamentador nº 22.943/73 e 25.698/77, art. 5º, XIII). Por este motivo, mereceria a entrada, no estabelecimento importador, o mesmo tratamento fiscal que lhe nega a Fazenda Estadual, com violação, segundo entende, da cláusula 21 do mencionado Acordo Internacional.

2. A Emenda Constitucional nº 1/69, no art. 23, § 6º, alterou o princípio de que o poder que tributa tem competência para isentar unilateralmente de seus próprios impostos.

"Art. 23, § 6º — As isenções do imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios e ratificados pelos Estados segundo o disposto em Lei Complementar."

Trata-se de típica regra de negativa de competência, face a qual, atualmente, os Estados-membros podem instituir ICM, mas não podem isentar livremente.

A concessão de isenções está, portanto, indissolavelmente ligada à intermediação dos convênios.

"Por isto mesmo, sustenta-se corretamente que o art. 23, § 6º da Emenda Constitucional nº 1/69, constitui tipicamente uma limitação constitucional ao poder de isentar dos Estados-membros." (Professor SOUTO MAIOR BORGES, Lei Complementar Tributária, ed. RT e EDUC, 1975, pág. 168).

Cabe à lei complementar regular limitações constitucionais, e a Lei Complementar 24/75 foi editada com este sentido, precisamente para fixar diretrizes e normas gerais regulamentadoras do texto, constitucional sobre a matéria.

Os Convênios interestaduais sobre isenção do ICM (desde logo afastada a idéia de sua subordinação à disciplina do art. 100, inciso IV, do CTN) decorrem da Constituição Federal, têm nela sua fonte primária, consoante afirma o tributarista citado:

"A sua eficácia não decorre de norma geral de Direito Tributário, mas de norma constitucional explícita.

.....

Conclui-se que os convênios celebrados com fundamento no art. 23, § 6º da Emenda Constitucional nº 1/69 não estão subordinados à legislação tributária estadual, em decorrência dos motivos antecedentemente expostos." (SOUTO MAIOR, obra citada, pág. 171).

Ao definir a norma do art. 23, § 6º da CF, como norma de eficácia limitada, observa SOUTO MAIOR que o dispositivo é imperativo e não facultativo, *"vinculante, não somente para a legislação ordinária superveniente, como também para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário"*.

Nestes termos, não se pode, portanto, falar na concessão de isenções pelos Estados-membros no tocante ao ICM, sem que haja obediência ao itinerário traçado na norma constitucional: convênios celebrados interestadualmente, e também com o Distrito Federal, segundo regulamentação fixada na Legislação Complementar. As Leis e Decretos posteriores a 30 de outubro de 1969 *"termo inicial da vigência da Emenda Constitucional 1/69, que dispuser sobre isenções de ICM é lei ou decreto inconstitucional (...). A incompetência é ratione materiae"*. (pág. 172, obra citada).

Mas a Constituição Federal outorga, ainda, à União, competência excepcional para isentar impostos municipais e estaduais.

A edição de normas complementares pela União está assente no art. 19, § 2º da Constituição Federal:

"A União, mediante lei complementar e atendendo ao relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenção de impostos estaduais e municipais."

Além da excepcionalidade da faculdade ali concedida, dentro da sistemática constitucional de repartição de competências legislativas, a incidência da regra permissiva de lei complementar isentante da União tem pressuposto essencial: a exigência do relevante interesse social ou econômico nacional.

Assim e somente através destes dois critérios se afastam as competências legislativas dos Estados e Municípios.

Temos, pois, duas outorgas constitucionais de competência em matéria de isenção: a que decorre do art. 23, § 6º e a do art. 19, § 2º do texto constitucional.

As normas citadas, a partir do momento em que instaladas no nosso ordenamento jurídico, provocam, seguramente, uma inovação: as regras de isenção, que afastam a incidência das normas de tributação, e que são, portanto, de caráter excepcional, devem se conformar à nova moldura constitucional.

Como compatibilizar, no caso, "Tratados e Convenções Internacionais", constantes de atos normativos cujo conteúdo não mais corresponde à Constituição Federal ou com ela se contrapõe?

I – TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

a) O acordo firmado em Montevideu e instituidor da ALALC (Associação Latino Americana de Livre Comércio) do qual o Brasil é signatário, passou a vigorar em 24 de maio de 1961, data de sua promulgação através do Decreto-Lei nº 50.656/61.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu importante problema concernente aos Tratados, em razão de conflitos surgidos da necessidade da aplicação de lei nacional posteriormente aditada. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 80.004, de Sergipe, onde se discutiu, em Tribunal Pleno, questão relativa à vigência do Decreto-Lei nº 427/64 em confronto com as normas das Convenções de Genebra de que resultaram a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

b) Os votos dos Ministros CUNHA PEIXOTO, RODRIGUES ALCKMIN, CORDEIRO GUERRA e LEITÃO DE ABREU, dentre outros, contêm análise abrangente sobre a natureza, efeitos, extensão e aplicabilidade dos Tratados e Convenções Internacionais no Direito Brasileiro. Por maioria expressiva, os Ministros do Supremo (cujos votos se encontram em anexo) decidiram que o Decreto-Lei nº 427/64 continua em pleno vigor, porque as regras que integram as convenções internacionais, após promulgadas e aprovadas, são introduzidas no ordenamento jurídico interno sem que prevaleçam sobre as deste último. Destarte, elas se submetem a todas as vicissitudes inerentes a qualquer norma jurídica, inclusive no tocante à revogação: vige o princípio de que a lei posterior revoga a anterior. Neste sentido, conheceram do recurso e lhe deram provimento.

Vale a pena mencionar a longa discussão travada em votos eruditos, cujas passagens mais significativas, no que interessa, serão aqui reproduzidas. Apenas, por uma questão de ordem, os discursos dos Senhores Ministros serão deduzidos em seus aspectos e a partir dos temas a seguir expostos.

II – OS TRATADOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Estatui o art. 44, I, da Constituição Federal:

"É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I — resolver definitivamente sobre tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República."

Neste dispositivo estão insertas as formalidades que, no caso, devem ser cumpridas; cabe ao Presidente da República celebrar Tratados e Convenções, submetendo-os, após, à aprovação do Congresso Nacional. Sua promulgação é atribuição do Presidente do Senado Federal.

Não se retira do texto do art. 44, I citado, idéia de preeminência, ou primado dos Tratados e Convenções Internacionais sobre o direito positivo interno.

Pode-se afirmar — apenas — não haver dúvidas sobre sua incorporação efetiva ao Direito Positivo Brasileiro, o que vem a ocorrer após a sua aprovação, que é da exclusiva competência do Congresso Nacional, e sua posterior promulgação, através da qual adquire força de lei.

A Carta Constitucional desautoriza qualquer interpretação que conclua no sentido do primado dos Tratados e Convenções sobre leis que integram o nosso ordenamento jurídico:

"A Constituição Federal manda incorporar ao direito interno as normas de direito internacional ou disposições de tratados, a recepção do direito internacional no quadro do direito interno não significa que o Corpo Legislativo fique impedido de editar normas contrárias ao disposto no Tratado."
(Voto do Ministro CORDEIRO GUERRA, anexo).

"Nesta qualidade, os Tratados valerão como Lei e nessa qualidade serão aplicados pelos Tribunais, na mesma extensão e obrigatoriedade próprias à aplicação do direito interno."

Assim afirma o Ministro posição no sentido de que há ausência de norma expressa constitucional a ensejar a predominância do tratado de direito internacional sobre o direito interno, tal como ocorre, exemplificativamente, na Constituição Francesa de 1958.

Deste pensamento, participa o Ministro Rodrigues Alckmin, que o enriqueceu e complementou:

"A Constituição Federal não encerra norma que, na hierarquia das leis, outorgue aos tratados posição de preeminência, exigindo a prévia denúncia deles para que, só então, a Legislação interna possa dispor em sentido contrário ao que neles contenha. Não chegamos a norma da Constituição Francesa de 1958 (art. 55): à da afirmativa de que as leis internas serão inválidas, se contrárias ao teor dos tratados. Seria indispensável que a Constituição Federal, única apta a regular os limites em que se exerce o Poder Legislativo, estabelecesse a prioridade do Tratado sobre o Direito In-

terno. De seu teor somente se conclui que os Tratados aprovados e promulgados, desde logo passariam a integrar o direito interno. E não mais." (Voto do Ministro RODRIGUES ALCKMIN, anexo).

III — IGUALDADE ENTRE TRATADOS E LEIS DE DIREITO INTERNO

O art. 119, III, "b", da Constituição Federal defere ao STF competência para declarar a inconstitucionalidade de Tratados ou Lei.

O tratamento dado aos primeiros, caso venham a ferir a Constituição do País, não discrepa do atribuído às Leis elaboradas pelo Congresso Nacional.

Encontram-se, pois, em evidente pé de igualdade, Tratados e Leis, entendendo-se Leis, em sentido formal, no Estado de Direito, os atos normativos do Parlamento, sancionados pelo Poder Executivo ou promulgados pelo próprio Legislativo.

Assim, o Tratado, tal como a lei provinda do Congresso, somente poderá ter a sua vigência interrompida se conflitar com a Constituição Federal inexistindo na última dispositivo "que declare irrevogável uma Lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem num Tratado". É o que afirma o Ministro CUNHA PEIXOTO em seu voto anexo. E mais:

"Do contrário, teríamos, então, e isto sim, seria inconstitucional, uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado."

IV — CONFLITO

Já o Ministro CORDEIRO GUERRA adverte que não se pode atribuir ao Tratado força constitucional, "nem o efeito de impedir o livre exercício da soberania nacional, isto é, de obstar a elaboração legislativa interna, ainda que modificando e alterando o texto da Convenção vigente entre nós".

Isto porque, implicaria, em última análise, a uma restrição de autonomia de Estado que se traduziria na ordem prática em uma limitação de soberania.

Salienta, também, que em caso de conflito entre normas de Direito Internacional em relação ao Direito Interno a

"Justiça está vinculada à observância da lei interna pois é órgão de uma ordem jurídica que lhe prescreve a obrigação de aplicar normas editadas na conformidade do direito próprio do Sistema estatal a que pertence."

Insiste, e chama em seu auxílio FRANCISCO CAMPOS, no argumento de que a lei não deixa de ser obrigatória pelo fato de estar em contradição com o disposto em tratado internacional no qual é parte o Estado que a editou.

Merecem, por sua clareza, serem citados os seguintes trechos do teor do voto proferido pelo Ministro CORDEIRO GUERRA:

"De acordo com ambos, o direito internacional e o direito interno constituem duas ordens jurídicas distintas e independentes, a cujas normas não são comuns nem a motivação da sua validade, nem os destinatários dos seus mandamentos. Da completa independência das duas ordens jurídicas segue-se, necessariamente, que o direito interno, ainda no caso de haver sido editado em violação do direito internacional, não deixa de vincular assim os indivíduos sujeitos à incidência das suas normas, como os órgãos de Estado, a que o Sistema constitucional atribui função de aplicar a lei.

Mesmo no caso em que a Constituição manda incorporar ao direito interno as normas de direito internacional ou as disposições dos tratados, a recepção do direito internacional no quadro do direito interno não significa que o Corpo Legislativo fique impedido de editar novas leis contrárias ao disposto nos tratados. O único efeito de recepção do direito internacional no quadro do direito interno é de dar força de lei às normas jurídicas assim incorporadas à legislação. Neste caso, os tratados valerão como lei e nesta qualidade serão aplicados pelos Tribunais, da mesma maneira, na mesma extensão e com a mesma obrigatoriedade próprias à aplicação do direito interno."

V – REVOGAÇÃO

No tocante à revogação, as opiniões dos Julgadores do RE nº 80.004 não são uniformes. A maioria, porém, entendeu que o Tratado, ao ser introduzido no direito positivo brasileiro, no qual tem aplicação imediata, se equivale à Lei positiva. Em virtude disto, sua revogação se opera nos termos da legislação brasileira e da Constituição Federal: a lei posterior revoga a anterior.

"Os casos de conflitos entre duas disposições — uma de direito interno e outra de direito internacional — se resolverão, portanto, pela mesma regra geral destinada a solucionar conflito dentre as leis: lex posterior derogat legi priori." (voto anexo, Cordeiro Guerra).

O ministro LEITÃO DE ABREU não anui com a questão posta em termos de revogação, senão que nela vê solução diversa, no entanto, compatível com aquela conclusão:

"A incidência das normas jurídicas constantes do Tratado é obstada pela aplicação que os Tribunais são obrigados a fazer das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico o Tratado, senão que lhe afasta a aplicação."

ARTIGO 98 CTN

Sem dúvida alguma, coube ao Ministro RODRIGUES ALCKMIN descrever com maior correção, o art. 98 do Código Tributário Nacional, cuja exegese tornou-se transparente como água destilada:

"Art. 98 — Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha."

Recusa ALCKMIN a invocabilidade ao dispositivo a propósito da matéria em discussão:

"Ainda que se atribua ao CTN a eficácia de Lei Complementar, a restrição constante da cláusula final, relativa ao exercício de um dos Poderes do Estado, somente comportaria previsão constitucional.

Creio, pois, que à falta de norma constitucional que estabeleça restrição ao Poder Legislativo quanto à edição de leis internas contrárias aos Tratados, enquanto não forem estes denunciados princípios de escolas, não justificam, na ordem positiva, o primado pretendido.

Não há como alegar que ocorre o descumprimento de Tratado, na órbita internacional. A arguição, como visto, não se reflete na ordem jurídica interna, pois somente o texto constitucional poderia estabelecer a supremacia dos Tratados, nesta ordem.

Assim, como concluiu o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA, na contradição entre o tratado anterior e a lei interna posterior, tenho como certa a validade desta."

A partir destas colocações, entende-se que as normas de direito internacional e as de direito interno devem ser interpretadas harmonicamente; em caso de conflito entre as duas ordens, não se concluirá pela primazia das primeiras sobre as segundas.

As normas constantes dos arts. 23, § 6º e 19, § 2º da Constituição Federal, exigem, em matéria de isenções, sejam estas concedidas por lei complementar, se o forem pela União, ou através de Convênios, se instituídas pelos Estados, achando-se, pois, em contraposição com o dispositivo do Tratado de Montevideu invocado pela Autora.

Conforme o dito, não se sobrepõem tratados e convenções a uma lei complementar (no caso a Lei Complementar 24/75), a uma Lei ordinária e muito menos à Constituição Federal, matriz das normas previsoras da isenção do ICM no Direito Brasileiro.

Aliás, não é outra a interpretação de PONTES DE MIRANDA ao comentar a Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69 (Ed. Revista dos Tribunais, tomo III, pág. 154):

"Se a isenção foi inserta em tratado, ou convenção, ou acordo (qualquer que seja o nome), com benefício para estrangeiros, ou para Estado estrangeiro, ou para quem quer que seja o titular do direito à isenção, a aprovação do tratado, convenção ou acordo tem que ser por maioria absoluta dos membros das duas casas do Congresso Nacional (Constituição de 1967, art. 50), porque, para isenções — quer

de impostos estaduais, quer de impostos municipais — a União é competente, mediante lei complementar e se há 'relevante interesse social ou econômico nacional' (art. 19, § 2º)."

A esdrúxula aplicação do art. 21 do Pacto de Montevideu significaria a exclusão do tributo nas importações, ou seja, estabeleceria isenção do ICM sobre entradas de mercadorias no território nacional, de modo frontalmente desconforme ao sistema constitucional vigente.

AUSÊNCIA DA SIMILARIDADE

De resto, inexistente similaridade entre ácidos ortofosfóricos e ácido fosfórico. Este provém simplesmente da hidratação do anidrido (ácido fosfórico puro).

Os ácidos ortofosfóricos (H₃PO₄) têm composição química diversa, conforme comprova a descrição contida nas Notas Explicativas que interpretam a tabela da NABALALC referente a posição 2810:

"O ácido ortofosfórico ou ácido fosfórico ordinário, H₃PO₄, obtém-se, por meio do ácido sulfúrico, a partir dos fosfatos tricálcicos naturais. O ácido comercial assim preparado contém, como impurezas o anidrido fosfórico, fosfato monocalcico, anidrido e ácidos sulfídricos, ácido fluossilícico, etc. O ácido fosfórico puro provém da hidratação do anidrido."

O art. 5º, inciso XIII, do Decreto 22.493/77 (na redação do Decreto 25.898/77) não contempla especificamente o produto ácido ortofosfórico, importado pela Autora.

A isenção consignada no Decreto Estadual restringe-se às saídas de "ácido fosfórico" dos estabelecimentos fabricantes ou importadores... o que significa que não inclui os demais ácidos, meta, piro ou ortofosfóricos.

REPERCUSSÃO DO IMPOSTO

São inaceitáveis os argumentos da demandante no sentido de que inexistiu repercussão do ICM.

No caso de estarem — o que se admite apenas para argumentar — as operações realizadas pela A. ao abrigo da isenção, caberia a ela provar que não fizera repercutir o ônus do tributo, o que, de resto, decorre dos estritos termos do art. 166 do CTN, e o estabelece a SÚMULA 546 do Supremo Tribunal Federal.

Porto Alegre, 19 de setembro de 1980.

DIFERENÇAS DE PROVENTOS PEDIDAS EM RESCISÓRIA CONTESTAÇÃO

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR RELATOR

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 36.447.

(OBJETO: RESPOSTA DO DEMANDADO)

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário, nos autos da ação rescisória acima epigrafada, na qual é autor EDUARDO DE PAULA NUNES, vem, muito respeitosamente, em resposta ao pedido do autor, expor, articuladamente, as razões pelas quais espera ver julgada improcedente a pretensão veiculada com a inicial.

I. FUNDAMENTOS E OBJETO DA PRESENTE RESCISÓRIA

1. O autor, com a presente ação rescisória, pretende "rescindir a parte do V. Acórdão impugnado, tão-só na parte que diz: "(a) Não faz jus a nenhuma diferença pretérita", para o efeito de, em nova decisão, determinar não só exatamente a data em que o A. faz jus às diferenças pretéritas, como ainda, que tal data seja aquela em que o autor completou 50 anos de idade, ... a partir de 13 de outubro de 1974," (b) e, ainda, quer que as diferenças apuradas, sejam pagas "devidamente atualizada(s)" (c), a que se deverá acrescer a sucumbência. (Cf. quanto ao pedido requerimento final na petição inicial, fls. 5 dos autos).

2. Funda-se a inicial nos itens V e IX do art. 485 do Código de Processo Civil. E, pois, increpa o Ac., proferido na Ap. Cível nº 31.053, de "violar literal disposição de lei" e de "fundar-se em erro de fato".

II. DA DECISÃO RESCINDENDA

3. Trata-se, a decisão rescindenda, de acórdão proferido na apelação cível nº 31.053, que revisando a sentença de 1º grau, reformou-a para conceder ao autor o direito a percepção de proventos na inatividade correspondente aos vencimentos de 3º Sargento, por ter declarado o direito deste a passar para a reserva remunerada. "Verbis":

"Nessas condições, ... , reformo a sentença para julgar em parte procedente a ação e declarar o direito do apelante de passar para a reserva remunerada da Brigada Militar, que deverá promover essa transferência ex officio, fixando-lhe os proventos da inatividade." (cf. Ac. fls. 5/6).

"... deve-se-lhe assegurar remuneração correspondente ao posto ou graduação a que seria promovido ..." e "... proventos de terceiro sargento..." (cf. Ac. fls. 6/7).

4. Assenta-se, a v. decisão, para declarar o direito do autor "de passar para a reserva remunerada", em que, na época que a "sentença foi proferida... vigia a Lei 7.138 de 30 de janeiro de 1978" e pelo dispositivo constante do art. 102, contrariamente ao que dispunha o Estatuto anterior, Lei 6.195/71, "A TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA" VERIFICA-SE "EX OFFICIO" QUANDO A PRAÇA ATINGIR A IDADE-LIMITE ESTABELECIDADA PARA CABOS E SOLDADOS EM 50 ANOS" (art. 102, inc. I letra c).

A sentença reformada pelo aresto rescindendo havia considerado o autor "CARECEDOR DA AÇÃO" justamente porque o pedido de passagem para inatividade, por ter atingido a "idade-limite" de permanência na atividade, não fora formulado perante a administração da Brigada Militar e não havia determinação legal, no anterior estatuto, que obrigasse *ex officio* a administração a promover a inativação do autor.

Em decorrência do que dispõe o art. 462 do Código de Processo Civil, considerando o novo estatuto como "fato constitutivo" do direito do autor a v. decisão rescindenda fez incidir para a espécie as disposições que, na nova lei, regulavam a passagem para a inatividade e reconheceu o direito do autor à inatividade remunerada independentemente de requerimento junto a administração. Concedeu por igual proventos na graduação de 3º Sargento por considerar o autor destinatário da Lei Praieira, Lei 2.558/54 e da norma do art. 167, § 1º, inc. III da mesma Lei 7.138/78.

Como não poderia deixar de ser, tanto O DIREITO À INATIVIDADE, QUANTO AS VANTAGENS INCORPORADAS AOS PROVENTOS pela decisão, porquanto só beneficiariam o autor por ocasião da passagem à inatividade, FORAM CONCEDIDAS A PARTIR DO ADVENTO DA NOVA LEI, ou seja, a partir de 30 de janeiro de 1978, data em que começou a vigorar o novo estatuto da Força, Lei 7.138. ISTO PORQUE HAVIA A DECISÃO RESCINDENDA considerado a Lei como fato integrativo do direito do autor. "Verbis":

"Tem direito a essas vantagens a partir da nova lei, que o beneficiou." (decisão rescindenda fl. 7).

Anteriormente àquela data, 30 de janeiro de 1978, o autor não faria jus a nenhuma diferença pretérita. "Verbis":

"Não faz jus a nenhuma diferença pretérita." (Cf. decisão rescindenda fls 7)

5. Por ser assim é que a reforma foi com provimento parcial da apelação. O aresto não concedeu proventos, como pedira o autor, a partir da data em que este completara 50 anos, ou seja a partir de 13 de outubro de 1974. O direito à passagem para a inatividade, *ex officio*, decorreu do novo estatuto e, pois, da data de sua vigência, as vantagens passariam ser devidas, na forma da decisão.

III. DAS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA

A) Violação de literal disposição de Lei. (art. 485, v do CPC)

6. Como condição da admissibilidade à presente ação rescisória aponta, o autor, para o disposto no item V, do art. 485, "sedes materiae" da atual lei adjetiva no que tange a seus pressupostos objetivos.

Os tratadistas têm elencado a rescisória como remédio jurídico extraordinário (Cf. PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense 1974, tomo VI, p. 246) tendente a *desconstituir a coisa julgada* (Cf. PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 250), extinguindo a sua *função negativa* (Cf. JORGE AMERICANO, Ação Rescisória, p. 5 — 3ª Ed. Saraiva, 1936). Exatamente por este seu caráter excepcional é que a jurisprudência e os autores encarecem a necessidade de não se estenderem os angustos limites que lhe traça a lei, na cerrada casuística que define as condições objetivas de admissibilidade do "iudicium rescindens." Neste sentido o 2º Grupo de Câmaras Cíveis se posicionou:

"... o respeito à coisa julgada impõe que os casos de ação rescisória (C.P.C., art. 485) sejam examinados com absoluto rigor, não se admitindo interpretação liberal." (Cf. na Ação Rec. nº 26.718 do 2º GC. Rev. de Jurisp. do TJE, v. 74/281).

Assim, a 1ª Câmara Cível:

"... — é instrumento nobre de direito de incidência restrita — ..." (Cf. em. Ap. Civ. nº 24.675 1ª CC., "in" Rev. de Jurisp. do TJE vol. 60, p. 142, Rel. Des. Paulo Barbosa Lessa)

GALENO LACERDA enfatizou, em estudo publicado na Rev. AJURIS, nº 14, p. 29 "usque" 43, a necessidade de preservar a ação rescisória da vulgarização, preconizando contra a aparência literal do inc: VIII que se use somente quando se tratar de sentença de mérito a que se queira rescindir. Neste artigo, o eminente processualista gaúcho caracteriza, em duas passagens, a excepcionalidade da ação rescisória. Em seus termos, é

"... a ação rescisória, remédio que deve ser preservado, em sua alta dignidade de feito da competência originária dos Tribunais,..."

"... Exatamente porque o objeto da ação rescisória consiste na desconstituição do ato específico e fundamental do Poder Judiciário, que é a sentença jurisdicional, ..." (loc. cit. "passim").

7. Ainda que de passagem, numa primeira aproximação com a espécie, cumpre realçar o inefável sabor do recurso de que se reveste a inicial. Em realidade boa parte do articulado está posto como se o autor estivesse aviando **embargos de declaração**.

Diz a inicial:

"4. *Todavia, o v. Acórdão, não se sabe porque, ressaltou que o autor "não faz jus a nenhuma diferença pretérita".*

5. (...) *não esclarecendo, mencionado acórdão, a partir de quando o autor passará a fazer jus aos proventos de 3º sargento, (...)*" (Cf. inicial fls. 3 e 4 dos autos).

Ora, para isso não se presta a rescisória. PONTES DE MIRANDA, quanto a este ponto assere, com rigor:

"*Os erros ontológicos do juiz, erros de falta ou defeito de observação, não podem ser causa de se rescindir a sentença. A lei entregou a depuração deles à técnica dos recursos. Nesses, é que se apura se houve, ou não, equívoco dos sentidos, má apreciação das provas, ou falha de inteligência no exame dos fatos.*" (Cf. op. cit., p. 308).

Tão pouco serve para veicular queixa pelo curso que no processo anterior toma a liquidação. Em realidade, permissa vênia, só a total incompreensão do acórdão rescindendo leva o autor às perplexidades apontadas com a inicial.

8. Mas, a rigor, esta manifesta incompreensão não faz justiça à clareza da decisão atacada. Não a omissão apontada. A ressalva do acórdão, quanto às diferenças pretéritas, posta em destaque pelo autor, é absolutamente compreensível quando se a repõe no contexto do aresto.

Sob o pálio do art. 462 do CPC a decisão rescindenda aplicou as regras referentes à passagem para a inatividade contidas na Lei. 7.138 de 30 de janeiro de 1978. Sobrevinda, pois, após o aforamento da inicial. Vê-se, pela estrutura do juízo de procedência, que este só foi possível porquanto a transferência para a reserva remunerada (que não se pode confundir com reforma) por limite de idade, pelo disposto no novo estatuto, começou de ser "ex officio" (artigo 102, I, c). Contrariamente, o estatuto anterior — sob cuja vigência aforou-se o pleito — não contemplava este obrar de ofício nos casos de transferência para a reserva, mas tão somente nos casos de reforma (art. 122 da Lei 6.195/71).

Daí por que com absoluta precisão e legalidade dispôs a decisão rescindenda que as vantagens deferidas (promoções decorrentes da passagem para inatividade) deveriam ser creditadas ao autor a partir da data de vigência do novo estatuto: 30 de janeiro de 1978. E para a maior clareza acresceu a observação que levou à perplexidade, o autor. Veja-se nos termos da decisão enfrentada:

"*Tem direito a essas vantagens a partir do advento da nova lei, que o beneficiou. Não faz jus a nenhuma diferença pretérita.*"

E o autor obumbrou-se.

Mas o acórdão rescindendo é transparente e neste aspecto incensurável.

9. Esta radical incompreensão — que se insinua vantajosa para as colocações do autor — aliada à inexistência de aceno, que fosse, a qualquer "erro de fato" que falseasse o juízo rescindendo, como adiante se verá à toda luz, desde já estariam a indicar, como itinerário mais econômico para o julgamento da presente espécie, o decreto de carência de ação.

O 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, em presença de rescisória esteada no art. 485, V, na qual flagrou o vezo recursal, decidiu neste sentido.

Nele, o eminente Des. Rel. Dr. OSCAR GOMES NUNES, com o fito de livrar a rescisória da superfetação de embargos declaratórios encaminhou o juízo da carência, nos seguintes termos:

"*Na espécie, entretanto, a ação rescisória não cabe, mesmo porque não é ela sucedâneo dos embargos de declaração. (...) os autores não pretendem a desconstituição do acórdão, que, provendo recurso por eles interposto, julgou procedente a ação divisória, em que figuram como requeridos os réus. Querem, isto sim, através da rescisória, acrescentar ao acórdão a condenação do vencido à verba de honorários advocatícios. Tal se me apresenta, data vênia, absolutamente inviável. (...) Nesses termos, meu voto é no sentido de julgar os autores carecedores da ação, ... "* (Cf. Ação Rescisória número 29.390, "in" RJTJERGS, nº 74, p. 301/2)

10. Continue-se, entretanto, o exame da condição de admissibilidade.

Já agora, numa aproximação da condição de admissibilidade invocada pela inicial, poder-se-ia observar, favoravelmente ao autor, que os doutrinadores, em larga cópia, recriam por restritiva a expressão usada no item V, do art. 485. "O ordenamento jurídico", diz J. C. BARBOSA MOREIRA, "evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista" (Cf. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. V, p. 115). Por igual, PONTES DE MIRANDA assevera que "a expressão erro contra literam, ou violação da regra jurídica (ou texto) literal de lei, nenhuma referência contém a ser escrito ou não escrito o direito" (Cf. op. cit., p. 288), porquanto "nem é menos grave o erro do julgador na solução da quaestio iuris quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum" (Cf. BARBOSA MOREIRA, op. cit., op. 115).

11. Entretanto, seja como for, literal disposição de lei ou princípio do ordenamento jurídico, quem propõe ação rescisória de sentença, com invocação do artigo 485, V, pode levantar "quaestiones iuris" desde que não se exaura, a impugnação, na verificação do critério de justiça que animou a sentença rescindenda, porquanto a rescisória que se admite por este item não pode ser assimilada a recurso. Põe-se, exatamente aqui, a questão de discernir o que se possa ter como falta de adequação da decisão à espécie e o que caracteriza a violação ou ofensa a direito expresso. Como esclareceu, com propriedade, nosso Tribunal de Justiça:

"Os erros ou deficiências dos julgados são sanáveis nas vias recursais. Abrir motivos de desconstituir a coisa julgada com amplitude tal que se equipare a demanda a um recurso é perder de vista a natureza peculiar da ação especialíssima, de rígida estrutura técnica. — Rescisória improcedente. (Cf. ac. na A. R. nº 31.192, (em.) in Rev. de Jur. TJE, vol. 79/217 Rel. Des. NEY DA GAMA ÁHRENDIS).

Ou ainda, nesta outra decisão, (em.).

"A ação rescisória não é meio hábil à revisão ou reapreciação de provas, nem se destina especificamente a reparar a eventual injustiça de uma decisão. (Cf. Ac. na A. R. nº 19.808. 1ª CC. "in" Rev. de Jur. do TJE, vol. 51/141, Rel. Des. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO).

Ou como admite o acórdão assim ementado:

"Persistência do princípio, segundo o qual a eventual injustiça da sentença ou má apreciação da prova não autorizam o exercício da ação rescisória." (Cf. Ac. na Ação Rescisória nº 30.964 das Câmaras Cíveis Reunidas in R.J.T.J.RGS, v. 80/170, Relator Desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO).

12. Que se deva construir assim o entendimento deste instituto processual — não assimilando a rescisória ao recurso, embora como este, forma de impugnação — não-lo indica a dogmática de nossa lei adjetiva. Em outros sistemas este meio de impugnação extraordinária vem estabelecido na sistemática recursal (Cf. J. C. BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 97; E. T. LIEBMAN, "appunti Sulle Impugnazioni", pág. 3 e seguintes, Ed. Cisalpino — GOLIARDICA, Milano, XXIII Ristampa).

Como se pode inferir, esta questão resulta de opções viáveis no plano político legislativo, sem que se possa desprezar, como observa BARBOSA MOREIRA, "a influência exercida, dentro de cada sistema jurídico, pelo peso dos resíduos históricos". (op. cit. pág. 96).

13. Agora, tanto concebida como ação autônoma de impugnação, destacada dos recursos, tal como nos sistemas português, brasileiro, alemão ou austríaco, como inserida tal que impugnação extraordinária, na técnica das preclusões gradativas, definida pelos recursos como no italiano e francês, objetiva-se, com ela, fê-lo ver, em arguta observação, LIEBMAN, "trovare un equilibrio tra l'interesse a migliorare la decisione e la necessità di porre un termine alla continuazione della lite" (Cf. op. e aut. cit. pág. 5).

Adentra-se, assim, o âmago da questão. Para os processualistas modernos que fixaram o direito de ação como direito autônomo à tutela jurídica do Estado não foi difícil perceber que o processo comporta a realização de outros interesses que não só a reparação do direito subjetivo lesado. (v.g., Schönke, asser: "(...) para el proceso civil como institución está em primer lugar el interés de la colectividad, ya que sus fines son la realiza-

ción del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica". Cf. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª ed. póstuma, Buenos Aires, pág. 147). Os publicistas, de logo, apontaram que "(...) a certeza de sentido e de execução do direito tornam-se necessárias ao Estado." (Cf. Heller, Teoria do Estado, obra póstuma, Ed. Mestre Jou, S. Paulo, págs. 266/67). "Aliter" Cirne Lima (Rui) "in" Preparação à dogmática Jurídica, pág. 32, Ed. Sulina.

14. Presta-se, pois, a rescisória, construída em nosso sistema como meio autônomo de impugnação, ao mais tardio ataque possível à "coisa julgada" com o que o Estado confere o sentido de certeza (Cirne Lima, "in" Preparação, pág. 32) necessária à estabilidade da ordem jurídica (Cf. CELSO NEVES, Coisa Julgada Civil, Ed. RT São Paulo 1971, págs. 488/89).

A peculiaridade de "ação especialíssima" (Des. Ahrends), ou a "nobreza" instrumental (Des. Lessa), ou, ainda, a alta dignidade (Galeno Lacarda) da ação rescisória está, como assevera o eminente Des. Cristiano Graeff Junior, em que...

"Nela, ou por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue." (Cf. voto na A.R. nº 29.390 "in" RJTJ RGS nº 74, pág. 301).

Ou seja, a apreciação da pretensão deduzida em juízo rescisório, que visa, na linguagem de Chiovenda, à atuação da vontade da lei para a garantia do direito subjetivo lesado, subordina-se, no cotejo, ao interesse do Estado de garantir a estabilidade da ordem jurídica, aqui, pelo não enfraquecimento do instituto da coisa julgada. Como fez sentir excelentemente o Des. Cristiano Graeff Junior na rescisória nº 25.910:

"É a instabilidade das decisões, com enfraquecimento da coisa julgada, que me repugna admitir." ("in" RJTJRGS, nº 67, pág. 186).

Mercê do que se adiantou acima, pode-se agora descer ao exame desta condição de admissibilidade do "iudicium recidens" insculpida no item V, do art. 485 do Código de Processo Civil.

A violação deve dizer com o "direito em tese", que não pode ser confundido com o direito da parte, embora causa eficiente do estabelecimento do "juízo" rescisório (= da provocação do judiciário em juízo rescisório).

Esta sutil abordagem já era veiculada, no acórdão prolatado na Ação Rescisória nº 1, pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em maio de 1933:

"Convém, porém, lembrar que decidir contra o direito expresso é decidir contra o direito em these e não contra o direito em hypothese, é decidir contra o direito e não contra o modo de sua aplicação." (Cf. Jorge Americano, op. cit. pág. 154).

E se ainda é legítimo anotar a feliz expressão da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, que se abre à consideração do direito da parte, oportunizando jurisprudência mais liberal: "a rescisória pressupõe a violação do direito expresso, em tese, mas é o direito que ha de ser expresso, e não a violação, que pode ser implícita" (Cf. idem, ibidem); não há negar que a **tendência**, face ao texto atual da disposição de lei ensejadora em exame, é, cada vez mais, afirmar a equipolência dos conceitos de "direito expresso" e "literal disposição de lei", para o efeito do juízo de admissibilidade da ação rescisória.

Sem dúvida que a interpretação que não leva à distinção entre "direito expresso" e "literal disposição de lei" é restritiva, amparando, como viu-se, o instituto da "coisa julgada" em sua função dúplice. Mas é bem sublinhar que tudo isto diz com critérios de política de aplicação do direito: política judicial. E neste sentido, estabelecido o texto da lei, a última palavra nos é dada pela jurisprudência.

Impende, pois, fixar a posição desta Corte de Justiça. Como é dado ver, nos Embargos Infringentes de nº 25.970, pelas CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, o TRIBUNAL inclinou-se para a interpretação restritiva desta condição de admissibilidade.

Põe-se destaque à espécie presente os seguintes trechos dos votos, então, ali, proferidos:

Des. HERMANN HOMEM DE CARVALHO, relator:

.....
Portanto, o acórdão ora embargado deixou claro que o decisório rescindendo violara o direito em tese, porque

.....
Tenho que — e no caso da rescisória sempre interpreto restritivamente, pois ela não se constitui e nem se qualifica como um recurso — só a violação evidente do texto da lei legitima o uso do remédio em causa. A simples divergência na interpretação da lei não pode autorizar a sua utilização.

.....
Se em todos os casos de interpretação de lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente ação rescisória, teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos um recurso ordinário com prazo de 5 anos na maioria dos casos decididos pela Justiça. A má interpretação que justifica o judicium rescindens há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal. A Justiça nem sempre observa, na prática cotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais' (Com a aludida citação deste trecho do voto do Ministro Hanemann Guimarães, o relator acolhia os embargos, solidarizando-se ao voto divergente no anterior julgamento).

DES. OSCAR GOMES NUNES — Hoje, através deste recurso ensejado pelo voto vencido, do eminente Des. Cristiano, volto a reexaminar a espécie. O exame mais demorado do tema em debate levou-me ao convencimento do acerto do voto vencido. Não obstante possa seduzir à primeira vista, a tese do voto vencedor, data venia, não pode prevalecer, como observado pelo douto vencido, pois consagraria a instabilidade das decisões com o enfraquecimento das decisões, com o enfraquecimento da coisa julgada.

.....
Como observa EDUARDO COUTURE, certo é que, na sistemática do direito, "a necessidade de certeza é imperiosa." (...) (entretanto a) "certeza que é mais uma exigência política e de ordem prática, e não propriamente jurídica e de razão natural, como ensina o mesmo Couture, deve, em determinadas situações, ceder ante a necessidade de que triunfe a verdade.

Daí, Sr. Presidente, a ação rescisória. Destinada a atacar a coisa julgada, a ação rescisória é remédio excepcional. Nela o juiz não se pode mover com o mesmo desembaraço, com a mesma amplitude com que se move no julgamento dos recursos ordinários.

DR. RUY RUBEM RUSCHEL — Empréstimo grande valia à coisa julgada, por estar inserida como uma das garantias dos direitos individuais."

O Desembargador CRISTIANO GRAEFF JUNIOR confirmou o voto vencido, que agora fora acolhido, tendo somente o Des. JOSÉ BARISON, face a espécie, confirmado a posição liberal relativamente ao uso da rescisória. Votou, também, no sentido da maioria, o ilustre magistrado Dr. JOÃO SEHNEM.

A) Mérito quanto à violação literal de dispositivo de lei.

17. Na espécie, o autor aponta para os artigos 129, b) da Lei nº 6.195/71 e artigos 100 e 102 da Lei nº 7.138/78, como passíveis de violação pela decisão rescindenda. Transcreva-se:

"Art. 129 — A idade-limite de permanência no serviço ativo é:

a) para oficiais:

.....
*b) para praças
— 50 anos
(Lei nº 6.195/71)*

"Art. 100 — A passagem do policial-militar à situação de inatividade, mediante transferência para a reserva remunerada, se efetua:

- I — a pedido;
- II — "ex officio".

"Art. 102 — A transferência "ex officio" para a reserva remunerada verificar-se-á sempre que o policial-militar incidir nos seguintes casos:

- I — Atingir as idades-limites:

c) Praças:

(...) Cabo PM e Soldado PM (...)
— 50 anos.

18. Relativamente à disposição constante do Estatuto anterior, Lei nº 6.195/71, não há como exprobar a decisão rescindenda de violação literal, uma vez que não o aplicou à espécie. Isto porque o Estatuto não dispunha, como o atual, de norma que expressamente determinasse o atuar "ex officio" da administração no sentido de transferir para a reserva remunerada o policial-militar que tivesse atingido a "idade-limite" de permanência em atividade. Observa o acórdão atacado que, para o regime do estatuto anterior, somente a reforma era determinável "ex officio" e indica como fonte legal da observação o art. 122 a) da Lei nº 6.195.

O autor quer extrair do art. 129, por significação implícita, o comando à administração para a transferência "ex officio" do policial-militar para a reserva. IMPLICITAMENTE a norma fixaria, a seu entender, um dever de ofício para a administração. E, aí, exatamente o acórdão estaria violando direito expresso, embora não literal disposição de lei. A bem da verdade diga-se que no desenvolvimento de suas razões o autor falseia os textos (quando, v.g., afirma que a Lei nº 7.138 manteve a transferência compulsória para a reserva, quando em realidade criou forma "ex officio", não prevista na legislação anterior). Seja como for, a melhor interpretação da tese do autor seria a veiculada acima, e mesmo assim não lhe assistiria razão. Porque (a) mais do que qualquer outra coisa o texto que na lei estabelece limite de permanência na atividade é disposição de garantia da carreira do policial militar, que ficaria sujeita ao arbítrio administrativo, caso inexistente a norma, e, a todo tempo, por mero discrimine da administração poderia ser encerrada transferindo-se para a reserva, o policial-militar; e (b) porque sempre que se tem ato administrativo vinculado as condições de vinculação devem constar expressamente da lei, sob pena de transformar-se todo o ato administrativo em ato vinculado, dado o caráter legal do atuar administrativo. Por isso, é fácil perceber que se o anterior Estatuto não previa expressamente a passagem para a reserva "ex officio", a administração não estava obrigada a transferi-lo, podendo, segundo sua necessidade, aproveitar, ainda, o policial militar, que não tivesse requerido a sua inatividade por ter atingido o limite de idade. E isto espelha-se solarmente do texto dos dispositivos legais apontados no corpo da decisão rescindenda: artigo 117 e § 2º do art. 118 da Lei.

19. No que tange aos dispositivos elencados na inicial respeitante à Lei nº 7.138, novo estatuto, a impossibilidade de violação é absoluta porque deles fez o melhor uso no sentido de deferir o pedido do autor.

Em realidade, somente por ter, com respaldo no art. 461 do Código de Processo Civil, admitido a nova legislação como fato constitutivo do direito do autor, é que a veneranda decisão rescindenda admitiu a procedência parcial do apelo, reformando a decisão de primeiro grau.

A ressalva constante do acórdão, fonte de toda a irrisignação do autor, de que este não faria jus a nenhuma diferença pretérita, em realidade compatibiliza expressamente a decisão com as normas de direito intertemporal, no plano dos efeitos patrimoniais da decisão.

20. O que o autor pretende modificar na decisão rescindenda induziria o juízo de procedência a uma grosseira antinomia.

Para determinar o pagamento das diferenças em atraso a partir de 13 de outubro de 1974, data em que o autor completara 50 anos de idade, limite de permanência na atividade, deveria reconhecer que desde este termo remontava o direito do autor a passar para inatividade (mesmo que não houvesse requerido, é a tese do autor), mas se isto reconhecesse, a Lei aplicável seria o Estatuto anterior, Lei nº 6.195, PELA QUAL O AUTOR NÃO VERIA RECONHECIDO NENHUMA DAS DUAS PROMOÇÕES — que para efeitos de proventos A VENERANDA DECISÃO CONFERIU-LHE.

21. Mais, não se argumente que o autor, inativado pelas disposições da Lei nº 6.195/71, com o advento da Lei nº 7.138/78, faria jus às promoções deferidas, igualmente.

O novo estatuto, com a norma constante do § 2º, do art. 167, visou a uniformizar soluções face a situações idênticas que não se tinham resolvido pela mesma norma, em decorrência da vedação constitucional de promoção por ocasião da passagem para a inatividade, contida na Carta Política de 1967 (§ 6º do art. 94 combinado com o § 3º do art. 101). Com a extinção da vedação constitucional, pela emenda nº 1, quedou-se sem provento, posto que dependia de atividade legislativa de cada unidade da Federação, de vez que certo é que a revogação de texto não repristina normas por ele derogadas ou expressamente revogadas.

A norma estatutária em questão tem o escopo de apanhar aqueles casos, similares a tantos outros deferidos pela administração, que, reunindo à base da legislação anterior condições para auferir maior benefício na inatividade que os vencimentos da atividade, sofreram a constrição da disposição vedativa constante do Estatuto Político de 1967.

Então, com o advento da Lei nº 7.138/78 o autor só teria direito à promoção devida em decorrência da Lei Praieira, Lei nº 2.558/54.

O deferimento da pretensão rescisória do autor, por este ângulo, lhe seria prejudicial.

22. Enfim, o atendimento da pretensão rescisória do autor, em seus termos, implicaria ou (1) conceder retro-eficácia a dispositivos da Lei nº 7.138/78, especialmente o que criou a transferência "ex officio" para a reserva remunerada por limite de idade, indo apurar uma situação que se consolidara na vigência da Lei nº 6.195/71, para reger-lhe os efeitos, criando direito subjetivo para o autor, direito este que não tinha a luz dos dispositivos da lei anterior, o que, há de se convir, é absurdo; ou (2), deferir absurdo ainda maior, qual seja, suposto o direito a ser transferido "ex officio" para reserva, em 13 de outubro de 1974, quando completara 50 anos, de conceder-lhe promoção à base de Estatuto revogado pela lei que lhe devia reger a passagem para a inatividade: a promoção à base do art. 45, item I, letra a da Lei nº 1.753/52, como pedira a inicial da ação anterior, cumulada com a promoção da Lei Praeira, derogada pela Carta Política de 1967.

23. A toda evidência, decidindo como decidiu, o venerando acórdão rescindendo não violou literal disposição de lei, não sendo suscetível de ataque pela condição de admissibilidade do juízo rescindente constante do item V do art. 485 do Código de Processo Civil.

B) Erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa. (art. 485, IX do CPC).

24. Quanto a esta segunda condição de admissibilidade do "iudicium rescindens" preleciona BARBOSA MOREIRA:

"Quatro requisitos são necessários para que tal erro dê causa à rescindibilidade: a) que a sentença nela seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que "não tenha havido controvérsia" sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido "pronunciamento judicial" (§ 2º)." (Op. cit. nº 70, pág. 131).

Concluindo, o mesmo autor:

"O pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para a rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou." (Op. cit., pág. 134).

25. A inicial em nenhum momento acena para a existência de erro de fato. A inconformidade do autor é com a valorização dos fatos em função da lei. Mas isto é objeto, quando possível, de íter recursal, e não caracteriza o requisito de rescindibilidade, em causa.

26. Pelo que se expôs, o A. não satisfaz nenhuma das condições de admissibilidade do pleito rescisório, nada justificando que o mesmo venha prosperar.

IV. DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

27. O pedido de condenação acessória no pagamento das diferenças pretéritas acrescidas de correção monetária, não procede.

Efetivamente os proventos constituem débito de dinheiro e como tal os juros compõem integralmente as perdas e danos devidas na forma do art. 1.061 do Código Civil. Não há como aplicar para este tipo de débito a construção pretoriana hoje consubstanciada pela Súmula 562 do STF.

28. O Supremo Tribunal Federal, firmemente aderido ao conceito distributivo de justiça, vem sustentando, iterativamente, com exceção aos débitos de valor, e à correção pactuada, nos negócios jurídicos privados, O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL como informativo da exigibilidade da correção monetária.

29. Por igual, nosso Tribunal de Justiça por uma corrente de julgados tem adotado a jurisprudência dominante no STF.

Assim, o acórdão na Apelação Cível 35.331, da 3ª Câmara Cível se manifestou. Veja-se a ementa:

"CORREÇÃO MONETÁRIA.

Não cabe correção monetária dos vencimentos a que faz jus o policial-militar reintegrado no cargo por força de sentença.

Princípio da reserva legal, como informativo de exigibilidade da correção monetária. Recurso provido."

O supracitado acórdão refere a orientação jurisprudencial do STF e aponta a seu favor decisão, a nível de Grupo Cível do Tribunal, no mesmo sentido. Trata-se do aresto nos embargos infringentes nº 29.251, publicado na RJTJRGs nº 16, pág. 151. Nele determinou-se a exclusão da correção monetária da condenação, em lide que declarara o direito de reintegração de praça policial-militar excluído indevidamente, sendo estável.

30. Não desconhece, o contestante, que o Tribunal de Justiça do Estado abriga corrente jurisprudencial com diverso entendimento. Sói conceder correção monetária acenando para o caráter alimentício dos vencimentos e proventos, de um lado, e, por outro, por consistir ilícito o ato que desfalca o servidor, por erro ou negligência da administração.

Na apelação cível nº 33.956, o aresto assim se manifesta quando concede a correção:

"(...) no caráter alimentar de salários, proventos ou vencimentos, e ainda por entender como ato ilícito o desfalque sofrido pelo servidor quando, em casos como o presente, resulta de erro ou negligência da Administração o prejuízo que lhe é causado. (...) Em substância, trata-se de equivalente de prestação alimentícia que deixa de ser paga no tempo devido, por erro da Administração. Não é prestação alimentícia, mas é um assemelhado, visto que essa retribuição tem caráter notoriamente subsistencial para o servidor, que dela depende para a sua sobrevivência". (Cf. Acórdão na Apelação Cível nº 33.956, BILMAR CREMONINI x ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL).

31. Salva reverência, os argumentos expendidos pelo acórdão em questão ao conceder a correção encontram obstáculos intransponíveis em questões não enfrentadas e respondidas pela veneranda decisão.

Quanto ao "assemelhado" caráter alimentar do débito de vencimentos e proventos, de per si só, nunca foi razão para que se concedesse a correção monetária.

Serve, entende-se, na construção do acórdão como traço de união com os salários, estes passíveis de correção monetária.

Entretanto, esta aproximação é descriteriosa, não só porque a correção salarial é decorrência de lei, mas também por que a fonte que origina o salário, contrariamente a vencimentos e proventos, por ser contratual inclina a solução dos litígios ao critério comutativo de justiça. A "conductio", pretensão por enriquecimento sem causa, aqui seria amplamente aplicável, pois trata-se de litígio entre particulares. Contrariamente vencimentos e proventos têm fonte legal, prende-se ao sistema geral que disciplina o trabalho público no qual a nota fundamental é não ligar-se a administração a qualquer critério contratual; o Estado regula suas relações mediante lei, dispensa o contrato. Assim, o negócio jurídico de pagamento em direito administrativo, máxime no que diz com vencimentos e proventos, é ato vinculado e a administração só o pode realizar segundo as atribuições legais.

O exercício regular de direito não pode dar causa a ilícito (afaste-se o abuso de direito). Quando a administração, adotando uma determinada forma de entendimento, nega alguma vantagem a funcionário seu está usando de uma prerrogativa, sem a qual a administração se torna impossível de realizar. Ora, se, no plano judicial, esta vantagem vier a ser reconhecida, em hipótese alguma o entendimento administrativo pode ser caracterizado como ilícito, ou melhor, o ato que negou a vantagem não é, em caso algum, ato ilícito. A aproximação à teoria dos atos ilícitos para aproveitar a construção pretoriana quanto aos débitos de valor, é, "data venia", totalmente inadequada.

Isto posto, requer a improcedência da ação com as cominações de direito.

Protesta pelos meios de prova em direito admitidos.

PORTO ALEGRE, 24 de outubro de 1980.

ÍNDICE

AÇÃO RESCISÓRIA — Contestação — Diferenças de proventos pedidas em, por Defrancisco Gallicchio	191
ACORDO INTERNACIONAL E ISENÇÃO DO ICM — Contestação, por Rejane Brasil Filippi	183
ACIDENTE DO TRABALHO — Pensão por morte em, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer nº 4.563/PGE	113
APOSENTADORIA — Direito adquirido a, por Ana Maria Ferrugem de Oliveira — Parecer nº 4.313/PGE	87
A ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO, por Lélío Candiota de Campos	19
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. Pensão por morte em acidentes do trabalho — Parecer nº 4.563/PGE	113
BECKER, Verena Nygaard. Limitações urbanísticas à propriedade	47
CABRAL, Armando Henrique Dias. Desqualificação de licitante — Parecer nº 4.556/PGE	79
CAMPOS, Lélío Candiota de. A atividade econômica do Estado	19
CASTRO, Sílvia La Porta de. Dispensa de licitação — Parecer nº 4.614/PGE	99
COUTO E SILVA, Almiro do. Enfiteuse — Parecer nº 4.564/PGE	59
CONCESSÃO OU PERMISSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO — por José Hugo V. Castro Ramos — Parecer nº 4.557/PGE	139
CONCORRÊNCIA PÚBLICA — Desqualificação de licitante, por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer nº 4.556/PGE	79
CONCORRÊNCIA PÚBLICA — Dispensa de licitação, por Sílvia La Porta de Castro — Parecer nº 4.614/PGE	99
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL E ESTADUAL — ENFITEUSE — por Almiro do Couto e Silva — Parecer nº 4.564/PGE	59
CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — Arguição de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 12 — Conversão da licença-prêmio em pecúnia, por Ney Sá ..	159
CONVERSÃO DA LICENÇA PRÊMIO EM PECÚNIA — Arguição de inconstitucionalidade, por Ney Sá	159
DECISÃO JUDICIAL — Mandado de segurança contra, por Cirio C. Hartmann	173
DESMEMBRAMENTO DE ÁREA MUNICIPAL — Por Renita Maria Hüllen — Parecer nº 4.508/PGE	145
DESQUALIFICAÇÃO DE LICITANTE — por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer nº 4.556/PGE	79
DIFERENÇAS DE PROVENTOS PEDIDAS EM RESCISÓRIA — por Defrancisco Gallicchio	191

DIREITO ADQUIRIDO À APOSENTADORIA — por Ana Maria Ferrugem de Oliveira — Parecer nº 4.313/PGE	87
DIREITO DE PROPRIEDADE — Limitações urbanísticas à propriedade, por Verena Nygaard Becker	47
DIREITO DE RECESSO — Modificações estatutárias do, por Arnold Wald	123
DISPENSA DE LICITAÇÃO, por Sílvia La Porta de Castro — Parecer nº 4.614/PGE	99
DUFWA, B. W. — Responsabilidade relativa a produtos farmacêuticos	11
ENFITEUSE — Alienação de domínio útil, por Almiro do Couto e Silva — Parecer nº 4.564/PGE	59
ESTADO — A atividade econômica do, por Lélío Candiota de Campos	19
FILLIPPI, Rejane Brasil. Acordo Internacional e isenção do ICM	183
GALBINSKY, Clarita. Registro profissional — Parecer nº 4.507/PGE	83
GALLICCHIO, Defrancisco. Diferenças de proventos pedidas em rescisória. Contestação	191
GRASSI, Marisa Soares. Revisão de proventos — Parecer nº 4.620/PGE	91
GUARITA — DESAPROPRIAÇÃO — Mandado de segurança contra decisão judicial, por Cirio C. Hartmann	173
HARTMANN, Cirio C. Mandado de Segurança contra decisão judicial	173
HÜLLEN, Renita Maria. Desmembramento de área municipal — Parecer nº 4.508/PGE	145
ICM — Acordo internacional e isenção do, por Rejane Brasil Filippi	183
IMÓVEL — Permuta de, por Eliana Donatelli de Moura — Parecer nº 4.380/PGE ..	107
IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer nº 4.593/PGE	151
IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS — A política fiscal e a reformulação do, por Ruy Barbosa Nogueira	37
LEGISLAÇÃO DA RESPONSABILIDADE RELATIVA A PRODUTOS FARMACÊUTICOS, por B. W. Dufwa	11
LICENÇA-PRÊMIO — Conversão em pecúnia. Arguição de inconstitucionalidade, por Ney Sá	159
LICITAÇÃO — Desqualificação do licitante, por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer nº 4.556/PGE	79
LICITAÇÃO — Dispensa de, por Sílvia La Porta de Castro — Parecer nº 4.614/PGE ..	99
LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS À PROPRIEDADE, por Verena Nygaard Becker	47
MAGISTRATURA — Quinquênios, por Jorge Alberto Diehl Pires — Parecer nº 4.592/PGE ..	75
MAGISTÉRIO — Gratificação por aulas excedentes, por José Quadros Pires — Parecer nº 4.621/PGE	117
MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL, por Cirio C. Hartmann	173
MODIFICAÇÕES ESTATUTÁRIAS DO DIREITO DE RECESSO, por Arnold Wald	123
MOURA, Eliana Donatelli de. Permuta de imóveis — Parecer nº 4.380/PGE	107

MUNICÍPIO — Imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer nº 4.593/PGE	151
MUNICÍPIO — Desmembramento de área municipal, por Renita Maria Hüllen — Parecer nº 4.508/PGE	145
NOGUEIRA, Ruy Barbosa. A Política fiscal e a reformulação do imposto sobre produtos industrializados	37
OLIVEIRA, Ana Maria Ferrugem de. Direito adquirido à aposentadoria — Parecer nº 5.313/PGE	87
PENSÃO POR MORTE EM ACIDENTE DO TRABALHO, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer nº 4.563/PGE	113
PERMUTA DE IMÓVEL — por Eliana Donatelli de Moura — Parecer nº 4.380/PGE ..	107
PIRES, Jorge Alberto Diehl. Quinquênios da magistratura — Parecer nº 4.592/PGE ..	75
POLÍTICA FISCAL — e a reformulação do imposto sobre produtos industrializados, por Ruy Barbosa Nogueira	37
PROPRIEDADE — Limitações urbanísticas à, por Verena Nygaard Becker	47
PROVENTOS — Revisão de, por Marisa Soares Grassi	91
PROVENTOS — Diferenças pedidas em rescisória. Contestação, por Defrancisco Gallicchio	191
QUINQUÊNIOS DA MAGISTRATURA — por Jorge Alberto Diehl Pires — Parecer nº 4.592/PGE	75
RAMOS, José Hugo V. Castro. Concessão ou permissão de transporte coletivo — Parecer nº 4.557/PGE	139
RECESSO — Modificações estatutárias do direito de, por Arnold Wald	123
REGISTRO PROFISSIONAL — por Clarita Galbinsky — Parecer nº 4.507/PGE	83
REVISÃO DE PROVENTOS — por Marisa Soares Grassi — Parecer nº 4.620/PGE ..	91
RESPONSABILIDADE — Legislação relativa a produtos farmacêuticos, por B. W. Dufwa	11
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. Imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza — Parecer nº 4.593/PGE	151
SÁ, Ney. Conversão da licença-prêmio em pecúnia — Arguição de inconstitucionalidade	159
SERVIÇOS — Imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer nº 4.593/PGE	151
SOCIEDADE ANÔNIMA — Modificações estatutárias do direito de recesso, por Arnold Wald	123
TRANSPORTE COLETIVO — Concessão ou permissão, por José Hugo V. Castro Ramos — Parecer nº 4.557/PGE	139
TRIBUNAL DE CONTAS — negativa de registro de pensão por morte em acidente do trabalho, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer nº 4.563/PGE	113
URBANISMO — Limitações urbanísticas à propriedade, por Verena Nygaard Becker ..	47
WALD, Arnoldo. Modificações estatutárias do direito de recesso	183

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