

REVISTA
DA
PROCURADORIA-
-GERAL
DO ESTADO



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

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

RPGE	Porto Alegre	v. 10	n.º 28	p. 1 a 249	1980
------	--------------	-------	--------	------------	------

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 AMÁLIA 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

Antônio Estevão Allgayer

Eliana Donatelli de Moura

Rosa Maria Peixoto Bastos

Maria Isabel de A. Ribeiro Fonyat

Henriqueta K. von Wackerritt (Secretária Executiva)

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

SUMARIO

DOCTRINA

NORBERTO LUIS GRIFFA MARTIN BULLINGER	Linguagem, Gramática e Direito . . .	11
	Telecomunicação e liberdade de In- formação	23
HERON ARZUA	Aspectos constitucionais do em- préstimo compulsório	35
MARINO PAZZAGLINI FILHO	Parcelamento do solo urbano	43
JURACI PEREZ MAGALHÃES	A floresta e sua natureza jurídica . .	47
TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO	O Estado em juízo e a denúnciação da lide	53

PARECERES

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Cálculo de diárias — Parecer 4327/ PGE	63
JORGE ALBERTO DIEHL PERES	Licença à gestante — Parecer 4262/ PGE	67
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Taxa de serviços diversos — Parecer 4401/PGE	51
MARISA SOARES GRASSI	Fundo Estadual de Saúde — Pare- cer 4310/PGE	81
EUNICE ROTTA BERGESCH ELIANA DONATELLI DE MOURA	Anistia — Parecer 4398/PGE	89
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Terrenos marginais ou reservados — Parecer 4368/PGE	95
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Desvio de função — Parecer 4393/ PGE	109
SILVIA LA PORTA DE CASTRO	Férias de membro do magistério — Parecer 4396/PGE	113
ANA MARIA FERRUGEM DE OLIVEIRA	Negócio jurídico sob condição re- solutiva — Parecer 4415/PGE	117
HEL Y LOPES MEIRELLES	Renovação de instância administra- tiva — Parecer 4311/PGE	123
	Contrato de Gerenciamento — No- vo Sistema para a realização de obras públicas	127

WALTER JOSÉ DIEHL	A taxa CDO	135
ORLANDO CARLOS GANDOLFO	Contratações das Empresas Governamentais	157
ASSUNTOS MUNICIPAIS		
MABILIA DE OLIVEIRA AZEVEDO	Casos de inelegibilidade e irreelegibilidade de prefeito municipal – Parecer 4348/PGE	165
VERENA NYGAARD BECKER	Paridade de vencimento – Parecer 4338/PGE	169
JOSÉ OUDROS PIRES	Anulação de atos administrativos – Parecer 4346/PGE	173
RENITA MARIA HÖLLEN	Terrenos urbanos.	181
TRABALHOS FORENSES		
CAIO MARTINS LEAL	Lei Suely	197
JACQUES TÁVORA ALFONSIN	O caso Jim's	213
AVANI V. RIGO BUSATO	Erro Judiciário	235
DEFRANCISCO GALLICCHIO	A correção monetária e o princípio da reserva legal	239

DOCTRINA

LINGUAGEM, GRAMÁTICA E DIREITO

NORBERTO LUIS GRIFFA
Advogado em Buenos Aires

Dentro dos sofisticados métodos de análise que têm surgido neste século em matéria de ciências sociais, deter-me-ei, particularmente, no tema das gramáticas generativo-transformacionais de Noam Chomsky. É óbvio que, existindo uma conexão tão íntima do direito com a linguagem, a incidência deste tipo de teoria gramatical sobre a ciência jurídica pode ter importantes conseqüências, dedutíveis não só da aplicação destes postulados, como também dos próprios conflitos que origina e que em alguma medida repetem os de todas as ciências humanas.

Antes de iniciar o tema, quero fazer duas observações. Primeiramente, assinalar os postulados fundamentais de uma teoria oposta à citada: a do ponto de vista behaviorista da linguagem. Em segundo lugar, destacar um antecedente: a idéia da gramática universal, em Russell.

No tocante à teoria behaviorista, usarei três noções básicas para caracterizá-la. Em primeiro lugar, segundo Bertrand Russell (1), que coincide com esta linha de pensamento quanto à natureza da linguagem, direi que esta se torna um ente físico e uma atividade corporal. O fato de que seja uma atividade do corpo lhe outorga uma falta de precisão e de limites. A atividade é um "contínuo"; oferece dificuldades para uma demarcação estrita. A linguagem natural sofre, desde sua raiz, deste fenômeno chamado imprecisão.

O desenvolvimento desta atividade corporal, no ato de falar, resulta da emissão de ondas sonoras. No ato de ouvir, há uma recepção destas ondas, com os inconvenientes físicos, próprios da comunicação. Além disso, o ato de ler consiste num fato ótico, e o de escrever tem uma estrutura material espacial.

Em segundo lugar, a linguagem funciona por meio da relação estímulo-resposta. Na justificação deste item, apelamos, em grande parte, à aprendizagem da linguagem nas crianças. Estas aprendem a reagir pelo efeito das palavras, antes de usá-las. Claro que esta tese nos traz imediatamente o seguinte problema: qual o tipo de conduta que se estimula ao escutar uma palavra? E, que tipo de situação estimula, na criança, a conduta capaz de levá-la a pronunciar uma palavra?

(1) Ver Bertrand Russell, Fundamentos de Filosofia. Ed. Castellana Plaza S. Janés S.A., Barcelona, 1974. Cap. 3º e 4º pp. 71 e seg. e 99 e seg.
Tradução de "Lenguaje, Gramática y Derecho". Conferência proferida na Associação de Advogados de Buenos Aires, em 1978, autorizada pelo autor. Tradução de Susana Figueira dos Santos e Maria Isabel A. Ribeiro Fonyat.

O centro desta questão se resolve por um princípio análogo a experiências semelhantes realizadas com animais: o hábito de produzir sons se dá porque traz conseqüências agradáveis. A maior satisfação seguem-se conexões mais fortes, e à menor satisfação conexões mais débeis. Por conseguinte, o máximo de satisfação intensifica o hábito, mediante a exercitação contínua, desenvolvendo-se até conseguir possibilidades de sucessivo aperfeiçoamento.

Finalmente, o aspecto propriamente significativo tem conexão com a lei de associação. A criança compreende o significado dos sons, ou de conjuntos de sons (fenômeno que pode ou não estar presente na descrição anterior), numa forma semelhante à dos processos de associação corporal. Estabelece-se uma relação entre som e objeto. A criança pode chegar, assim, a reagir frente à palavra, como a princípio o fazia frente à coisa material. A teoria chomskiana, como veremos, difere, diametralmente, quanto à forma de explicar o processo de aprendizagem da linguagem na criança.

Vamos agora ao enunciado antecedente. Naturalmente, em matéria de antecedente, poderíamos mencionar outros mais remotos, inclusive anteriores às gramáticas de Port Royal. Entretanto, as conclusões a que chega Husserl se transformam numa boa propriedade filosófica para a questão de que tratamos. Na quarta investigação lógica (a diferença entre as significações independentes e não independentes e a idéia da gramática pura) (2), Husserl chega a um ponto culminante de sua idéia da significação: a demarcação do campo entre o sentido e o sem sentido. Previamente, antes de definir esta esfera, é preciso não confundir o sem sentido do contra sentido. O contra sentido, embora não pareça assim numa primeira intuição, se mantém à espera das expressões "com" sentido.

Nos casos de contra sentido, as significações parciais de uma expressão qualquer não se ressentem da unidade significativa da mesma (3). Há uma incompatibilidade objetiva (referente ao objeto ou ao estado de coisas) como, por exemplo, se se falar de um quadrado redondo ou de um triângulo de quatro lados. Podemos distinguir, de uma vez, dois tipos de contra-sentido:

a) um contra sentido formal ou analítico, violador das categorias puras de significação, e que tem validade formal a priori para toda a objetividade em geral, como o princípio de identidade, e

b) os casos de contra sentido material, ou sintético, que se referem a exemplos do seguinte tipo: "ferro de madeira", "círculo quadrado", etc...

Então, quando é que se produz o sem sentido? Quando não há possibilidade alguma de significação unitária na expressão. Não existe significado possível, como no caso de di-

(2) Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. Ed. Castellana. Selecta Rev. de Occidente. Madrid. 1967. Ver la investigación. Tomo I. pp. 315 e seg. e 4ª investigación, Tomo II, pp. 95 e seg.

(3) Husserl, E. 4ª investigación. Ed. citada. pp. 127-128.

zermos "tenho o por", "o em bom era", etc. Na primeira situação, havia uma incompatibilidade no campo objetivo (contra sentido), porém, neste caso, há uma incompatibilidade da representação (sem sentido).

A origem desta última incompatibilidade se encontra na violação das leis de ligação gramatical entre as diferentes partes da expressão. Para Husserl, o campo do sem sentido se define por uma alteração às leis da compatibilidade gramatical. Se está frente a um conjunto de palavras em que cada uma tem sentido, individualmente, mas não em conjunto.

Pelo menos neste aspecto, o significado das expressões se encontra sujeito, em última instância, à legalidade imposta a priori por um conjunto de regras de ligação das diferentes significações parciais (morfologia da significação). Estas leis gramaticais permitem demarcar a esfera do sentido-sem sentido de tal maneira que o valor de significação de um juízo ordinário da forma $S \text{ é } p$ está conectado com a adequação à correta estrutura morfológica determinante das possibilidades deste mesmo juízo. Esta morfologia das significações é a gramática pura a priori. Tem um caráter puramente analítico, sem se referir a um objeto — verdadeiro ou falso que implique numa estrutura ideal formal da significação, definidora, por sua vez, da possibilidade mesma do pensamento. O gramatical seria o fundamento da lógica do pensamento. A partir de um conjunto de regras específicas e de uma forma predicativa originária (o juízo categórico $S \text{ é } p$), é possível constituir infinitas formas, mediante a derivação e **modalização**, que seriam operações modificadoras desta forma primitiva.

Por isto Husserl pode afirmar: "... na lógica pura da significação, cujo fim supremo consiste em estabelecer leis de validade objetiva da significação, até aonde esta validade venha condicionada pela pura forma das significações — o fundamento necessário constitui a teoria da estrutura essencial das significações e das leis de sua formação". (Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. Cuarta investigación. Ed. castellana Selecta de Revista de Occidente. Madrid 1967. pp. 129-130).

Conclusão: Husserl propõe a possibilidade mesma das significações a partir da estrutura morfológica das expressões, dentro do que chamaríamos de uma lógica muito ampla do pensamento. Estabelecida a estrutura original ($S \text{ é } p$), pode se deduzir um sistema infinito de combinações através de operações mentais transformadoras desta forma original, que descobrirá as condições necessárias de qualquer juízo significativo. Ao fim e ao cabo, as condições do pensar.

Estendi-me demais neste preâmbulo. Por isto, convém entrar diretamente em nosso tema.

Em consonância com algumas das conseqüências do pensamento husserliano já assinaladas, destaco a importância que tem para Chomsky o fato já indicado por von Humboldt, de que cada língua, não obstante dispor de um número infinito de fonemas, morfemas e regras, possibilita a formação de um número infinito de orações. Questão equiparada à transcendente nota de criatividade que possui a linguagem.

Sua teoria joga com três componentes básicos da língua: o semântico, o fonológico e o sintático. Com relação ao primeiro, o dicionário já proporciona um significado dos elementos léxicos da língua; de maneira que a cada unidade mínima com função sintática se pode atribuir uma interpretação semântica.

O componente fonológico vem a ser a estrutura sonora, e o componente sintático será a estrutura interna das infinitas orações da língua, cujas características descreveremos a seguir.

Para Chomsky, estes três elementos não devem ser descritos de uma forma semelhante à dos objetos das ciências naturais. Ao contrário, pretende chegar a uma teoria explicativa do funcionamento da linguagem, não meramente descritiva e classificatória. Geralmente se estuda isto, pelo menos a nível das linguagens naturais, com grande preeminência do lado semântico, enquanto que, aqui, se inverte a relação: o componente sintático será determinante do semântico.

Enquanto na análise da gramática estrutural a oração se decompõe em suas diferentes partes, fonemas, morfemas, palavras, etc., nas gramáticas generativas se busca as articulações e nexos da estrutura profunda das mesmas. Distinguem-se entre uma estrutura profunda e outra superficial. A estrutura superficial da oração, assim como se apresenta a nível fonológico, pode ser elaborada de uma maneira muito distinta a partir da estrutura profunda. Orações diferentes a nível da estrutura sintática superficial têm, no entanto, sentidos semelhantes. Basta, por exemplo, que se passe uma oração qualquer para a voz passiva.

A pergunta que surge de imediato é: Como se encontram superpostos estes dois estados da linguagem? A relação entre a estrutura profunda e a superficial se produz como resultado de uma série de operações reais do entendimento que estabelece um sistema de combinações entre os elementos léxicos e sintáticos da língua cujo nome é "transformações". Este sistema é um conjunto de regras que "transformam" os termos constantes das frases em outros, mediante a mudança de lugar de seus elementos, o acréscimo e a eliminação. Através deste sistema finito de regras transformadoras se criam infinitas frases suscetíveis de interpretação semântica. Novamente insisto que isto é um traço de criação ínsito na própria natureza da linguagem.

A título de exemplo se pode citar o tradicional caso, referido pelo próprio Chomsky, da oração "Deus invisível criou o mundo visível" (4), e que tem sua origem na gramática de Port Royal. A este respeito, independentemente da análise gramático-estrutural da oração que se mantém no esquema sujeito-predicado, ao penetrarmos em sua estrutura profunda, encontraremos três proposições diferentes: "Deus é invisível", "ele criou o mundo" e "o mundo é visível".

(4) Chomsky, Noam. *El lenguaje y el entendimiento*. Ed. Castellana Seix Barral. Barcelona. 1971. pp. 33-34.

O descobrimento das estruturas profundas não só determina um poderoso avanço no campo sintático, como, conforme dissemos, "determina" o componente semântico. Tomemos uma expressão como "a perseguição dos guerrilheiros". Evidentemente é ambígua: os perseguidos são os guerrilheiros ou são estes os perseguidores? Se não se apelar à formulação do texto, à paráfrase, para interpretar seu significado dentro de uma esfera puramente lingüística, pode-se recorrer à sua estrutura profunda; então, veremos que existem, ao menos, duas leituras possíveis da oração. Uma, na qual os guerrilheiros funcionam como sujeito, e, outra como objeto. Assim, a ambigüidade que ataca a oração está colocada a nível gramatical pelos termos constantes das frases, determinantes de orações distintas; não obstante, na estrutura superficial as transformações convergem para o mesmo termo constante. É claro que uma análise deste tipo não surge da decomposição estrutural da oração em seus elementos integrantes, pois se mantém exclusivamente no âmbito superficial.

Além disto, como exemplo da prevalência do elemento sintático, temos o princípio das restrições gramaticais. Quando Chomsky se refere às gramáticas de estados finitos, faz notar que cada um dos estados por que passa é restritivo quanto à seleção da palavra que lhe corresponde seguir na oração (5). Nesta ordem de idéias é razoável deduzir que, para determinar o sentido ou referência de uma palavra, é preciso remeter-se à sua apresentação sintática; ademais, como Chomsky trabalha com linguagens naturais (não têm contexto livre), para descobrir a significação de uma palavra, é praticamente necessária a sua inserção no enquadramento sintático. Neste caso, observaremos que existem certas restrições seletivas, aplicáveis à palavra em relação à estrutura sintática na qual se situa. Por exemplo, ao descobrir a significação de "hit" (bater), sem dúvida teremos que descrever o agente e o objeto da ação, nos termos das noções de sujeito e objeto, as quais devem ser analisadas, ao que parece, como noções puramente formais pertencentes à teoria da sintaxe (Chomsky, Noam. *Estructuras sintácticas*. Ed. Castellana, Siglo XXI, 197. pp. 123-124). No mesmo sentido, e dentro da terminologia jurídica, Roberto Vernengo, em sua "Interpretación literal de la lei" (Ed. Adeledo Perrot. Buenos Aires) dá uma amostra das regras seletivas correspondentes à palavra "obrigatório".

Antes de terminar, quero estabelecer algumas conseqüências importantes da teoria. Começarei a partir da diferenciação entre as gramáticas transformacionais e o behaviorismo, cujas características mais evidentes indiquei no princípio. O ponto central das divergências se pode observar através da forma em que, para ambas as teorias, se efetua a aprendizagem da linguagem na criança. Enquanto o behaviorismo a relaciona com um sistema físico de estímulos e respostas, exercitação da associação, Chomsky observa que há uma assimetria entre o "conhecimento lingüístico" e a experiência realizada com a criança, no período de aprendizagem. Esta assimetria repousa no fato de que a língua é uma estrutura inata do entendimento humano. O conjunto de regras sintático-generativas, que

(5) Chomsky, Noam. *Estructuras sintácticas*. Ed. Castellana. Siglo XXI. 1974. pp. 33 e seg.

emerge da revelação da estrutura profunda da oração, é uma propriedade da mente humana. A lingüística passa a ser um capítulo da psicologia (6).

Diferentemente da explicação condutista, a criança, quando aprende a linguagem, põe em funcionamento um sistema teórico total e inato, que opera como uma capacidade de sua mente, independentemente de uma maior ou menor inteligência. Um indivíduo somente pode aprender uma linguagem mediante a interiorização de tais regras.

Com isto, se recoloca o enfrentamento histórico "das idéias inatas" de Descartes (7) e a "tábula rasa" de Locke, sempre e quando não remontemos à filosofia grega. Ainda que Chomsky aluda a Descartes, tal similitude está mais no princípio do inatismo do que em seu conteúdo. No caso das estruturas sintático-generativas, o inato seria somente um sistema classificatório de estruturas sintático-generativas, como propriedade universal da mente humana.

Com tais postulados, evidentemente, nos aproximamos do ideal husserliano da gramática universal. Husserl o formula, porém, não o desenvolve e, no mesmo sentido que Chomsky, pensa num sistema de regras a priori baseado nas categorias universais da consciência.

No contexto desta teoria aparece uma distinção quase óbvia: a separação entre competência e a atuação. A competência é o sistema de regras e princípios inatos que representa o momento cognoscitivo, enquanto a atuação é o uso que o falante faz do conhecimento, o uso real da linguagem. Por isto, Chomsky pode afirmar que a gramática generativa não adota nem o ponto de vista de quem fala, nem o de quem ouve. "É mais uma descrição, nos termos mais neutros possíveis, do conhecimento possuído pelo falante-ouvinte e posto em prática no discurso normal. Uma gramática generativa é uma teoria da competência" (Chomsky, Noan. *Estructuras Sintáticas*. Ed. Castellana. Siglo XXI. 1974. p. 6). Estas duas categorias se equiparam, por sua vez, a duas outras: às de gramaticalidade e às de aceitabilidade. A primeira se vincula às orações geradas pela gramática da língua e interiorizadas pelo falante (as orações gramaticais); a segunda se refere ao uso que o falante faz da língua. É claro que, no uso da língua, a gramaticalidade das orações é um fator importante de sua aceitabilidade; porém, entre as condições de aceitabilidade intervêm elementos distintos dos exclusivamente gramaticais. Isto quer dizer que não há uma correlação simétrica entre a gramática e o seu uso. Uma frase pode ser aceita como natural pelo falante e, não obstante, ter um nível duvidoso de gramaticalidade. Existe distância entre o uso e o conhecimento.

(6) Peregrin Otero, Carlos. *Introducción a Chomsky*, en *Estructuras sintáticas*. Ed. Castellana. Siglo XXI. Mejiço. p. 1974. p. XVII.

(7) Descartes, Rene. *Meditaciones metafísicas*. Ed. Castellana Sudamericana. Bs. As. 1967. *Meditación tercera*. p. 236 e seg.

Se estabelecermos, agora, uma vinculação entre esta classificação de competência e atuação e a formulada por De Saussure entre língua e fala (8), notaremos que elas se equiparam. Não obstante, as conseqüências da teoria saussuriana são diferentes: enquanto a língua representa o momento sincrônico, sistemático, a fala é o momento diacrônico, histórico. Cria-se uma inter-relação entre estes dois momentos, não somente da língua até a fala, como também da fala à língua. O momento do uso (da utilização) opera a transformação do sistema. Contrariamente, em Chomsky a gramática se refere exclusivamente à "gramaticalidade". Desprende-se da atuação. Ele formula uma teoria pura, porém, com uma característica peculiaríssima: a teoria é o sistema de regras que se acham na mente humana e que a criança possui para poder efetuar os atos da fala. A criança aprende a linguagem na medida em que desenvolve uma teoria-competência programada em seu cérebro. É claro que esta operação de aprendizagem implica num conhecimento da competência, bastante estranho, pois tem uma natureza inconsciente. Neste caso, qual é a função do lingüista? O lingüista torna explícito (consciente) o sistema de regras interiorizadas pelo falante (inconsciente). O lingüista atua em dois estágios, dentro das gramáticas concretas, particulares, correspondentes a línguas específicas e dentro de uma gramática universal, determinante dos caracteres necessários para qualquer gramática específica.

De acordo com este esquema, adquire grande importância a estrutura formal da linguagem. Tende-se ao encontro da "mathesis universalis". O sintético-formal opera como um esquematismo da significação das palavras e da funcionalidade destas na vida social. E não somente isto, como também se torna determinante do âmbito semântico e uma explicação da natureza da inteligência humana.

Uma teoria como esta explicaria as idéias platônicas como puras e primitivas formas, condicionantes da inteligibilidade. As estruturas sintáticas funcionam como formas universais, que possibilitam não só a linguagem humana, como elas mesmas são o desdobramento de uma "inteligência".

Desde já, uma colocação deste tipo nos levaria a pensar num ideal chomskiano, o qual não seria situar a teoria em seu termo justo. Chomsky não fala de uma inteligência solta, independizada do mundo material, e, sim, do cérebro do homem. Ele busca um sistema matriz como parte da composição material.

A esta altura, vocês estarão se perguntando sobre como se produz este sistema. Creio que é preciso distinguir duas questões; uma está ligada ao fato de que a mesma estrutura inata é produtiva — forma as orações da língua, transformando uma estrutura latente em outra patente. Isto nos recorda algumas colocações de Piaget em psicologia, quando diz: "... toda gênese parte de uma estrutura e culmina em outra. Porém, recipro-

(8) De Saussure, Ferdinand. *Curso de lingüística general*. Ed. Castellana Losada S.A. Bs. As. 1975. Ver pp. 175 e seg. e 231 e seg.

camente toda a estrutura tem uma gênese" (Las nociones de estructura y génesis. Ed. Castellana Proteo. Bs. 1969. p. 246). A estrutura latente descobre a gênese da estrutura patente.

Podemos perguntar-nos, também, sobre a produção do conjunto de regras generativas do sistema. Como se cria o "sistema generativo"? Porque desde a colocação anterior, a origem se estabelece a partir de um sistema dado. Cabe então interrogarmo-nos sobre o sistema mesmo. Chomsky em sua obra, "El lenguaje y el entendimiento" (Ed. Castellana Seix Barral. Barcelona. 1971. pp. 143/144) considera que a psicologia, em sua ramificação lingüística, deve não só descobrir o esquema inato da linguagem, como deve passar logo ao estudo da interação organismo-meio ambiente e estabelecer como funciona frente a este tipo de estímulo. Por fim, seria de indagar os fundamentos da coerência entre a gramática generativa postulada e os dados dos sentidos. Apesar desta remissão, em segunda instância ao meio ambiente, etc., quando se postula um esquema inato, há, no fundo, um cancelamento da pergunta formulada em segundo lugar. No sistema de Chomsky há uma geração intra-sistemática, porém, a pergunta anterior tem um sentido extra-sistemático, ao qual se responde: o sistema é inato.

Desta maneira, se cria uma aproximação ao problema kantiano sobre os limites do conhecimento. A postulação de um esquema inato não só demarcaria os limites da linguagem, como os da inteligência, e esta apareceria com uma competência determinada, fora de qualquer contexto histórico.

No caso da linguagem, o conjunto de regras é que determina esta competência, dentro da qual pode movimentar-se o falante. É neste sentido que se tem sustentado que, para Chomsky, o falante é falado por sua língua (9).

Esta afirmação pode ser corroborada com duas características da teoria. Primeiramente porque, como dissemos anteriormente, entre a competência e o uso, o elemento determinante é a competência. O uso, por sua vez, se define por sua maior ou menor aproximação com o sistema e, é claro, por outros ingredientes (talvez de cunho social), não explicitados. Em segundo lugar, porque, como consequência razoável destas premissas, ao separar o lingüístico do uso real da linguagem, Chomsky postula a linguagem ideal, da mesma forma que Husserl pensava em uma consciência universal.

A brusca separação entre o uso e a competência desconecta a linguagem do uso social e obscurece a relação linguagem e sociedade e a forma em que aquela se produz dentro desta. É preciso, porém, fazer algumas considerações: Chomsky faz uma remissão à psicologia, de maneira que, intrinsecamente, se a estrutura lingüística é também a estrutura da inteligência, as diferentes formas de seleção de material sintático pelos indivíduos,

(9) Ponzio, Augusto. Gramática Transformacional y Ideología Política. Ed. Castellana Nueva Visión. Fichas. 1974. Cap. 2. p. 24

seria indicativa das características da inteligência? Inclusive as distintas gramáticas, correspondentes às línguas distintas relacionar-se-iam a tipos psicológicos diferentes?

Uma linha de estudo pode guiar-nos à relação entre as estruturas mentais e a natureza biológica do homem: seria remetê-las à biologia humana. Outra derivação possível, lhe atribuiria a conexão entre as estruturas e o inconsciente.

A rigor, esta maneira de abrir as gramáticas generativas a certos "espaços" de investigação mantém o conflito entre a estrutura e o uso, e entre a competência e a "performance". Não obstante, pode-se pensar que por estes dois caminhos se viabiliza o encontro de certos esquemas mentais básicos no homem, cujo manejo pode estar em relação com caracteres psíquicos, ou ser próprio do âmbito social em que se desenvolvem, ainda que, sem dúvida, esta classe de análise exceda, por hora, o marco da teoria.

A desvinculação do uso histórico da linguagem é correlativa ao divórcio das gramáticas transformacionais com a funcionalidade da linguagem na comunicação. Assim, desaparecem as conexões da palavra com o complexo situacional e com a intencionalidade dos interlocutores. Desconecta-se uma área muito importante, cujo espectro pode ampliar o estudo da língua a certas formas de expressão, como os gestos, o silêncio, etc.

Estas questões ligadas à funcionalidade da linguagem justamente facilitam certas análises, reveladoras de alguns problemas nada simples, relativos à disposição sintática da língua. Herbert Marcuse fala a respeito do fechamento do discurso ("El hombre unidimensional", Ed. Castellana Seix Barral, Barcelona, 1969. p. 114), indicando que em certo tipo de sociedade a linguagem perde o processo de mediatização na consciência, onde se produz uma etapa de valorização cognoscitiva. O significado tende a identificar-se com as funções das coisas. O ontológico se define pela funcionalidade. Na articulação deste tipo de linguagem, tem um papel preponderante a disposição de seus termos, "todos têm em comum um afastamento e uma redução da sintaxe que limita o desenvolvimento do significado, criando imagens fixas, que se impõem às mesmas, com sua concreção opressora e petrificada" (Marcuse, Herbert. Op. cit. prec. p. 121). Encontramos neste texto duas notas relevantes. A sintaxe tem sua própria significação, independentemente do conteúdo semântico. É possível fazer-se uma interpretação desta disposição dos termos ao nível do uso que se faz de certas formas sociais.

Assim como a remissão à psicologia abria campo a uma investigação do caráter e tipologia da inteligência, neste caso, as formas sintáticas são motivo de reflexão como produto de certas configurações sociais que deixam transparecer o uso ideológico das mesmas.

Além disto, Marcuse considera a subordinação e o encobrimento do componente semântico como uma característica da linguagem de uma sociedade não somente opressiva mas destruidora.

Acho que a temática da semântica dentro do chomskismo terá, seguramente, novas formulações, porém, como se estabeleceu até agora, o sentido das orações dimana de uma interpretação do componente sintático; é gerado pelo sintático. O princípio das seleções restritivas é um claro exemplo desta preeminência sintática.

Com um critério inverso, John Searle faz notar (*La revolución de Chomsky en lingüística*. Ed. Castellana Anagrama. Barcelona. 1973 p. 39) que, ainda nos casos de orações bem construídas, é necessário a introdução de conceitos semânticos, independentes dos sintáticos. Por exemplo, a frase "John chamou Mary de republicana, então, ela o insultou", será bem construída somente se supusermos que, para os participantes, é insultante chamar alguém de republicano.

A partir desta perspectiva é possível propor como hipótese que, assim como se postula um sistema sintático a priori, pode-se encontrar dentro de cada cultura um universo semântico. As significações não só busariam sua forma de expressão adequada, como, também, se poderia encontrar dentro delas o sistema dos elementos semânticos fundamentais da cultura, produtores, de resto, das significações, e produzidos a partir desta cultura histórica. Por exemplo, parece que as relações de produção, de família, etc. demonstram uma análise dos conceitos básicos, logo reproduzidos em todas as estruturas cognitivas, emocionais e práticas da sociedade. Isto seria desarraigar a teoria da linguagem do puro formalismo para estabelecer um sistema generativo entre o uso e a competência, entre o semântico e o sintático.

A unidade entre o que expressamos até aqui e o direito surge com toda nitidez, pois dissemos, no começo, que o sistema das normas jurídicas é uma linguagem. Enquanto Kelsen e von Wright abriram uma brecha lógica dentro da linguagem do direito, permitindo visualizar a estrutura lógico-formal da ciência jurídica, a aplicação das gramáticas generativas facilitaria uma análise gramático-formal das normas jurídicas. Estabelecer-se-ia uma relação entre as normas apresentadas em sua linguagem natural e o sistema sintático profundo.

Para aplicar esta análise ao direito temos que ter, em princípio, consciência das limitações e dos problemas que surgem a nível epistemológico. Em particular, porque se vislumbra uma gama de explicações, como a teoria da comunicação, a qual tem grande relevância na interpretação da linguagem jurídica. Porque perde importância o componente semântico, quando grande parte do conteúdo ideológico das normas se aplica através da semântica dos enunciados normativos. Porque o direito, mediante a busca pura da sintaxe de sua linguagem, se desvincula do ser social. Neste aspecto, a linguagem jurídica poderia funcionar como uma "estranha" ao que lhe é pertinente. Estranha a quem, aonde e quando se produz, reduzida a um exótico conjunto de formas matemáticas, desprovidas de significado real, para o mundo e o contexto onde nasceram. Uma espécie de arqueologia osteológica. Porque, em definitivo, as questões de interpretação das normas resolvem-se assim a um nível exclusivamente literal, o qual implica em adotar um critério muito

concreto sob este tópico. Não somente porque sugere uma regressão a nível político, à ideologia desenvolvida em torno do código de Napoleão, mas também porque volta a questionar sobre o que é que se interpreta: as normas jurídicas ou a conduta humana?

Feitas estas ressalvas, considero importante, para finalizar, insistir em duas questões: a) como dissera Vernengo em uma obra citada anteriormente, no ato de interpretar a lei, têm um papel chave as substituições feitas pelo intérprete a nível sintático de acordo com suas motivações subjetivas, sempre dentro do esquema sintático condicionante (10). Isto dá idéia da abertura da teoria e do quanto é injusto colocar-lhe uma etiqueta definitiva. A estrutura sintática não passa, para Chomsky, de um mero descobrimento formal, a não ser que se vincule às estruturas psíquicas e, talvez, às sociais.

Por tudo isto, Augusto Ponzio (*Gramática transformacional e ideologia política*. Ed. Castellana Nueva Visión. Fichas. 1974. p. 28) parece um pouco exagerado quando, parafraseando um texto de Rossi — Landi, sustenta que: "A descrição chomskiana da competência e da atuação lingüística reproduz a condição do sujeito falante, alienado, no qual se reflete a manipulação que o sistema sócio-econômico exerce sobre ele". b) não podemos esquecer, tampouco, que a ciência dá explicações dentro de certas áreas, ressaltando determinados aspectos em detrimento de outros. Por isso é preciso não absolutizar cada descobrimento e considerá-lo como definitivo dentro de todos os campos do conhecimento humano.

Na ciência há níveis de análise aplicáveis a certos âmbitos e para consecução de certos objetivos precisos. Há teorias que são englobadas em outras teorias mais explicativas, e, assim, sucessivamente. O problema central está em situar os limites epistemológicos dentro dos quais se move cada uma delas.

(10) Vernengo, Roberto. *La interpretación literal de la ley*. Ed. Abeledo Renot. Bs. As. 1971 (pp. 98 e 99).

TELECOMUNICAÇÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

MARTIN BULLINGER
Professor na Faculdade de Direito de Fribourgen, Brisgau, França.

A liberdade de informação garantida pela Constituição e pela Convenção europeia dos direitos do homem é freqüentemente invocada para justificar ou para contestar o monopólio público do rádio e da televisão. Agora o problema se coloca de novo e de forma diferente, face ao rápido desenvolvimento dos meios técnicos de telecomunicação.

É bastante sabido que será possível, com a ajuda de cabos e mesmo de satélites de difusão direta, transmitir ao menos trinta programas de televisão ou seiscentos programas de rádio. O que, talvez, possa ser menos conhecido é que duas formas de teletexto estão ampliando as possibilidades de informar e de ser informado pela telecomunicação. Estes dois procedimentos de teletexto utilizam as reservas de redes de telecomunicação já existentes para transmitir no vídeo de um televisor normal textos escritos, no momento em que o telespectador o escolher, página por página, pressionando o número de código de uma página dado sobre o teclado de um pequeno seletor.

O primeiro procedimento permite transmitir junto a cada programa de televisão, invisível ao telespectador, entre cem e trezentas páginas de informação escrita de vinte e quatro linhas com quarenta símbolos cada. Este sistema de teletexto foi introduzido em 1974 pela BBC sob o nome de "Ceefax"; ele foi experimentado na Alemanha Federal sob nome de "Vidiotext", e na França sob o nome "d'Antiope". Sobre o teto da "Galeries Lafayette", em Paris, perto da Ópera, encontra-se não somente uma casa solar, mas também, no seu interior, uma instalação experimental do sistema "Antiope". A cada momento, pode-se fazer aparecer sobre a tela do televisor, sobreposto no programa de televisão ou o substituindo, uma das vinte e sete páginas de previsões meteorológicas para o mundo inteiro ou uma das oitenta páginas de informações da Bolsa.

O segundo procedimento de teletexto utiliza a rede telefônica. Um número quase infinito de informações, estocadas sobretudo pelos bancos de dados, pode ser transmitido por comando telefônico, sobre o vídeo do televisor de cada assinante. O correio federal

Conferência proferida em 07/12/1978 na Assembléia Geral da Sociedade de Legislação Comparada, em Paris, e publicada na Revue Internationale de Droit Comparé, Janvier-Mars, 1979. Autorizada pelo autor. Tradução de Henriqueta K. von Wackeritt e revisão por Eugênio Cruz Spaggiarin.

alemão e, se estou bem informado, os correios e telégrafos franceses pretendem introduzir este sistema e em 1982 sob o nome "Bildschirmtext" na Alemanha, ou "Titan" na França; na Inglaterra já existe um serviço experimental sob o nome de "viewdata".

Este desenvolvimento técnico da telecomunicação nada mais é do que um aspecto parcial da "Informação da Sociedade" que MM. Simon Nora e Alain Minc, respectivamente inspetor geral das Finanças e inspetor das Finanças, analisaram recentemente, em seu célebre relatório do Presidente da República, evocando as implicações políticas, econômicas, culturais e sociais. Quanto às implicações jurídicas dos novos meios de comunicação, sobretudo no que concerne à liberdade de informação, eles parecem ser, na França, menos atuais e de menor porte do que na Alemanha Federal, sem que os problemas de fundo sejam essencialmente diferentes, pois a estrutura federal e jurisdicional da Alemanha tende a transformar questões que são, na França, mais de ordem política, em questões de caráter jurídico e em controvérsias judiciais:

1) Se o T. D. F. (Serviço de Teledifusão Francês), o único competente para difundir "programas de rádio e de televisão" contestasse a competência dos Correios e Telégrafos para difundir, pela rede telefônica, os teletextos, visualizados sobre os televisores particulares, um tal conflito entre um secretário de estado e um estabelecimento público sob tutela do Primeiro Ministro permaneceria mais ou menos um negócio interno e só teoricamente poderia ser levado ao Conselho de Estado. Pelo contrário, o Correio Federal é confrontado com os Estados Federais (Länder) e seus sete estabelecimentos públicos de radiodifusão (Rundfunkanstalten) que estavam inclinados a pretender que se tratasse aqui de programas de televisão, escapando assim à competência e ao monopólio puramente técnico da Federação, portanto, submetido à competência dos Länder que confiaram o monopólio, até o presente momento, a única missão de difundir os programas aos estabelecimentos públicos de radiotelevisão. Além disso, a imprensa reclama uma participação para equilibrar as repercussões do novo serviço, que poderia, por exemplo, substituir em parte os anúncios classificados e assim arrastar consigo as dificuldades financeiras e mesmo o desaparecimento de quaisquer títulos da imprensa escrita que, em seu conjunto, goza de uma garantia constitucional. Não está excluído que um ou outro dos interessados possa se dirigir a um tribunal administrativo ou constitucional.

2) No que concerne ao teletexto que será transmitido com o programa de televisão (Videotext, Antiope), a imprensa alemã o chama de "jornal sobre a tela" para demonstrar sua disposição em difundir-lo. O Correio Federal parece estar disposto a conceder a um jornal, ou a um grupo de jornais, a concessão técnica exigida pela lei, concernente às instalações de telecomunicação; nesse caso, os estabelecimentos públicos de radiotelevisão pretendem que o "videotexto" represente uma forma de radiodifusão e entre, desta forma, em seu domínio, tudo indicando que eles não têm necessariamente a intenção de monopolizar o novo procedimento; sua posição é tão forte que uma parte dos emissores é gerado por eles. O litígio poderia ser levado ante um tribunal administrativo para esclarecer a situação jurídica. Na França não ocorre o mesmo. O T. D. F. e as três sociedades de programa, todos oriundos do antigo O. R. T. F., poderiam não chegar a um acordo no

que concerne à missão de um ou outro para difundir os teletextos. Uma divergência de pontos de vista não seria então de tal forma a facilitar a introdução do novo procedimento; mas é menos provável que ela tenda a se transformar em litígio. Por outro lado, a imprensa francesa não parece ainda ter manifestado a intenção de difundir ela mesma os teletextos.

3) Na França, as experiências-piloto de difusão de programas locais por cabos acabaram antes de haverem verdadeiramente começado, em decorrência de uma decisão tomada em alto nível de não mais conceber derrogação ao monopólio, entre outras coisas, para não mais lesar os interesses da imprensa regional. Nenhum dos interessados julgou necessário dirigir-se a um tribunal administrativo. O "affaire de Montpellier" que deu a um juiz de instrução oportunidade de invocar, a favor de uma rádio livre, a liberdade de informação, não dizia respeito à difusão por cabos e não teve outro efeito que não o reforço do monopólio através de sanções penais.

Também na Alemanha a difusão por cabos firma seus primeiros passos. Ora, uma batalha política e jurídica se desenrola em torno dos projetos que dizem respeito a uma tal difusão por cabos, e sobretudo em torno das experiências-piloto que foram recomendadas, há três anos, por uma comissão instituída pelo Governo Federal, conhecida sob o nome de "wittekommision". Não existe senão pela experiência piloto prevista em Mannheim e em Ludwigshafen para a qual as instituições privadas poderiam ser convidadas a participar, a saber em dois dos Länder (Bade-Wurtemberg, Rénanie-Palatinat) que são governados pelos democratas-cristãos, partido que se declarou recentemente favorável à abolição do monopólio público de radiotelevisão; Por outro lado, as outras experiências piloto serão provavelmente colocadas sob a responsabilidade de um estabelecimento público de radiotelevisão, mesmo em Munique, reduto dos socialistas-cristãos, onde parece que uma radiodifusão privada seja excluída pela Constituição Bávara. O Tribunal Constitucional Federal poderia ter ocasião de se pronunciar e de decidir se a liberdade de informação exige sempre, como o tribunal o determinou em 1961, de integrar em um estabelecimento de radiotelevisão todas as tendências representativas da opinião, ou se a superabundância de canais disponíveis em um sistema de difusão por cabos permite introduzir um regime de concorrência entre diversas estações públicas ou privadas, comparável ao regime da imprensa.

Malgrado estas diferenças nacionais, o mesmo problema fundamental se coloca na França, na Alemanha e em outros países. O regime jurídico dos "mass média" e outros meios de comunicação se vê confrontado com o desenvolvimento técnico dos meios de telecomunicação que, combinados com a miniaturização dos painéis eletrônicos, se seguem a um ritmo cada vez mais acelerado. Até um certo ponto, as instituições jurídicas devem sempre absorver a evolução dos dados técnicos, econômicos e sociais, adaptando-se sem, no entanto, serem descaracterizados. Pode-se, portanto, estar inclinado a incorporar os novos procedimentos de telecomunicação, seguindo suas características técnicas no regime dos meios existentes de comunicação social, seja no regime de monopólio da radiotelevisão, seja no regime de livre competição da imprensa, seja no regime de livre comunicação individual por telefone, telégrafo e telex. Ora, uma tal incorporação não poderia

conceder suficientemente importância à estrutura particular dos novos meios de comunicação e os submeter assim às regras jurídicas que não sejam apropriadas a eles, sobretudo no que concerne à liberdade de informação. Além do mais, uma incorporação tácita poderá dissimular o fato que os novos meios são de natureza a desequilibrar profundamente o funcionamento do sistema atual de informação e, portanto, acarretar necessariamente uma revisão desse sistema, senão propriamente da noção de liberdade de informação.

Parece-me, portanto, útil analisar, em um segundo momento, a estrutura particular dos novos meios e seu impacto sobre os meios de telecomunicação existentes, sob o aspecto da liberdade de informação, antes de fazer quaisquer reflexões, em um terceiro e último momento, sobre a noção de liberdade de informação e sua harmonização inevitável com o desenvolvimento técnico.

II

Para analisar a estrutura jurídica dos novos meios de telecomunicação e sua repercussão sobre os meios existentes, devemos nos afastar da situação atual e das doutrinas ou pré-julgados que os marcaram, pois os novos procedimentos não podem tomar um lugar importante antes de cinco a dez anos no máximo. Trata-se, portanto, de prognosticar um estágio ulterior, e o de diagnosticar, para tirar disso as conseqüências para o encadeamento de novos procedimentos desde a sua introdução, levando em conta os problemas de transição.

1) Deve-se constatar que as **vias de transmissão** das informações telecomunicadas (ondas herzianas e cabos) e os emissores, assim como os aparelhos de recepção, tornam-se multifuncionais, ou melhor, que eles se prestam a ser utilizados, consecutiva ou simultaneamente, para diversas formas de telecomunicação.

a) O exemplo mais notável é o **televisor**. Ele já se tornou um aparelho de múltiplas utilidades. Os "tele-jogos" têm aparentemente um sucesso significativo. Video-cassettes e mesmo video-discos, video-câmaras e magnetoscópios fazem do televisor um conjunto pessoal projetor-tela de programas individuais, além de sua função de telecomunicação. Dentro do domínio próprio da telecomunicação, o televisor está se transformando no "terminal-casa" de visualização para todas as formas de telecomunicação, quer se trate de programas de televisão, de teletextos, de conferências ou de outras formas de comunicação individual, ou que a difusão seja feita por ondas herzianas, por linha telefônica, por cabo coaxial ou por cabo de fibras óticas.

Segue-se daí que, a meu ver, não se pretende que toda a forma de visualização por televisor seja "televisão" no sentido das leis que regem o monopólio público. Isto parece ser geralmente reconhecido depois do fracasso de uma tentativa na Alemanha, visando a provar que a distribuição de programas gravados em video-cassettes seria um anexo da televisão, submetido à competência legislativa dos "Länder" e coberta pela missão de seus

estabelecimentos de televisão. Na verdade, não há monopólio público de visualização sobre a "pequena tela", mesmo se esta visualização é capaz de substituir os programas de televisão.

Por conseguinte, o fato que os teletextos ou as conversações individuais sejam visualizados sobre a pequena tela não acarreta sua transformação em "televisão" e, por isso sua submissão ao monopólio público de programação.

b) Uma multifuncionalidade semelhante caracteriza progressivamente as **vias de transmissão**. Por fios telefônicos já transmitem, há pouco tempo, telecópias cujo novo serviço leva o nome de "Telefax", seguindo-se teletextos do tipo Titan; as técnicas sofisticadas provavelmente permitirão duplicar a transmissão; isto é, transmitir a um assinante pela mesma linha telefônica teletextos ou telecópias ao mesmo tempo que as conversações telefônicas. Um duplo emprego já é possível no que concerne às freqüências de televisão, por ondas herzianas ou por cabos, pois as linhas de imagem televisionada não utilizadas permitem a transmissão de um número limitado de teletextos do tipo Antiope ou Ceefax. O cabo coaxial e mais ainda o cabo de fibras óticas oferece um espectro quase que ilimitado de formas de telecomunicação.

É preciso, creio, tirar dessa multifuncionalidade técnica as conseqüências jurídicas. Se um meio de transmissão é ligado a um estabelecimento público ou privado para uma certa forma de telecomunicação, esta ligação não cobre automaticamente todas as utilizações suplementares que se formam tecnicamente possíveis. Assim, um estabelecimento público de radiotelevisão não dispõe das freqüências de ondas herzianas que lhe são ligadas a não ser para a difusão de seus "programas". Os teletextos não estão compreendidos a não ser dentro da medida em que eles pertencem à categoria de programas, tendo a mesma estrutura de informação ou preenchendo uma função auxiliar e indispensável aos programas, como é o caso, talvez, para os subtítulos sob comando, por exemplo, aqueles destinados aos mal-entendidos.

Estas reflexões permitem uma primeira conclusão mais geral. A multifuncionalidade progressiva dos aparelhos e dos meios de transmissão exclue a atribuição aos monopólios públicos de regular certas categorias de informação telecomunicada de todas as outras formas e sobretudo de novas formas de telecomunicação para as quais os mesmos aparelhos ou meios de transmissão são utilizados. É, portanto, a meu ver, exclusivamente a estrutura de informação telecomunicada que determina se ela entra no campo de aplicação do monopólio público ou se ela está, na falta de nova legislação, que a extenda ao monopólio, submetida diretamente à liberdade de cada um de informar e de ser informado.

2) É então necessário analisar a estrutura da informação telecomunicada, critério essencial de sua classificação jurídica. Essa análise não deve se limitar às novas formas de telecomunicação, pois o desenvolvimento técnico pode acarretar, para a estrutura das formas existentes de telecomunicação, uma sensível deformação.

a) De um lado, deve-se constatar que há novas formas de informação telecomunicada que correspondem essencialmente às formas existentes cujo regime jurídico é bem estabelecido. A telecópia se assimila sem problemas, sendo uma telecomunicação individual de pessoa a pessoa, ao telefone e ao telégrafo, cuja utilização é regida pela liberdade de informar e de ser informado, onde somente os meios de transmissão e os aparelhos estão submetidos ao monopólio do Estado. De outro lado, uma telecomunicação por cabos representa um "programa" de televisão ou de rádio no sentido das leis que regem o monopólio quando se trata de uma série consecutiva de informações audiovisuais estabelecida unilateralmente segundo uma grade, difundida a um público indeterminado e destinada a ser recebida simultaneamente por este mesmo público. O fato de que um programa difundido por cabos somente possa ser captado por aqueles que são ligados à rede de cabos não constitui, a meu ver, um elemento de individualização, suficiente para o distinguir essencialmente de um programa difundido por ondas herzianas, embora cada um tenha o direito de se fazer reatar à rede de cabos. Esta qualificação não significa, contudo, que seja justificado e compatível com a liberdade de informação de submeter toda a gama de programas passíveis de difusão por cabo ao monopólio público.

b) As outras formas de informação telecomunicadas não correspondem nem a um nem a outro desses modelos "clássicos" de telecomunicação, pois se trata de uma transmissão automática de **informações específicas sob comando individual**.

Um exemplo conhecido há muito tempo é fornecido pelo serviço de informações automáticas por telefone, como o "relógio falante" ou as previsões meteorológicas. À mesma categoria pertencem os novos teletextos. Eles são, às vezes, difundidos sob comando, como os teletextos transmitidos por linhas telefônicas, ou difundidos continuamente mas retransmitidos sobre a pequena tela unicamente sob comando individual, como os teletextos do tipo Antiope ou Ceefax que acompanham de maneira invisível o programa de televisão. À diferença do telespectador habitual que aperta um botão para se submeter, em uma atitude mais passiva e receptiva, à transmissão de uma seqüência determinada de emissões concebida para agradar o maior número, o leitor de teletextos escolhe deliberadamente, sob catálogo, uma certa informação específica que ele não encontra, ou pelo menos no momento, na televisão, como por exemplo, o curso dos valores da bolsa da siderurgia alemã, página x das informações da bolsa. A atitude do leitor do teletexto não difere senão um pouco da atitude daquele que recebe as informações da bolsa por telefone, telex ou telefax, ou que compra o "le Monde" para nele consultar a página 33 intitulada "Os mercados financeiros". É difícil ver como o teletexto isolado, silencioso e prosaico como uma página de revista técnica, poderia exercer a influência quase irresistível que se atribui aos programas de televisão para justificar o monopólio público. Graças à sua especificidade, e sobretudo à sua seletividade, o teletexto não é de natureza a promover ou ameaçar consideravelmente o equilíbrio político ou o nível cultural.

Em resumo, várias características do teletexto distinguem profundamente sua estrutura daquela dos programas de televisão no sentido das leis que regem o monopólio público: sua disponibilidade sob comando individual, sua especificidade, sua semelhança visual

a uma página de livro ou de jornal, a atitude ativa e seletiva de seu leitor, a ausência de "pacotes" de emissões destinadas a impor ao público um certo equilíbrio político e um certo nível cultural.

Ora, o teletexto não pode mais ser inteiramente atribuído à imprensa escrita. Há, seguramente, uma certa semelhança visual; há também a possibilidade de transmitir sobre a pequena tela jornais em miniatura e mais tarde jornais inteiros, e haverá ulteriormente a possibilidade de imprimir seu jornal em sua casa, graças a um pequeno aparelho "fac-simile" acoplado ao televisor. Uma tal semelhança ou mesmo convergência entre o teletexto e a imprensa escrita somente é virtual e parcial. O teletexto se presta a múltiplos usos, cuja aparência visual ou função não correspondem àquela da imprensa escrita. O procedimento do teletexto pode, por exemplo, servir a subtítular sob comando uma emissão de televisão ou colocar à disposição de todos as informações guardadas nos bancos de dados. Não somente os meios de transmissão do teletexto são multifuncionais, mas, também, o próprio teletexto.

Não sendo nem do domínio do monopólio público de programas televisionados nem do domínio exclusivo da imprensa escrita, o teletexto é então regido, na falta de legislação contrária, pela liberdade de cada um de informar e de ser informado.

c) A seletividade e a especificidade, em suma, a individualização da telecomunicação, traço essencial dos teletextos, podem se infiltrar dentro do domínio próprio da radiotelevisão, sob a forma de emissões clandestinas, que não podem ser decodificadas a não ser por aqueles que os comandaram ou que são assinantes desse sistema. É a radiotelevisão "à la carte", da qual a "Pay TV" americana não é senão uma variante. Um tal serviço torna-se possível desde o momento em que, graças à instalação de cabos coaxiais ou a fibras óticas, os canais disponíveis se encontrarão multiplicados. Não se trata mais de "programas" de televisão no sentido de seqüência de notícias, de filmes, de variedades e outras emissões que, no seu conjunto, são destinados a fornecer ao público um equilíbrio político e cultural. Comandados "à la carte", os elementos de programa são dissociados e individualizados, tornando-se assim um sortimento de teleinformações à escolha, mercadorias audiovisuais, comparáveis aos filmes oferecidos por uma grande quantidade de cinemas e aos espetáculos oferecidos em video-cassettes por diversas empresas.

Esta estrutura de informação individualizada, que as emissões "à la carte" apresentam, tem, segundo me parece, por consequência jurídica, que não se trata aqui de programas de televisão no sentido das leis que regem o monopólio público. Pode-se fazer a pergunta se será desejável e constitucionalmente possível, visto a liberdade de informação, não abrir o caminho a uma dissociação de elementos de programa e à sua transformação em artigos oferecidos em catálogo, seja fechando o caminho à instalação de redes de cabos, seja interditando sua plena utilização.

d) Parece-me, pois, que, a longo prazo, a individualização deverá se infiltrar no domínio da radiotelevisão em geral e transformar assim profundamente sua estrutura, o que

tornará pouco eficazes as medidas tomadas para evitar esta mesma individualização através dos teletextos ou transmissões "à la carte".

Em primeiro lugar, os magnetoscópios, videocâmaras, videocassetes e videodiscos permitirão progressivamente aos telespectadores compor seu próprio programa da noite, seja substituindo em parte ou inteiramente as emissões difundidas em diferentes canais de "conservas" industriais ou pessoais, seja registrando automaticamente certas emissões da televisão para projetá-las na pequena tela à hora escolhida. Uma emissão cultural para o "menor número", difundida muitas vezes tarde da noite para não prejudicar as rendas publicitárias, pode assim ser vista imediatamente antes ou após as notícias, em lugar da publicidade e das emissões ligeiras que a cercam. Na realidade, uma emissão cultural pode facilmente ser substituída por um filme policial ou um espetáculo de variedades, comprado ou pré-registrado.

Seria arriscado acreditar que uma tal mudança na atitude dos telespectadores, até então bastante passiva senão fatalista, seja excluída na França ou na Alemanha. A nova geração, sobretudo, já está habituada às calculadoras e aos fonocassetes; ela se acostuma a aos videocassetes, videodiscos e videocâmaras. É difícil imaginar que a nova geração de telespectadores esteja mais tarde, face à múltipla escolha oferecida por um equipamento eletrônico sofisticado instalado à domicílio, pronta a se submeter à seqüência de emissões audiovisuais concebidas segundo critérios que não são os seus.

Além disso, a dependência dos telespectadores da seqüência dos programas nacionais de televisão diminui na medida em que os telespectadores podem substituí-los por programas estrangeiros. Não é somente para a França que existem "estações periféricas" que são mais ou menos controladas pelo governo. Nas regiões fronteiriças os telespectadores podem se inclinar em direção às estações estrangeiras, e disso parecem lucrar de bom grado da tese oficial de cada país, segundo a qual as estações nacionais fornecem um serviço satisfatório a todas as necessidades. Para os telespectadores, que podem de tal maneira escolher seu próprio programa selecionando e utilizando diferentemente os elementos de programa de 6, 9 ou 12 estações nacionais e estrangeiras, os programas nacionais levam a característica de emissões "à la carte".

A possibilidade de receber os programas estrangeiros de televisão poderia se generalizar, com a ajuda de antenas comunitárias possantes ligadas por cabo às moradias individuais. Na cidade de Ulm, por exemplo, o Correio Federal está instalando uma antena central ligada a uma rede local de cabos que vai não somente melhorar a recepção de três programas alemães, mas também possibilitar a recepção de vários programas estrangeiros até então de recepção mais ou menos difícil. Poder-se-ia perguntar se se trata ainda de uma recepção por antena "coletiva", então sob regime da liberdade de informação, ou desde logo de uma repetição de emissão de programas regida pelo monopólio público. Na Alemanha, parece não haver firme oposição ao monopólio público senão quanto à retransmissão de programas de difícil recepção, no lugar, por exemplo, da ajuda de uma antena central instalada em um determinado lugar onde as condições de recepção sejam melhores que as

de uma comunidade mal atendida. Na França, mesmo uma amplificação e retransmissão por cabos, de programas estrangeiros recebidos "normalmente" são permitidas só eventualmente sem que fique claro se estes critérios sejam geralmente respeitados na prática.

Os satélites de difusão direta, os quais muitas vezes, conforme Madame Simone Courteix, atendiam a uma "televisão sem fronteiras" são, agora, em consequência de um acordo internacional, concebidos como satélites de programação nacional, que de uma distância de 36.000 km em órbita geo-estacionária, dirigem suas emissões exclusivamente para seu território nacional, não alcançando mais que as regiões fronteiriças dos Estados vizinhos. Não obstante, os equipamentos suplementares permitirão a cada pessoa captar os sinais da zona fora de recepção normal. Assim, os programas franceses e alemães serão receptíveis praticamente em toda a Europa.

Em resumo, digamos que, sem a intervenção do Estado, o desenvolvimento técnico faz nascer não somente novos procedimentos de telecomunicação que, graças à sua seletividade e especificação, escapam ao monopólio público de programação, mas também, para as próprias emissões de rádio e de televisão, uma seleção que acarretará a dissociação de elementos de programa e uma individualização de sua "consumação". Uma tal individualização não seria suficiente para privar o monopólio público das emissões de rádio e de televisão, mas para tornar cada vez mais difícil a realização de idéias políticas e culturais que formam a base teórica do monopólio.

III

Para evitar que os novos meios e possibilidades de telecomunicação não possam tender a uma erosão da base do monopólio público de radiotelevisão, poder-se-ia tentar, tanto na Alemanha, como na França, interpretar o direito ou restringi-lo de sorte que os novos meios sejam freados em sua comercialização, sujeitos ao monopólio ou às restrições comparáveis. Uma tal reação deveria, então, nestes dois países, levar em conta o princípio constitucional da liberdade de informação, e a própria noção desta liberdade deveria levar em conta as notícias dadas e perspectivas da telecomunicação. Na Alemanha, os tribunais constitucionais e administrativos estabeleceram uma jurisprudência que outorga à liberdade de informação uma importância primordial para o regime jurídico da "mass média", sem no entanto levar suficientemente em consideração o desenvolvimento rápido dos novos meios de telecomunicação. Na França, o Conselho Constitucional e o Conselho de Estado fazem valer cada vez mais os direitos fundamentais estabelecendo um critério de constitucionalidade de leis, decretos, regulamentos e circulares.

A fim de não me perder em detalhes que cada constituição coloca de maneira diferente, restringir-me-ei a tecer algumas considerações gerais que me parecem se impor nos dois países.

1) Em primeiro lugar, como já mencionei, a liberdade de informação tem dois aspectos: a liberdade de informar e a liberdade de se informar, ou melhor dito, a liberdade

de transmitir as informações e a liberdade de se obter informações. Ora, isto muitas vezes não é senão o primeiro aspecto visado, quando se trata de defender ou de colocar em dúvida o monopólio público de radiotelevisão, de discutir se o número limitado de frequências e a influência particular da radiotelevisão justificam ou não a exclusão de estações particulares e de um regime de competição comercial comparável àquele da imprensa.

É, contudo, a liberdade individual de cada um de obter as informações por todo meio que deveria se tornar um critério decisivo quando se trata de tirar as consequências jurídicas da individualização da telecomunicação que o desenvolvimento técnico possibilita. Parece estabelecido que seria excluída a proibição de utilização do material leve audiovisual como, por exemplo, os magnetoscópios ou os videocassetes para evitar que se substituam os programas públicos de televisão pelos programas particulares. Dever-se-ia, ainda, determinar se a instalação de antenas comunitárias e de redes de cabos destinados a permitir a recepção de programas estrangeiros não receba da liberdade individual de se informar uma legitimidade constitucional que se opõe a uma interdição.

A extensão aos teletextos do monopólio público de programação, teletextos que se prestam a uma utilização múltipla, específica e seletiva, constituiria uma restrição à liberdade de informação não somente para aqueles que seriam interessados em sua difusão, mas também para o grande público que estaria assim privado de escolher entre um número de serviços públicos ou privados de teletextos, de escolher, por exemplo, entre a transmissão de informações estocadas nos arquivos da imprensa e a transmissão de informações estocadas nos arquivos de um instituto público para a proteção dos consumidores, entre as notícias breves de um jornal, de uma agência de imprensa ou de estabelecimento público de televisão.

Uma intervenção do Estado no processo de individualização da telecomunicação deve então encontrar, entre outras coisas, uma justificativa a respeito da liberdade de se informar.

2) Em segundo lugar, a noção de liberdade de informação, tradicionalmente dirigida contra as intervenções ativas do Estado, deve ser revisada para cobrir também a inatividade do Estado, na medida em que a lei ou o desenvolvimento técnico faz com que o Estado sozinho disponha dos meios de telecomunicação ou de outros meios necessários ao exercício da liberdade de informação.

As autoridades públicas poderiam dentro dos dois países frear os processos de individualização da telecomunicação por simples inatividade, não colocando as linhas telefônicas e os emissores de televisão à disposição dos serviços de teletextos, não instalando redes de cabos, não permitindo a passagem de cabos privados sob vias públicas, não lançando satélites de difusão direta. Uma tal atitude poderia ser considerada como sendo equivalente a uma interdição. Ora, seria muitas vezes difícil de fazer prevalecer a liberdade de informação, pois as prioridades políticas outorgadas a outros investimentos podem facilmente justificar a inatividade governamental. O mesmo não acontece se os grupos de telespec-

tadores, de comunidades locais ou de empresas privadas, estiverem prontos a financiar o investimento. Recusar esta oferta revelaria, então, que o argumento financeiro nada mais seria do que um pretexto para ocultar uma recusa de fundo político. Esta recusa política entra abertamente em conflito com a liberdade de informação quando as autoridades públicas usam seu poder discricionário no domínio das vias públicas para barrar o caminho aos cabos e a outros meios de telecomunicação individualizado.

3) Em terceiro lugar, a liberdade de informar e de se informar não está limitada às informações e meios de comunicação julgadas necessárias ou úteis para o governo, pelos partidos políticos, pela maioria da população, pelos sociólogos, pelos psicólogos e outros especialistas. Na liberdade de informação somente sofrem restrições extremas, entre outras, a interdição de atacar os bons costumes e a ordem pública.

Deve então estar excluído interditar os novos meios de telecomunicação individualizados, pela simples razão que eles seriam supérfluos, visto a massa de meios de informação já existente. Contrariamente, será indispensável analisar os efeitos e perigos particulares dos novos meios e possibilidades de telecomunicação para fixar especificamente os limites da liberdade individual, tendo em consideração, por exemplo, o fato de que o acesso às informações telecomunicadas a domicílio pode ser mais fácil que o acesso às informações publicadas nas revistas especializadas e que, por consequência, a proteção à juventude exige restrições mais fortes que para a imprensa.

4) Em quarto lugar, a liberdade de informação exige, em princípio, permitir uma diversificação das fontes de informação e as possibilidades individuais de se informar.

É possível, como as publicações científicas o pretendem, que não seria nem necessário nem útil para a livre formação da opinião pública aumentar ainda a diversificação das fontes de informação, e que o equilíbrio político poderia sofrer assim como o nível cultural. Ora, uma tal eventualidade não é suficiente para restringir a liberdade de informação, dado que a diversificação acrescida dos meios de informação poderia, ao contrário, facilitar a livre formação da opinião pública sem criar consequências intoleráveis para o nível cultural e a ordem pública.

De qualquer modo, os julgamentos e prognósticos, passando de um entusiasmo pouco impregnado de realismo a um pessimismo forçado e impregnado pelo temor de perder as posições estabelecidas, não podem, a meu ver, justificar, sem verificação, uma restrição definitiva da liberdade de informação. Seria, portanto, indispensável pôr em obra as experiências-piloto e abri-las a todas as novas formas de telecomunicação individualizadas, assim como que a todos os interessados, seja pela difusão de informações, ou por sua recepção, antes de tomar decisões restritivas e definitivas.

5) Em quinto e último lugar, a liberdade de informação deve ser compreendida como uma **garantia institucional** exigindo que a livre formação de opinião não seja seriamente encetada, o que poderia ser o caso se a imprensa escrita, elemento indispensável do plu-

ralismo atual da informação, e, sobretudo, os cotidianos perdessem sua base econômica sob influência dos novos meios de telecomunicação, sem que um pluralismo equivalente os substitua.

Deve-se, então, analisar, e tanto quanto possível verificar, qual seria o efeito dos novos meios e possibilidades de telecomunicação individualizada para o conjunto de instituições que representam atualmente o pluralismo de informação. Entre outras coisas, seria possível que as dificuldades financeiras dos cotidianos inter-regionais sejam perigosamente agravadas se os teletextos venham a substituir em grande parte os anúncios classificados.

Ora, tais ataques ao equilíbrio atual dos meios de informação não são necessariamente de natureza a justificar um bloco de novos meios e possibilidades. Todo desenvolvimento técnico acarreta problemas de adaptação para as posições estabelecidas. É necessário, então, procurar se os novos meios e possibilidades de telecomunicação poderiam ser utilizados de forma que os efeitos nefastos para o pluralismo de informação sejam compensados. Assim, o teletexto poderia permitir aos jornais atualizar suas informações e fazer progressivamente uso de uma distribuição eletrônica que, em combinação com a fotocomposição, serviria a racionalizar e, assim, a consolidar sua contribuição à liberdade de informação.

A Constituição dos dois países não parece permitir, e esta será minha conclusão final, um bloqueio absoluto de novos meios e possibilidades de telecomunicação individualizada. Far-se-á necessário harmonizar, e isto não me parece impossível, o desenvolvimento técnico com a garantia constitucional da liberdade de informação como ela é formulada na Convenção Européia dos Direitos do Homem:

"Toda pessoa tem direito à liberdade de receber ou de comunicar as informações ou as idéias sem que possa haver ingerência de autoridades públicas e sem consideração de fronteiras."

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

HERON ARZUA
Advogado em Curitiba.

Espécies de empréstimos compulsórios. Aplicação do regime jurídico-tributário. Particularidade dos empréstimos denominados "excepcionais". Natureza jurídica. Questão da retroatividade do empréstimo do D. L. 1.782/80. A adoção do Decreto-Lei para a criação do empréstimo. Conclusões.

1. Expressiva parcela dos nossos estudiosos de direito tributário vem concluindo re-vestir-se o empréstimo compulsório, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.782, de 16 de abril de 1980, para absorção temporária de poder aquisitivo, de natureza tipicamente tributária.

O embasamento da referida ilação se encontra no item II, do § 2º, do art. 21, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, (doravante designada de *Constituição*), *ipsis*:

A União pode instituir:

II — empréstimos compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário.

Diante de tal norma, impõe-se a afirmação ser o empréstimo compulsório inconstitucional, por violar o princípio da anterioridade (art. 153, § 2º) e, num segundo lance, por atentar contra o ato jurídico perfeito (art. 153, § 3º), à vista de que o Decreto-Lei estabeleceu como pressuposto para a incidência da norma fatos passados e concluídos. (Art. 2º, do D.L. 1.782/80).

É de se ressaltar que, antes mesmo da Reforma Tributária de 1965, ponderável contingente de tributaristas pátrios já sustentava a assimilação do empréstimo compulsório ao tributo. (Alcides Jorge Costa, Amílcar de Araújo Falcão, Aliomar Baleeiro, Alfredo Augusto Becker, Rubens Gomes de Souza, João Mangabeira, e outros).

2. Gostaríamos de fazer, contudo, algumas colocações, constitucionais e teóricas, que podem mudar o enfoque da questão, ciente da advertência de que "quando se quer determinar a natureza jurídica do empréstimo compulsório, o propósito é sobre tal base construir ou identificar o regime jurídico".

3. Primeiramente, o fundamento do D.L. 1.782/80 não é o item II, do § 2º, do art. 21, da *Constituição*, que cogita, como se viu, de empréstimos compulsórios para casos especiais.

A base maior do citado ato legal é o § 3º, do art. 18, da Carta, dispositivo vindo diretamente do art. 4º, da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, (Reforma Tributária), e assim redigido:

§ 3º — Somente a União, nos casos excepcionais definidos em lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios.

“Casos excepcionais”, alicerce dessa espécie de empréstimo, são aqueles previstos expressamente no Código Tributário Nacional, diploma com eficácia de lei complementar (reconhecida pela comovedora unanimidade da doutrina e jurisprudência) que cuidou da matéria:

Art. 15 — Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:

- I — guerra externa, ou sua iminência;
- II — calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;
- III — conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo.

Em efeito, “casos excepcionais”, como gizado na Constituição e no Código Tributário Nacional, são acontecimentos de exceção, verdadeiras situações de emergência e de transitoriedade, que escapam da normalidade dos fatos sociais. Não se compadeceria com a lógica, nem com a sistemática constitucional, tivessem tais eventos excepcionais — guerra, calamidade ou necessidade de absorção de poder aquisitivo — de se enquadrar na regra da anterioridade, ou seja, devesse o Governo esperar o exercício seguinte aos dos eventos, para fins de cobrança do empréstimo compulsório.

Esse entendimento não se alteraria ainda que se reconhecesse no empréstimo compulsório uma variante do gênero tributo. Ter-se-ia no passo um dos “demais casos da Constituição” a que alude o § 29, do art. 153, para excluí-lo da incidência do princípio da anterioridade.

Daí a separação que a Carta de 1969 fez, deliberadamente, entre o que denominaríamos empréstimos especiais e empréstimos excepcionais.

Aliás, é a partir da Emenda 1/69 que se criou uma segunda espécie de empréstimo compulsório, para os casos ditos especiais. E já se tem exemplo de empréstimo dessa jaez: é o instituído pela Lei Complementar nº 13, de 11 de outubro de 1972, em favor das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás). A essa espécie, que nada tem de excepcional, a Lei Maior determinou a observância do regime jurídico-tributário. (Art. 21, § 2º, II).

4. A Constituição tratou, de consequente, em duas normas distintas, de dois tipos de empréstimo compulsório, um para casos excepcionais, e outro para casos especiais. E somente para estes últimos estatuir a cláusula:

“... aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário”.

Que pode significar isso? Qual a verdadeira dicção das normas constitucionais?

Para nós, uma conclusão imediata pode ser extraída da interpretação integrada do texto constitucional. É a de que aos casos excepcionais de empréstimo compulsório (art. 18, § 3º, da Constituição, e art. 15, do Cód. Trib. Nac.) não tem cabida os princípios constitucionais relativos aos tributos e às normas tributárias.

E mais ainda: se a Constituição entendeu necessário aplicar o regime tributário aos empréstimos especiais é porque não reconheceu na figura do próprio empréstimo compulsório uma modalidade de tributo. Se tributo fora, não haveria nenhuma razão para a existência do mandamento contido no item II, do § 2º, do art. 21.

5. A postura constitucional, portanto, ao revés do que pensam prestigiosos tributaristas brasileiros, reforçaria consideravelmente a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, consignada na Súmula 418, inobstante ter sido ela tirada sob a égide da Constituição de 1946:

“O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária.”

Participaria o empréstimo compulsório da natureza jurídica dos “contratos coativos” ou “contratos forçados”, nos quais normas imperativas de ordem pública restringiram não só a liberdade de contratar (respeitante ao conteúdo dos contratos), mas como atingiram a própria obrigação de contratar, assimilada a simples ato de obediência. (V. “Problemas de Direito Positivo”, San Tiago Dantas, Rev. For., R. J., 1953, págs. 14 a 33).

O direito moderno, como acentuou o Ministro Evandro Lins (voto proferido no R. O. nº 11.252, de 23-3-64, do Paraná), evoluiu em termos contratuais até a supressão total do acordo de vontades. Ocorre quando uma pessoa é forçada a integrar uma relação contratual, assumindo direitos e obrigações. Inúmeros os casos em que a lei, fundada no interesse público, constringe o particular a participar de contratos. (Venda compulsória de café ao Instituto Brasileiro do Café; compra de ações da Petrobrás; depósito compulsório de fundos no Banco Central, pelos bancos particulares; renovação compulsória de contrato de locação, etc.).

Anotando a existência de pelo menos dois tipos de contratos coativos, um cuja conclusão é imposta a uma das partes por expressa determinação legal (v.g., o seguro de responsabilidade civil para circulação de veículos a motor), e outro em que uma pessoa é colocada na relação contratual por virtude da lei, sem que tenha que formular qualquer manifestação de vontade, o eminente jurista enquadra nesta última hipótese o empréstimo compulsório.

Numa palavra, o único elemento comum nos esquemas de empréstimo compulsório e tributo seria o parâmetro da obrigatoriedade. Mas essa única nota — a coerção exercida pelo Estado — não seria suficiente para dar ao empréstimo compulsório, de natureza contratual, o caráter de tributo que é de natureza unilateral. Tratar-se-ia de um contrato de direito público por meio do qual o Estado toma por empréstimo dinheiro das pessoas, as quais estão obrigadas a subscrever uma soma proporcional à sua fortuna ou à sua renda, com garantia de restituição posterior.

A coercitividade, traço que aproxima o empréstimo compulsório do tributo, não teria o condão de desnaturalizar a contratualidade no atual estágio de elaboração do direito das obrigações. Outra particularidade do empréstimo, que a extrema do tributo, seria sua não integração definitiva no patrimônio do Poder Público.

6. Em verdade, parece certo que o direito positivo brasileiro, ante diversas correntes doutrinárias que pretendem explicar a natureza jurídica dos empréstimos compulsórios (misto de imposto e empréstimo; ou requisição em dinheiro; ou contrato forçado; ou tributo), não se filiou abertamente a nenhuma delas.

Não tendo reconhecido o caráter tributário do empréstimo, mandou, dada à presença do elemento comum — a compulsoriedade na exigência da prestação pecuniária, aplicar as normas do tributo a uma de suas espécies, e o regulou na parte do "sistema tributário" da Constituição.

De outro lado, na saberça de que o fato da restituição afasta o empréstimo das notas do tributo, deixou livre das peias tributárias a outra modalidade de empréstimo compulsório — a dos casos excepcionais. Por aí, a justificativa da manifesta ausência do mandamento de sujeição ao regime tributário.

Ao argumento de estar o assunto incluído no capítulo tributário da Constituição, lembraríamos que muitos preceitos dessa ordem se encontram espalhados por todo o texto constitucional e de que a parte propriamente tributária contém disposições que nem ao de longe dizem respeito a tributos. (V. g., a participação dos entes públicos no produto da arrecadação dos impostos).

7. Restaria examinar, na oportunidade, a objeção de que conclusão desse tipo implicaria no reconhecimento de que a Constituição conferira ao Governo, ou ao legislador, ampla liberdade para exigir empréstimos, sem quaisquer sujeições ou limites. É questão relevante posta por **Geraldo Ataliba**. ("Sistema Constitucional Tributário", p. 289).

Quer-nos parecer, com a devida vênia do mestre paulista, que as coisas não se passam assim. A primeira restrição situa-se no âmbito da competência: somente a União pode criar empréstimos compulsórios. Depois, a alocação "casos excepcionais" não é vazia de sentido e conteúdo; ao contrário, ela é limitada, restrita, restritiva. Tanto é que as hipóteses de "empréstimo excepcional", previstas na Lei 5.172/66, reduzem-se a guerra, calami-

dadê pública e absorção temporária do poder aquisitivo. Não se olvida, de igual modo, deverem referidos casos estar definidos em lei complementar, isto é, em lei para cuja aprovação se requer **quorum** qualificado. (Art. 50, da C.F.). Finalmente, para a instituição dos empréstimos compulsórios exige-se manifestação do Congresso Nacional, **prévia** no caso de lei, ou **posterior** na hipótese de decreto-lei.

Garantias constitucionais as há, pois; até porque interpretação diferente conduziria à negação do próprio instituto do empréstimo compulsório, resumido, então, a mero tributo federal restituível.

8. Não há, igualmente, necessidade de a lei instituidora do empréstimo ser de feição complementar. Os pressupostos de sua criação é que devem constar de lei desse teor. A sua efetivação se concretiza por via de lei ordinária ou decreto-lei (que é lei sob condição resolutive), este autorizado expressamente no item II, do art. 55, da Constituição.

E é o decreto-lei, pensamos, por seus requisitos de urgência ou interesse público, o instrumento legislativo que mais se compadece com a natureza do "empréstimo excepcional", à vista de seu sinal, de sua marca ínsita, de emergência, transitoriedade e exceção.

9. Corolário de que o empréstimo compulsório exigido para casos excepcionais, não se sujeita às disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do direito tributário, é a inviabilidade de se querer jungi-lo aos termos do art. 105, do Código Tributário Nacional, que define a aplicação da lei tributária a hipóteses de incidências futuras. Este é o desdobramento normativo, na matéria tributária, do postulado inserido no § 3º, do art. 153, da Constituição.

Em não sendo tributo, não há falar-se em retroatividade jurídica.

Abrimos aqui um parêntese para pôr em relevo a circunstância de que, na própria sistemática do imposto sobre a renda, em virtude de o fato impositivo se considerar ocorrido juridicamente no último dia do ano-base ou no primeiro do exercício financeiro seguinte, também se verifica a chamada "retroatividade econômica", em que fatos já concluídos são apanhados por leis editadas ao final do ano. Nem por isso se acoíma da pecha de ilegitimidade diplomas que tais. Mas, a rigor, afetam atos e negócios já encerrados, a que o Direito, em razão de poder construir suas próprias realidades normativas, outorga plena juridicidade.

O D. L. 1.782-80 apanhou fato passado simplesmente como referência, marca, presunção de capacidade financeira, índice de riqueza patrimonial, para eleger pessoas aptas, na dicção legal, a emprestar para a Fazenda Pública. Tanto que o decreto-lei não se vincula a rendimentos, mas sim a ingressos, o que inclui até as heranças e doações, denotando ter apanhado, como fulcro do empréstimo, situação estritamente patrimonial.

E o Decreto-Lei 1.790, de 9 de julho de 1980, que trouxe a regra da limitação do montante do empréstimo ao máximo de três por cento do valor do patrimônio líquido do mutuante (art. 5º, alteração II), confirma não ser imposto o empréstimo compulsório em exame e, muito menos, imposto sobre a renda.

10. Uma derradeira observação talvez tenha lugar: se o empréstimo compulsório, no direito constitucional brasileiro, tributo fosse — **tributo com promessa de restituição** (no dizer da doutrina), então qual o sentido da atribuição privativa à União de criação de empréstimos compulsórios?

Não há preceito constitucional e nenhum óbice legislativo de patamar menor que vede aos Estados e Municípios instituírem tributos e devolverem, na parte ou todo, o produto da sua arrecadação ao contribuinte. Tal prática, aliás, já se verificou no passado, referentemente ao imposto sobre circulação de mercadorias (ICM), quando os Estados, para fins de incentivo à industrialização, estatuíram regras de devolução de parcela do mencionado imposto.

Em casos excepcionais ou especiais, é evidente que somente a União decretaria empréstimos compulsórios. Mas, no manejo de seus respectivos tributos, Federadas e Municípios poderiam estabelecer verdadeiros empréstimos compulsórios, se caracterizados estes como tributos restituíveis.

É um ponto a mais para a meditação numa matéria, cujo grau de controvérsia é, no mínimo, intenso.

11. Ao depois de todo o exposto, concluímos, numa oração:

1ª) A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, contempla duas espécies distintas de empréstimo compulsório: os de natureza excepcional (§ 3º, do art. 18) e os de natureza especial (Item II, do § 2º, do art. 21).

2ª) Aos empréstimos compulsórios ditos "excepcionais", diferentemente daqueles que se subsumem à regra do item II, § 2º, do art. 21, denominados "especiais", não tem cabida a aplicação do regime jurídico-tributário.

3ª) A determinação de sujeição ao regime jurídico-tributário a uma das espécies de empréstimo compulsório, na Constituição, indica que esta não perfilhou a natureza jurídico-tributária dos empréstimos compulsórios. "Não se igualam coisas iguais", reza o brocardo.

4ª) Em decorrência, os empréstimos ditos "excepcionais" estão livres das peias constitucionais tributárias, em particular do princípio da anterioridade. (§ 29 do art. 153).

5ª) Como corolário lógico das afirmativas anteriores, não há também retroatividade jurídica no caso do empréstimo compulsório criado pelo Decreto nº 1.782/80. Tomou-se fato passado simplesmente como referência, como presunção, como índice, de capacidade para emprestar.

6ª) O empréstimo compulsório, em qualquer de suas espécies, deve ser criado em legislação ordinária, obedecidos os casos previamente definidos em lei complementar.

7ª) A Constituição autoriza expressamente o uso do decreto-lei para a criação do empréstimo compulsório (art. 55, II). Não só porque a matéria se encontra na área das finanças públicas, mas, igualmente, porque ele se coaduna com os próprios pressupostos constitucionais do empréstimo compulsório, como espraiados na lei de eficácia complementar. (Lei nº 5.172, de 1966, art. 15).

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

MARINO PAZZAGLINI FILHO
Secretário Executivo dos Conselhos Consultivo
e Deliberativo da Região Metropolitana da Gran-
de São Paulo
Coordenador do presente trabalho.
ANA MARIA S. P. FRONTINI
Advogada em São Paulo
RENE RICUPERO
Promotor Público de São Paulo

artigo 13, I, II, III e § único

O parcelamento do solo urbano em todo território nacional, a partir de 20 de dezembro de 1979, deverá obedecer as diretrizes estabelecidas pela Lei 6.766/79, respeitadas a autonomia e a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios, quanto às normas complementares à execução deste diploma legal. A nova legislação, constituída de normas civis, urbanísticas, sanitárias e penais, dispostas em 10 (dez) capítulos, tem o escopo de disciplinar o parcelamento do solo urbano.

O âmbito da matéria é apenas urbano, excluídos parcelamentos em área de uso rural.

Trataremos, especificamente, do artigo 13, I, II e III, parágrafo único, inserido no Capítulo V da lei, capítulo este que trata "da Aprovação do Projeto de Loteamento e Desmembramento".

Artigo 12 — O projeto de loteamento e desmembramento deverá ser aprovado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, a quem compete também fixação das diretrizes a que aludem os artigos 6º e 7º desta lei, salvo a exceção prevista no artigo seguinte.

Pelo artigo 12 cabe expressamente à Prefeitura e/ou Distrito Federal não só a aprovação dos projetos de loteamento e desmembramento, ou seja, matéria tipicamente urbanística, corretamente de alçada da competência municipal, bem como a fixação das diretrizes do procedimento administrativo a que se referem os artigos 6º e 7º desta Lei, com as exceções previstas no artigo 13, sempre em harmonia com o disposto pelos Estados, por decreto, (conforme preceitua o artigo 15 desta lei). As diretrizes deverão ser fixadas pelos Municípios através de Lei Municipal.

Artigo 13 — Caberão aos Estados o exame e a anuência prévia para a aprovação, pelos Municípios, de loteamento e desmembramento nas seguintes condições:

I — quando localizados em áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação estadual ou federal;

II — quando o loteamento ou desmembramento localizar-se em área limítrofe do município, ou que pertença a mais de um Município, nas regiões metropolitanas ou em aglomerações urbanas, definidas em lei estadual ou federal;

III — quando o loteamento abranger área superior a 1.000.000 m² (um milhão de metros quadrados).

Parágrafo único — No caso de loteamento ou desmembramento localizado em área de município integrante de região metropolitana, o exame e a anuência prévia à aprovação do projeto caberão à autoridade metropolitana.

O artigo 13 refere-se aos Estados, e não aos órgãos metropolitanos, ficando claro que pode haver legislação de proteção aos mananciais fora da região metropolitana (arts. 13, I e 14), bem como pode ser elaborada lei para definir as aglomerações urbanas (art. 13, II).

A Lei refere-se expressamente à autoridade metropolitana, estabelecendo que cabe à mesma o exame e a anuência prévia à aprovação do projeto, no caso de loteamento ou desmembramento localizado em área de Município integrante da Região Metropolitana.

Essa autoridade, referida no parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 6.766/79 é, na Região Metropolitana do Estado de São Paulo, a Secretaria de Estado dos Negócios Metropolitanos, por tratar-se de um órgão que age em nome de uma pessoa de Direito Público, o Estado de São Paulo, com poder de autoridade e coerção sobre todos os jurisdicionados da Área Metropolitana. Aliás, no nosso Estado, dentre os órgãos integrantes da área metropolitana, despontam o Conselho Deliberativo, o Conselho Consultivo e um órgão executivo.

Os dois primeiros têm seu nome, estrutura e atribuições já demarcados na Lei Complementar nº 14. O órgão executivo teve sua definição delegada à legislação estadual como resulta do parágrafo único do artigo 3º da Lei Complementar nº 14.

É certo, porém, que as funções propriamente executivas não são inerentes a um órgão colegiado, mas sim a um órgão executivo.

Ora, o parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 6.766/79, outorga à autoridade metropolitana uma função eminentemente executiva, que consiste no exame e prévia aprovação de projeto de loteamento ou desmembramento do solo em área de Município da Região Metropolitana.

Aliás, a natureza executiva dessas atribuições desponta claramente do seu teor. Ademais, a Lei Complementar nº 14 não insere essas atribuições implícita ou explicitamente na competência de nenhum dos Conselhos já mencionados.

Não bastasse isso, em face da legislação estadual paulista, ou seja, Lei Complementar nº 94/74, compete ao Estado, dentre outras tarefas, o cumprimento e o controle dos serviços comuns de interesse metropolitano (art. 3º, VII). Esse preceito legal foi regulamentado pelo Decreto nº 10.951/77, que no artigo 2º inciso II, letras "b", "d", "f", "g" e "j", conferiu esses poderes à Secretaria de Estado dos Negócios Metropolitanos.

Por último, tal entendimento foi consagrado pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado que, em comunicado dirigido aos Oficiais dos Cartórios de Registro de Imóveis e interessados em geral, publicado no Diário Oficial da Justiça do dia 08 de fevereiro último, alertou-os de que a anuência prévia a que se refere o parágrafo único do artigo 13 da Lei 6.766/79, no caso de loteamento ou desmembramento localizado em Município da Região Metropolitana da Grande São Paulo, deverá ser da Secretaria de Estado dos Negócios Metropolitanos, nos termos, aliás da Resolução, SNM 13, de 29 de janeiro de 1980, publicada no Diário Oficial do Estado de 30.01.80, que dispõe no mesmo sentido.

A FLORESTA E SUA NATUREZA JURÍDICA

JURACI PEREZ MAGALHÃES
Ex-Procurador-Geral do Estado do Acre.
Sub-Procurador-Geral do IBDF, em Brasília.

A floresta, no momento, assume grande importância na vida nacional. Os temas referentes a sua conservação e preservação são de grande atualidade. Por essa razão, conhecer a sua natureza jurídica é de fundamental importância pelos efeitos que dela decorrem na vida prática. A falta desse conhecimento pode levar a muitos equívocos. Já tivemos oportunidade de constatar, inúmeras vezes, a confusão que se faz com a natureza jurídica das árvores. A mais comum ocorre nas ações possessórias e expropriatórias, onde elas são confundidas com benfeitorias. Saber, também, distinguir quando são bens móveis ou imóveis é decisivo, tendo em vista os efeitos jurídicos que produzem. Dentro desse prisma, procuraremos abordar o assunto da forma mais objetiva possível, analisando os principais aspectos da floresta, em face do nosso direito.

Antes de mais nada, as árvores que integram uma floresta tem grande utilidade para o homem, sendo, portanto, um bem suscetível de apropriação privada. Assim, a floresta constitui um bem econômico que integra nosso patrimônio. Como consequência, é um bem jurídico. Isto porque "são bens jurídicos, antes de tudo, os de natureza patrimonial. Tudo que se pode integrar no nosso patrimônio é um bem, e é objeto de direito subjetivo", esclarece Caio Mario Pereira da Silva, em suas "Instituições de Direito Civil", vol. I, 5ª edição, Forense, pág. 345. Evidentemente, há outros bens extrapatrimoniais que também são objeto de direito, como o próprio mestre citado faz questão de esclarecer ao abordar o assunto. Mas, vamos analisar a floresta pelo ponto de vista patrimonial, considerando-se o seu valor econômico. Sendo um bem que integra o nosso patrimônio, ela se encontra entre os direitos subjetivos patrimoniais reais. É objeto do direito de propriedade e como tal está disciplinada pelo Código Civil, no livro II da parte especial. Mas, como bem jurídico, qual a situação da floresta em nosso direito? Em princípio, é um bem imóvel. Entretanto, pode também ser um bem móvel. Dessa dualidade, nascem consequências jurídicas opostas. Vejamos como isso ocorre. Começemos pelo livro II, parte geral, do Código Civil, que trata do assunto.

Dentro da sistemática do Código, a floresta pode ser tanto bem móvel como bem imóvel. Ensina Clovis Bevilacqua em sua "Teoria Geral do Direito Civil", 4ª edição MJ, pág. 190: "Móveis são bens que, sem deterioração na substância ou na forma, podem ser transportados de um lugar para outro, por força própria ou estranha". Assim, quando pequenas mudas são colocadas em vasos ou sacos plásticos para venda, as árvores podem ser transportadas de um lado para outro sem qualquer alteração de sua forma ou substância. Neste caso, a floresta transformada em mudas para comercialização, é um bem móvel, de

conformidade com o artigo 47 do C. Civil. Do mesmo modo, quando ela é plantada com a finalidade de fornecer material lenhoso destinado ao consumo, sob a forma de lenha ou matéria-prima industrial, é considerada bem móvel por antecipação. Nesse sentido, temos inúmeras decisões de nossos Tribunais, dentre as quais citaremos as duas seguintes:

"As árvores, quando objeto de negócio em que é previsto o corte e a sua exploração, deixam de ser imóveis para se tornarem móveis por antecipação. Quando o proprietário de uma floresta transmite a terceiros a sua exploração, o respectivo contrato se considera arrendamento e não venda." (T. J. Rio Grande do Sul, 1ª C. C., apelação nº 3.925)

"Bens móveis. Árvores para corte e emprego em fins industriais. Inteligência do artigo 43, nº I, do Código Civil. Consideram-se bens móveis por antecipação as árvores destinadas a serem cortadas e serradas para fins industriais." (STF, 1ª Turma, R. E. 7.596).

Vejamos, agora, quando a floresta é um bem imóvel. Diz o artigo 43 do C. Civil:

"Artigo 43 – São bens imóveis:

I – O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.

II – Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano.

III – Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformosamento, ou comodidade."

Em face desse artigo, a floresta poder ser: a) **bem imóvel por natureza ou acessão natural**, quando as árvores são naturais e aderem ao solo pela raiz; b) **por acessão física artificial**, quando plantada pelo homem, como no caso dos reflorestamentos; c) **por acessão intelectual**, quando as árvores são separadas do solo momentaneamente, mas que se destinam ao replantio.

Portanto, não é difícil distinguir-se quando as árvores são bens móveis ou imóveis. A respeito do assunto, vejamos a lição de dois grandes civilistas, Planiol e Clovis Bevilacqua. Em seu "Traité Elementaire de Droit Civil", tome I, pág. 705, 50^{ème} édition, diz Planiol:

"Les vegetaux sont immeubles à la condition de pousser leurs racines dans le sol même; par conséquent, les plantes et arbustes placés dans des pots ou des caisses sont meubles, alor même que la caisse ou le pot serait pendant la belle saison enfoui en terre". No mesmo sentido, Bevilacqua, com a sua peculiar clareza, obra citada, pág. 1B4, comenta:

"As plantações são consideradas acessórios do solo, porque a ele aderem pela raiz. Ainda quando a raiz não tenha brotado, porque se espera que venha dentro de pouco a brotar, e porque a intenção do semeador é obter plantas, que lhe valorizem os terrenos e produzam utilidades, a semente, desde que é lançada na terra para germinar, é considerada incorporada ao solo. Mas as plantas em caixões e em vasos, destinados, por isso mesmo, a serem transportados de uns para outros lugares, não aderem ao solo, são coisas móveis."

Assim, da dualidade que apresenta a floresta como bem jurídico, surgem importantes conseqüências na vida prática. Sendo ela um bem imóvel e objeto do direito de propriedade, desde logo está subordinada ao princípio da função social, previsto no artigo 160, item III, da Constituição Federal; pode ser adquirida pela transcrição, pela acessão, pelo usucapião e pelo direito hereditário (art. 530 do C. Civil); quando objeto de contratos constitutivos e translativos de direitos reais, a escritura pública é da substância do ato (item II, do artigo 134, do C. Civil); pode ser objeto de enfiteuse (art. 678 do C. Civil); quando plantada em terreno alheio obedece as regras dos artigos 545 a 558 do C. Civil; quando utilizada em desacordo com as normas de conservação pelo proprietário, fica sujeita à desapropriação por interesse social (artigos 18 e 20 da Lei nº 4.504, de 30.11.64, Estatuto da Terra); pode ser objeto de contratos de arrendamento ou parceria (artigo 92 do Estatuto da Terra), hipoteca (art. 809, C. Civil) e comodato (art. 1.248 do C. Civil). Quando a floresta é bem público, é considerada coisa fora de comércio (art. 69 do C. Civil) e tem as características peculiares de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.

Por outro lado, caracterizada a floresta como bem móvel, evidentemente ela está fora das exigências impostas às transações de bens imóveis. Esta é a principal conseqüência da distinção. Os contratos constitutivos e translativos de direitos reais não obedecem as formalidades impostas aos imóveis.

Um outro aspecto interessante para estudo, é aquele em que a floresta é bem imóvel por acessão. Neste caso, muitas vezes as árvores são confundidas com benfeitorias. Já tivemos oportunidade de constatar algumas vezes, em laudos periciais ou técnicos, as árvores relacionadas e avaliadas como benfeitorias, para fins de indenização. Isto ocorre, geralmente, nas ações possessórias e expropriatórias. Na verdade, a falta de conhecimento da natureza jurídica da floresta pode levar a êsse equívoco. Vejamos, então, a distinção entre acessão e benfeitoria, a fim de que não se cometa esse erro técnico. O artigo 536 do Código Civil diz:

"Artigo 536 – A acessão pode dar-se:

V – Pela construção de obras ou plantações.

Assim, as plantações efetuadas em uma propriedade são adquiridas pelo proprietário, tendo em vista o disposto no item II, do artigo 530, do Código Civil. A forma dessa aquisição por acessão está disciplinada nos artigos 545/558 do mesmo Código. Portanto, acessão, conceitua Marcelo Caetano da Costa, "Das Acessões e das Benfeitorias", in "Re-

vista de Direito Civil", vol. 5, pág. 179, "é o direito em virtude do qual o proprietário de uma coisa adquire o domínio de tudo aquilo que a ela se une ou se incorpora, seja naturalmente ou artificialmente." Enquanto que benfeitorias "são obras ou despesas que se fazem num bem móvel ou imóvel, a outrem pertencente, a fim de conservá-lo, melhorá-lo ou embelezá-lo", ensina Washington de Barros Monteiro, in "Curso de Direito Civil", 1º vol., 13ª edição, Saraiva, pág. 151.

Há, portanto, nítida distinção entre os dois institutos. De forma clara e precisa, Carvalho Santos, em sua obra "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. II, 2ª edição, F. Bastos, pág. 86, afasta qualquer possibilidade de se confundir os dois institutos, demonstrando a distinção fundamental, da seguinte forma:

"A plantação não visa a uma modificação para melhor do estado do terreno: vai além, visando a transformar a própria coisa, alterando-a radicalmente, criando uma acessão que não existia. E a acessão, como se vai ver, não se confunde com as benfeitorias. Acresce que as plantações, como as construções tem por resultado criar uma coisa distinta do terreno sobre o qual são feitas, e, precisamente por isso, não podem ser benfeitorias, meras obras que visem a melhorar o estado da coisa, não mudando sua própria natureza."

Finalmente, nossos Tribunais já se têm pronunciado a respeito. Como exemplo, temos decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, nos seguintes termos:

"As construções e plantações em terreno alheio não caracterizam benfeitorias, mas apenas rendem ensejo a indenização quando realizadas de boa-fé. Descabe o direito de retenção ao réu vencido em ação de reintegração de posse, pois não pode gozar de benefício inspirado na equidade e na boa-fé quem possui o bem alheio com plena consciência da ilegalidade de sua posse." (R. F. nº 222, pág. 187).

Gostaríamos, ainda, antes de terminar, abordar uma outra situação que nos parece merecer atenção. É o critério usado pela legislação agrária, para fins de indenização, nos casos de desapropriação por interesse social. Nesse caso, ao definir terra nua, a legislação separa a floresta da terra, descaracterizando a sua situação de imóvel. Tendo em vista a sua natureza jurídica, parece-nos incorreto o critério, além de criar certa confusão na prática. Senão vejamos. O Decreto nº 72.106, de 18.4.73, que regulamenta a Lei nº 5.868, de 12.12.72, trata do assunto em seus artigos 16 e 23, da seguinte forma:

"Artigo 16 – O valor da terra nua, nos termos deste decreto, será o valor referente a área total do imóvel rural, excluído o valor das benfeitorias incorporadas ao imóvel, o valor das florestas nativas e o das áreas consideradas isentas de tributação." (grifamos)

"Artigo 23 – O valor da terra nua poderá ser declarado ao preço do ano da declaração e não incluirá o valor das florestas nativas, o valor das áreas consideradas isentas de tributação e o valor dos bens incorporados ao imóvel, a seguir enumerados." (grifamos)

Ora, como vimos anteriormente, a floresta que está aderente ao solo é bem imóvel. Nos casos de desapropriação, evidentemente, o indivíduo perde a propriedade imóvel. E esta compreende o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo (art. 43, do C. Civil). O espaço aéreo e o subsolo, hoje, constituem propriedade distinta da do solo. Dessa forma, em nosso entender, não há porque separar a floresta do solo para efeito de indenização. Essa separação, na prática, só vem contribuir para criar mais dificuldade, levando muitas vezes a uma distinção que não existe. Assim, não acompanhando a floresta a propriedade imobiliária desapropriada, para efeito de indenização, provocará fatalmente a pergunta: e as árvores, como serão indenizadas se não são parte do imóvel, como benfeitorias? Na realidade elas têm valor e por isso devem ser indenizadas. Tanto é verdade que já temos pronunciamento nesse sentido do Tribunal Federal de Recursos, 2ª Turma, Apelação nº 42.704, cujo teor é o seguinte:

"Pastagens naturais e matas têm valor econômico e devem ser indenizadas quando expropriadas. À falta de argumento sério, comprovado, capaz de elidir as conclusões do laudo oficial, deve este ser adotado."

Portanto, essa exclusão das árvores do valor da terra nua a ser indenizada, só contribui para complicar o cálculo dessa indenização.

Eis por que, como dissemos anteriormente, é fundamental o conhecimento da natureza jurídica da floresta, tendo em vista as conseqüências jurídicas que ocorrem na vida prática.

O ESTADO EM JUÍZO E A DENUNCIÇÃO DA LIDE

TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

1. BREVE HISTÓRICO.

No Direito Romano já se cogitava de chamar terceiro à responsabilidade na relação processual, obrigado a garantir a transmissão da propriedade ou a posse em nome alheio, através de institutos como a "denuntiatio litis" e a "nominatio domini". Mas a ação de garantia seria posterior à condenação à perda da coisa.

Na França, no século XVII, é que surgiu a "demanda incidente em garantia", isto é, o terceiro sofreria desde logo os efeitos da sentença.

No Brasil as Constituições de 1824 (art. 179, XXIX) e de 1891 (art. 82) fixaram a responsabilidade subjetiva do servidor público, tendo o lesado ação direta contra ele. O art. 15 do Código Civil trouxe a regressividade. As Cartas Magnas de 1934 (art. 171) e 1937 (art. 158), mantendo a responsabilidade subjetiva, estabeleceram um litisconsórcio necessário, havendo solidariedade do servidor e do Estado. A responsabilidade objetiva da Administração Pública foi preceituada pela Constituição Federal de 1946 (art. 194), continuando assim na Carta de 1967 (art. 105) e em 1969 (art. 107).

O art. 70 do Código de Processo Civil mudou a sistemática do direito brasileiro no tocante à denúncia da lide. Antes ela se atinha à hipótese de evicção e a ação de garantia era à parte. Com aquele dispositivo foram ampliados os casos de denúncia e a ação indenizatória ou a de evicção passaram a fazer parte do processo originário.

Para o Estado interessa sobretudo analisar as implicações do item III do art. 70 do CPC em sua responsabilidade patrimonial extracontratual. A novidade foi colhida na Z.P. O. alemã (§ 72) e no art. 325 do Código de Portugal.

2. PONTOS CONTROVERTIDOS.

Serão inconciliáveis o art. 107 da Constituição Federal e o nº III do art. 70 do CPC?

A palavra "obrigatória", no último, significa a impossibilidade de se valer a Administração Pública de ação regressiva em processo diverso do principal?

Os dois pontos nos obrigam a adequar um instituto do Direito Processual Civil a um capítulo fundamental do Direito Administrativo.

A denunciação da lide, cindindo as demandas no processo a partir dos tipos diversos de responsabilidade, visou proporcionar melhor atendimento aos lesados pelos atos dos agentes públicos, poupando-lhes o ônus de provar dolo ou culpa. O legislador ordinário disciplinou a matéria visando solução mais justa dos conflitos sociais erguidos ao plano jurídico. Para tentarmos superar as dificuldades surgidas na interpretação do texto constitucional e do ordinário vamos perquirir a "mens legis". De um ponto de vista teleológico procuramos adaptar as palavras da lei ao atendimento dos interesses da coletividade.

3. A OPINIÃO DOS AUTORES.

a) Após escorçar as diversas formas de responsabilidade do Estado, ADÍLSON ABREU DALLARI conclui ser ideal a responsabilidade concorrente, cabendo ao lesado escolher entre o servidor e a A.P., ou a ambos, para ocuparem a posição de réus. Diz que o sistema atual reforça o sentimento de impunidade no funcionário: o aparato do Estado está à sua disposição para a defesa. Entende que o art. 70, III, do CPC, obriga o agente a indenizar a vítima no mesmo processo, sendo a regressiva outra ação. Aduz ser a ação direta contra o agente mais fácil de executar do que a outra contra a Fazenda Pública.

Afigura-se-nos válido esse posicionamento na medida em que o surgimento do servidor na condição de co-réu na lide originária, através de litisconsórcio facultativo, facilita o trabalho do juiz quando aquele é visivelmente culpado (culpa ou dolo), pois a execução contra ele é mais fácil e rápida do que a outra contra a Fazenda. Para essa o critério aludido é ideal, mormente em se adotando a responsabilidade concorrente. Se o autor recua ante os óbices de provar culpa ou dolo do funcionário, promove a ação apenas contra o Estado.

Escreve o jurista referido:

"É claro que em termos práticos o servidor ficará mais vulnerável, pois estará sujeito a ser rápida e efetivamente responsabilizado, o que virtualmente não ocorre quando necessária a propositura de duas ações: uma, da vítima contra o Estado, e outra, do Estado contra o servidor." (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, São Paulo, 1976, pp. 109/128).

A referência a "duas ações" denota apreciação da denunciação da lide pelos critérios anteriores a 1973. Até então apenas se comunicava a existência da lide nos casos de evicção: era propriamente denunciação; com o novo CPC passou a se chamar ao processo o responsável pela garantia, propriamente chamamento à autoria, apesar do "nomen juris" inadequado. Na sistemática atual, em que duas ou mais demandas devem ser julgadas através da mesma sentença, o argumento acima está prejudicado, pois o servidor será responsabilizado na mesma oportunidade em que o for a Fazenda Pública, sem esquecermos que ele poderá desempenhar mais de um papel no processo, como litisconsorte da Fazenda na demanda principal e como réu solitário na ação regressiva de indenização.

As Constituições de 1934 e 1937 inovaram quando substituíram a antiga ação regressiva pelo litisconsórcio obrigatório, conforme observação de Themístocles Cavalcanti citado por A.A. Dallari (ob. cit., loc. cit.). No entanto, face à disciplina do litisconsórcio no CPC vigente, e considerando ser a noção de solidariedade passiva a ensejadora da figura litisconsorcial do servidor e da Fazenda, não podemos falar hoje em litisconsórcio obrigatório. Preleciona José Frederico Marques:

"Por fim, o caso de maior densidade litisconsorcial, a admitir a coligação de partes, é aquele do nº 1, do art. 46 do novo Código de Processo Civil: quando entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide. Nas obrigações solidárias, por exemplo, há a comunhão a que se refere o texto por último citado: comunhão de direitos, quando houver vários credores, e comunhão de obrigações, quando existirem diversos devedores (Cód. Civ., art. 806)." ("In" Manual de Direito Processual Civil, 1ª vol., 1974, Saraiva, São Paulo, 2 ed., p. 260).

Traz esse processualista o magistério de Chiovenda e Liebman no sentido de não se aplicar a figura do litisconsórcio necessário às ações declaratórias e de condenação (ob. cit., p. 257).

Ao autor, portanto, cabe a escolha: aciona o servidor e/ou a Fazenda Pública. Estabelecido o litisconsórcio facultativo é ele irrecusável. Se somente a última é acionada, ainda que assistida pelo agente, assegura-se-lhe o direito de regresso instaurando lide secundária através do chamamento daquele à autoria (garantia), com a mal denominada "denunciação da lide".

Afirma Dallari:

"Sem dúvida, a solidariedade não exclui a ação regressiva entre os devedores solidários. Vale, portanto, dizer que a solidariedade e ação regressiva não são conceitos excludentes em si mesmos, pois, na verdade, se completam." (Ob. cit., loc. cit.).

Traz ele o magistério de Pontes de Miranda, segundo o qual o art. 194 da Constituição Federal de 1946 não teria excluído a solidariedade e o litisconsórcio.

Temos aqui aspecto delicado a abordar. A idéia da responsabilidade concorrente pode esbarrar no conceito de solidariedade passiva. Essa possibilita aparecerem agente e Administração como co-réus na lide principal, através da figura do litisconsórcio facultativo, ou cada um na condição de réu isolado. Mas, no caso, os devedores solidários têm título diverso de responsabilidade, havendo, então, solidariedade, apenas na hipótese de o servidor ter agido dolosa ou culposamente. Atende-se, assim, melhor ao interesse da vítima ao se lhe possibilitar a escolha do acionado e facilita-se a atuação da Fazenda Pública, a qual não precisará de promover seu direito de regresso ou executar o título a ele relativo quando o agente já tenha indenizado o autor diretamente.

b) ARRUDA ALVIM (Conferência: "Análise das principais inovações do Sistema e da Estrutura do Código de Processo Civil" — Revista de Processo, nº 3, p. 202 e segs., julho — setembro 1976), MAYR GODOY (Trabalho sobre Responsabilidade Civil do Estado, para o I Congresso Nacional dos Procuradores de Estado sobre Direito municipal, em 14 de outubro de 1977) e CELSO AGRÍCOLA BARBI (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, I vol., t. II, 1 ed., 1975, p. 336 e segs.) trazem à luz importantes subsídios para o tema que nos ocupa.

O segundo autor citado conclui pela inconstitucionalidade do art. 70, III, do CPC, porque transforma em obrigatório o mero ônus da A.P.; aponta a resistência do Congresso Nacional a essa obrigatoriedade.

Pensamos, com Celso A. Barbi (ob. cit., loc. cit.), que a palavra "obrigatória" foi mal empregada no texto legal (art. 70, "caput", do CPC). Não se trata de obrigatoriedade, correspectiva de uma pretensão, mas de um ônus. É "obrigatória" a denúncia da lide enquanto, não a utilizando no momento adequado, perde o Estado a oportunidade de obter a prestação jurisdicional numa segunda lide dentro do mesmo processo. Não se desincumbindo do ônus sofre as conseqüências. Isso não significa que não possa, em outro processo, fazer valer o direito de regresso. Haverá, v.g., oportunidades em que será difícil, se não impossível, fazer um juízo prévio de culpabilidade do servidor para se denunciar a lide a ele, correndo o risco da sucumbência. Só mais tarde, ao longo de uma investigação minuciosa, surgirão para o ente público os elementos probatórios capazes de justificar a ação regressiva.

A obrigatoriedade, pois, se refere à obtenção do embutimento de nova lide no processo, ressalvada à A.P. a ação regressiva autônoma quando não usa daquela faculdade, mal chamada "obrigatoriedade". A possibilidade da comprovação da culpa do agente "a posteriori" existirá em casos tais como o de tramitação de processo criminal, ou mera conveniência do Estado. Mais importante é frisar que a denúncia cria nova lide e ninguém é "obrigado" a agir em juízo.

Discordamos do eminente Celso Agrícola Barbi apenas no ponto em que interpreta as implicações da palavra "obrigatória", do "caput" do art. 70. Não poder a Fazenda Pública utilizar a ação regressiva em processo à parte envolve conseqüências muito drásticas, tirando-lhe a oportunidade de se ressarcir do "quantum" indenizatório pago à vítima. Não é caso de se dar à lei processual interpretação capaz de proteger indevidamente o agente público, com o sacrifício evidente do direito material.

c) HELY LOPES MEIRELLES escreve:

"Inexplicavelmente, o novo Código de Processo Civil determina a denúncia da lide "àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda" (art. 70, III), sem excepcionar expressamente desse chamamento o funcionário causador do dano. Mas é intuitivo

que esse dispositivo não alcança os servidores públicos, nas ações indenizatórias movidas contra a Administração, já porque a norma processual não pode contrariar a Constituição que estabelece a responsabilidade "exclusiva" e "objetiva" da Administração perante a vítima, já porque o agente causador do dano não pode ser compelido a discutir culpa nesta ação, já porque o autor não pode ser obrigado a litigar com o funcionário que a "Constituição exclui da demanda. Por todos esses fundamentos, é inaplicável a denúncia da lide pela Administração a seus servidores, ou mesmo a citação direta pela vítima." (Direito Administrativo Brasileiro, 6 ed, RT, S. Paulo, 1978, p. 611.)

Não vemos, "data venia", por que inconciliáveis o art. 107 da Constituição Federal e o inciso III do art. 70 do CPC. A denúncia da lide, no caso, não põe o denunciado na condição de co-réu ou co-autor, mas instaura outra lide no mesmo processo. Isso ocorre exatamente porque ao cindir os critérios de responsabilidade (objetiva da Fazenda Pública e subjetiva do servidor) o legislador constituinte enfraqueceu a posição do Estado, como assevera alhures Pontes de Miranda, não se podendo enfraquecer também a posição do servidor público. Instaurado o litisconsórcio facultativo ao serem acionados agente e Estado, responde o primeiro por culpa e o último objetivamente. Resulta isso em economia processual, evitando-se outro processo para direito que pode ser exercido desde logo. Basta que se trate de devedores solidários. A solidariedade exsurge da participação culposa do servidor. Esse, em suma, pode ocupar três posições no processo: a) assistente da Fazenda na lide principal; b) réu ao lado daquela na mesma lide; c) réu na ação regressiva (lide secundária) movida pelo Estado. Havendo a letra "a" se elimina a "b" e vice-versa. Se ocorre apenas a letra "c" não há, mesmo para os que inadmitem a hipótese da letra "b", qualquer contrariedade à Constituição (art. 107), de vez que a A.P. está respondendo perante a vítima numa lide e o agente perante a primeira em lide diversa. Inexiste, "in casu", relação jurídica processual entre autor (vítima) e servidor (réu na lide secundária).

A Constituição Federal não estabelece responsabilidade "exclusiva" e só "objetiva" da Administração perante a vítima. Nota o preclaro CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que há, no direito brasileiro, espaço para a responsabilização subjetiva do Estado "no caso de atos omissivos, determinando-se, então, a responsabilidade pela teoria da "culpa" ou "falta de serviço", seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente." ("In" Elementos de Direito Administrativo, RT, São Paulo, 1980, 1 ed, p. 267) Conclui ele não serem incompatíveis o art. 70, III, do CPC e o art. 107 da Constituição:

"Então, parece-nos incensurável o ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, manifestado antes mesmo do novo Código de Processo Civil, segundo quem, a vítima pode propor ação de indenização contra o funcionário, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo ou culpa. A Fazenda Pública, por seu lado, quando acionada pelo lesado, pode chamar o agente público à solidariedade passiva, em se configurando dolo ou culpa deste." (Ob. cit., p. 270).

Apenas um reparo à última frase do texto. A denunciação da lide não chama o agente à solidariedade passiva, havendo dolo ou culpa do mesmo, mas instaura nova lide no processo. A solidariedade passiva somente pode surgir por iniciativa da vítima (autor na ação), ao acionar o servidor ao lado da Fazenda ou não, aparecendo, no primeiro caso, um litisconsórcio passivo facultativo.

4. CONCLUSÕES.

Dada a tendência em nosso tempo a um alargamento das hipóteses de denunciação da lide, constatamos, à luz do direito comparado, uma abordagem liberal do instituto, sem limitações rígidas quanto a seus reflexos na relação jurídica material. Assim por exemplo, o art. 325 do Código de Portugal, onde foi afastada a expressão "denunciação da lide":

"Chamamento à autoria:

1. O réu que tenha ação de regresso contra terceiro para ser indenizado do prejuízo que lhe causa a perda da demanda pode chamá-lo à autoria.

2. Se o não chamar, terá de provar, na ação de indenização, que na demanda anterior empregou todos os esforços para evitar a condenação."

Vendo a denunciação como facultativa, apenas um ônus da parte que não lhe impede, uma vez não atendido, a utilização da ação autônoma de garantia ou regresso, estamos prestando mais atenção à salvaguarda do direito substancial, sem prejudicar a solução dos conflitos, fim prático do direito, pela interpretação rigorosa de uma norma processual. Nesse ponto se assenta uma visão teleológica, abrindo-se aos partícipes da relação jurídica processual o melhor caminho para a satisfação de suas pretensões. Ao lesado se permite acionar agente público e Fazenda simultaneamente, num litisconsórcio facultativo que presume responsabilidade concorrente, a do primeiro subjetiva e a da última objetiva; ao Estado se dá a possibilidade de denunciar a lide ao seu servidor, instaurando lide secundária no processo e obtendo desde logo o título executivo contra aquele; ao funcionário se faculta intervir na lide principal como assistente da Administração. Não fica ele encoberto ou protegido pela potência estatal, na hipótese de não figurar como co-réu na primeira lide ou denunciado na outra, de vez que a A.P. poderá, em ação própria, fazer valer seu direito de regresso.

Esse posicionamento já encontra eco na jurisprudência nacional. Eis passagem do acórdão proferido na apelação nº 44.666, do e. 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"Pela evolução histórica e Direito comparado observa-se, então, que o instituto se ampliou, da hipótese de evicção, para todos os casos de garantia, eliminando-se também a penalidade de perda do direito de regresso pela falta da denunciação.

"Esse abrandamento, porém, não decorre, como é evidente, do tratamento processual da denunciação da lide, mas do próprio conceito de propriedade, suas garantias, seus efeitos. A subsistência, ou não, do direito de regresso, portanto, não é

problema de direito processual, mas problema de direito material, devendo aí ser buscada a solução da dificuldade."
(RT — 492 — outubro de 1976.)

Concluimos, pois, voltando aos pontos controvertidos propostos em o item número dois acima:

I — Não são inconciliáveis o art. 107 da Constituição Federal e o inciso III do art. 70 do CPC. O primeiro cinge as formas de responsabilização do Estado e seus servidores, enftaquecendo a posição daquele ao adotar o critério objetivo em atenção a um melhor atendimento dos interesses dos lesados pela atividade administrativa; o segundo viabiliza o instituto processual do chamamento do terceiro à garantia ou à indenização (impropriamente dito **denunciação da lide**), instaurando-se nova lide no processo, solvida pela mesma sentença que julga a lide principal, sem que o agente público se coloque ao lado do Estado como um co-réu a partilhar da responsabilidade daquele, exclusiva enquanto objetiva, mas passível de ser dividida com o servidor, quando provada sua culpa ou dolo na lide originária onde apareça no pólo passivo da relação jurídica processual ao lado da Fazenda, adotada a responsabilidade concorrente, afora a hipótese de a responsabilidade do funcionário ser apurada na ação regressiva embutida nos autos pela denunciação.

II — A palavra "obrigatória" constante do **caput** do art. 70 do CPC não significa impossibilidade de se valer a Administração de ação regressiva autônoma. Em atenção ao direito material subjacente o vocábulo deve ser lido como **ônus** que, uma vez inatendido, priva a Fazenda de um título executivo imediato e a obriga a se valer de outro processo, sujeitando-se à demora, posto de lado o princípio da economia processual, embora, muitas vezes, não haja outro meio de agir aquela, dada a apuração posterior da responsabilidade do agente, como pode ocorrer nos casos de instauração de processo criminal.

Tal interpretação da norma jurídica visa a proteção da vítima do agir administrativo, que tem desde logo a reparação do dano sofrido, mas não permite a irresponsabilidade dos agentes públicos, sabedores de que a qualquer momento, apesar de não denunciados à lide no processo, poderão ser acionados, reconhecendo-se a obrigação de indenizar o Estado. Temos aqui um operar preventivo do direito, evitando-se atividade irresponsável dos servidores em detrimento da coletividade. A ação regressiva autônoma, em suma, reflete a prevalência do bem comum sobre possíveis interesses particulares dos funcionários que, de outra forma, se veriam contemplados com uma vantagem iníqua.

PARECERES

CÁLCULO DE DIARIAS

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 4.327

MAGISTRATURA. CÁLCULO DE DIÁRIAS.

Conflito entre Lei Estadual e Lei Orgânica da Magistratura. Competência supletiva dos Estados. Primado do direito federal sobre o estadual. A verba de representação, de regra, integra os vencimentos para todos os efeitos legais.

A Casa Civil do Governo do Estado solicita pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado a respeito do modo como deverão ser calculadas as diárias devidas a magistrados. A dúvida, basicamente, está em saber se dever-se-á tomar em consideração, para aquele efeito, apenas a parte básica dos vencimentos (excluída a representação), como ordena a Lei Estadual nº 6.929/75 (art. 77, § 1º) ou se o resultado da soma da chamada parte básica dos vencimentos e da representação, uma vez que a Lei Orgânica da Magistratura expressamente determina que *"a verba de representação, salvo quando concedida em razão do exercício de cargo em função temporária, integra os vencimentos para todos os efeitos legais"* (art. 65, § 1º).

2. A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, alterou a redação do art. 112 e seu parágrafo único. Este passou a ter o seguinte enunciado:

"Lei Complementar, denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes".

Muito embora a Emenda Constitucional nº 7/77 não tenha alterado o art. 8º da Constituição Federal, para ali consignar a competência da União para editar a Lei Orgânica da Magistratura, como norma geral, ressaltando a competência supletiva dos Estados para legislar sobre a sua magistratura, à semelhança do que ocorre com as matérias das alíneas c, d, n, q e v, do mesmo art. 8º, é irrecusável, entretanto, que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional é o que se denomina de *"lei-moldura"* (*Rahmengesetz*; *loi-cadre*), que não exclui a competência dos Estados para legislar supletivamente. Tanto isso é exato que o *"quantum"* das vantagens, o valor da remuneração dos magistrados, continua sendo fixado pelas leis estaduais.

3. A técnica da competência supletiva dos Estados para legislar sobre determinadas matérias provém da Constituição de Weimar. À União defere-se apenas a competência para

traçar os lineamentos gerais, os traços mais marcantes, as características principais de determinada matéria, ficando aos Estados a legislação sobre os pormenores, dentro daquele quadro geral. Nos espaços deixados em branco pela lei federal pode exercer-se a competência legislativa dos Estados. Editada, porém, regra da União sobre determinada matéria, já ocupada por lei estadual, fica esta imediatamente abrogada. Geralmente, o conflito entre lei federal e lei estadual resulta em inconstitucionalidade, em vista da separação de planos e dos discrímes constitucionais de competência legislativa privativa. Em se tratando, porém, da espécie de competência concorrente, qual a competência supletiva dos Estados, o confronto entre normas das duas diferentes órbitas implica o primado da norma federal sobre a lei estadual. É este o único caso, entre nós, em que tem cabal aplicação a máxima jurídica alemã *Bundesrecht bricht Landesrecht* — o direito federal corta o direito estadual (ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, p. 87 e segs., FRIEDERICH GIESE, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, p. 124, PONTES DE MIRANDA, *Coments. à Constituição*, art. 8º, parágrafo único).

4. A Lei Estadual nº 6.929, de 1975, determina, no art. 62, que *"os vencimentos dos magistrados serão constituídos pela parte básica acrescida de representação mensal"*, esclarecendo-se, no § 1º, que *"a parte básica dos vencimentos corresponde a uma parcela estabelecida por lei"*. De outro lado, o art. 63 dispõe que a representação mensal é constituída de uma parcela equivalente a 20% da parte básica.

5. No regime estadual, embora a representação seja uma parcela dos vencimentos, ela não o integra **para todos os efeitos legais**, pois o cálculo de diárias, por exemplo, deverá ser feito apenas sobre a **parte básica dos vencimentos**, (art. 77), não sendo, portanto, indissolúvel a união entre parte básica e gratificação.

6. A Lei Orgânica da Magistratura trouxe inovações no conceito de vencimentos, cobrindo, neste particular, com normas diferentes, área anteriormente ocupada pela Lei nº 6.929. No sistema da Lei Orgânica da Magistratura, o conceito de vencimentos tira-se ao excluir-se todas as demais vantagens que, no art. 65, dele são diferenciadas. Assim, por vencimento há de entender-se a remuneração do magistrado que não for ajuda de custo para despesa de transporte e mudança; ajuda de custo para moradia, nas comarcas em que não houver residência oficial para juiz, exceto nas capitais; salário família, diárias, gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral; gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho; gratificação adicional; gratificação de magistério e gratificação pelo efetivo exercício em comarca de difícil provimento. Quanto à representação, só não integra o vencimento a verba concedida em razão do exercício de cargo em função temporária. Nas demais hipóteses, ela se confunde com o vencimento — di-lo expressamente a lei — *"para todos os efeitos legais"* (art. 65, § 1º).

7. Ora, é claríssimo que se a lei federal dispôs, sobre a mesma matéria, diferentemente do que a lei estadual, em assunto que a competência legislativa do Estado é meramente supletiva, forçoso é concluir que a lei estadual foi abrogada — foi cortada pela regra federal. A lei federal ordenou que não se faça qualquer diferença entre vencimento e verba de

representação "para todos os efeitos legais". A lei estadual, a seu turno, em contraste e em conflito com isso, separa vencimento básico da verba de representação, ao dispor que as diárias sejam calculadas apenas sobre aquele, o que significa, obviamente, que a representação não integra o vencimento *"para todos os efeitos legais"*.

8. Posta a questão nestes termos, não se poderá hesitar em reconhecer que o conceito de vencimentos a ser adotado para o cálculo de diárias é o da Lei Orgânica da Magistratura, devendo as diárias, por conseguinte, serem calculadas com a inclusão, no vencimento, da verba de representação, a menos que se cuide da exceção prevista no art. 65, § 1º, da Lei Complementar nº 35, de 1979.

PORTO ALEGRE, 29 de fevereiro de 1980.

LICENÇA A GESTANTE

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

PARECER Nº 4.262

LICENÇA À GESTANTE – Funcionária do Quadro Geral, convocada para o regime especial de trabalho, não perde a correspondente gratificação quando afastada por motivo de licença para gestação.

O Senhor Secretário de Coordenação e Planejamento consulta se a funcionária R. N. S., titular de cargo de Oficial Administrativo, convocada para regime de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, perde a correspondente gratificação por regime especial em caso de licença à gestante.

2. A Lei Estadual nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, ao dispor sobre os regimes especiais de trabalho, estabeleceu:

“Art. 18 – Ao funcionário convocado para qualquer dos regimes especiais de trabalho de que tratam os artigos 13 e 14 da presente Lei é assegurado o direito de perceber a correspondente gratificação quando afastado por motivo de férias, licença-prêmio, licença para tratamento da própria saúde, nojo ou gala.”

3. Na interpretação deste dispositivo legal, esta Consultoria-Geral tem se manifestado no sentido de que somente nas hipóteses excepcionais, expressamente indicadas, é mantido o pagamento da gratificação por regime especial. Em todos os demais casos de afastamento, o funcionário perde as vantagens decorrentes do trabalho em regime especial.

Neste sentido manifestou-se o Conselho Superior desta Consultoria-Geral no Parecer nº 3.836, de 14 de junho de 1978, em que foi relator o Conselheiro JORGE ARTHUR MORSCH:

“E como o interesse do serviço público é o fundamento maior da convocação, deve ela cessar toda vez que o funcionário, afastando-se do exercício de suas funções, faça cessar esse fundamento. Tanto é assim que a lei, expressamente, previu as hipóteses, excepcionais, nas quais o funcionário, convocado para regime especial de trabalho e afastado do exercício de suas funções, mantém a gratificação correspondente. Isto se dá, apenas, nas hipóteses de afastamento por motivo de férias, licença-prêmio, para tratamento da própria saúde, nojo e gala (Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, art. 18). Nas demais hipóteses, portanto, o afastamento das funções faz cessar a convocação ordinária.”

4. Permito-me discordar desta orientação tão-somente no que se refere à licença para gestação.

O Artigo 18, da Lei nº 6.486, assegurou ao funcionário convocado para regime especial de trabalho o direito de perceber a correspondente gratificação quando afastado por motivo de licença para tratamento da própria saúde que, no meu entender, compreende também a licença por motivo de gestação.

Tecnicamente a gravidez não pode ser considerada doença. Apesar disso, a simples gestação implica em profundas alterações do organismo da mulher, trazendo problemas de hipertensão arterial, de depressão nervosa e de perturbações hormonais que muitas vezes exigem tratamentos médicos especiais ou, nas palavras do legislador, tratamento da própria saúde.

E o próprio parto traz uma série de conseqüências paralelas que, normalmente, exigem tratamento médico pós-natal para recuperação da saúde física e mental da parturiente, bem como para cicatrização e regeneração de tecidos atingidos.

Além disso, não se pode esquecer que em muitos casos a funcionária é paciente de operação cesariana que, como qualquer outra modalidade de intervenção cirúrgica, exige tratamento especial de recuperação.

Para efeito de pagamento da gratificação por regime especial de trabalho não se pode distinguir a situação de uma funcionária que se licencia para submeter-se a uma operação cesariana de de outra que se afasta para ser paciente de qualquer outro tipo de intervenção cirúrgica.

Por todos estes motivos pode afirmar-se que a expressão "*licença para tratamento da própria saúde*", usada no art. 18, da Lei nº 6.486, compreende também a licença por motivo de gestação.

5. De outra parte, o intérprete deve considerar a legislação de um Estado em seu conjunto, inclusive em consonância com os preceitos de lei federal pertinentes a mesma matéria.

Como ensina CARLOS MAXIMILIANO: "*sem embargo da diferença de data, origem e escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico executável, útil, ligado por uma correlação natural*" (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 148, 8ª edição, 1965).

Examinada a legislação em seu conjunto, salienta-se desde logo que a própria Constituição Federal preocupou-se em proteger a maternidade, assegurando "*descanso remunerado, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário*" (art. 165, XI, da Emenda nº 1, de 1969).

Muito embora este preceito constitucional seja dirigido ao pessoal sujeito à legislação trabalhista, não se pode imaginar que o legislador estadual, ao aprovar a Lei nº 6.486, tenha pretendido restringir direito de funcionária que se encontra em estado de gestação, ignorando a orientação da Constituição Federal que é no sentido de proteger a maternidade.

Além disso, por força do dispositivo constitucional e do art. 393, da Consolidação das Leis do Trabalho, o Estado é obrigado a assegurar a suas empregadas, sujeitas ao regime trabalhista, a licença para gestação com salário integral. Considerando que o Poder Público Estadual sempre procurou manter uma certa eqüidade no tratamento de empregados e funcionários, pode concluir-se, também por este motivo, que o legislador estadual não teve intenção de negar remuneração por regime especial de trabalho à empregada licenciada por motivo de gestação.

6. Por último, a Lei Estadual nº 6.672, de 22 de abril de 1974 (Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Estado) estabeleceu que o membro do Magistério não sofrerá desconto nos vencimentos quando em licença regulada pela mesma Lei, o que inclui a licença para gestação (art. 67, inciso I).

Assim, embora não seja aplicável ao pessoal do Quadro Geral, a Lei nº 6.673, de 1974, é bastante recente e, por isso, representa a orientação atualizada do Legislativo Estadual no que se refere à manutenção integral de rendimentos no caso de quaisquer licenças, inclusive por motivo de parto.

Saliente-se, ainda, que a perda da gratificação por regime especial, durante a licença à gestante, conduziria a grave injustiça, pois enquanto servidoras contratadas pela CLT e professoras do Plano de Carreira do Magistério têm direito à totalidade de seus rendimentos durante a licença por motivo de parto, as funcionárias do Quadro Geral sofrem redução em seus ganhos.

7. EM CONCLUSÃO, entendo que a Senhora R. N. S., tem direito a perceber a gratificação por regime especial no caso de licença à gestante.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 17 de dezembro de 1979.

TAXA DE SERVIÇOS DIVERSOS

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 4.401

TAXA DE SERVIÇOS DIVERSOS, da Lei Estadual nº 7.246/78, no fornecimento de certidões, pela Junta Comercial do Estado à Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, com vistas à instrução de processo judicial.

Tendo como fator gerador, segundo a lei em epígrafe, o fornecimento de certidões por órgãos do Estado, a taxa incide sempre que ocorre a prestação do serviço estadual, ressalvadas as hipóteses isencionaes, ainda que a certidão seja fornecida para atender requisição; se o requisitório, feito pelos Procuradores da República, visa à defesa dos interesses da União, o pagamento do tributo incumbe à Fazenda Pública Federal; sendo formulado por autoridade judiciária ou pelo Ministério Público Federal, atuando nessa condição, as despesas são suportadas pelo vencido na lide.

Vem a esta Procuradoria-Geral, expediente por meio do qual o ilustre SECRETÁRIO-GERAL DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO pede novo pronunciamento desta Casa, a respeito da cobrança da taxa de serviços diversos para o fornecimento de certidões, cópias xerográficas ou outras informações à Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Origina-se a nova solicitação de desconformidade manifestada pela referida Procuradoria ao Parecer nº 4.206, na parte em que pertine ao mesmo órgão federal.

O parecer da Procuradoria-Geral do Estado concluiu que, à falta de previsão isencional, e não estando a cobrança de taxas inibida pelo mandamento constitucional da imunidade recíproca, entre as pessoas políticas da Federação, o qual só alcança os impostos e não outras espécies tributárias, não existe óbice a que a Junta Comercial do Estado cobre a taxa de serviços diversos de que trata a Lei Estadual nº 7.246/78, no fornecimento de certidões a órgãos públicos federais.

Em contraste a esse entendimento, parecer do ilustrado Procurador da República no Estado, AMIR JOSÉ FINOCHIARO SARTI, opõe disposição de lei federal, o artigo 38, inciso XIV, da Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951, que define como atribuição dos Procuradores da República, dentre outras, a de *"dirigir-se diretamente aos representantes da*

administração federal, estadual ou municipal, bem como de entidade pública, para requisitar documentos, certidões e esclarecimentos, ou quaisquer outras providências necessárias à defesa dos direitos e interesses da União".

Conforme a manifestação do douto Procurador, haveria antinomia entre a norma retrotranscrita e a lei estadual, com fulcro na qual se impõe a cobrança de taxa no fornecimento de certidões a serem utilizadas na defesa da União, e que, "no confronto, deve a última ceder passo à primeira, como é da essência do regime federativo vigorante no Brasil" (fls. 5 do Parecer).

Parece-nos, "data venia", que a perspectiva pela qual o culto representante da União equaciona o problema, deixa de considerar ponderáveis aspectos que não podem ser olvidados quando se cotejam disposições legais de ordens distintas de governo, para concluir qual a prevalente, derivando, assim, de uma consideração assaz singela, uma conclusão impecável.

Em primeira instância, cumpre lembrar que a cobrança de taxas repousa no poder tributário, do qual é uma exteriorização. Ora, tanto o poder como a competência tributários derivam imediatamente da Constituição e têm seu campo delimitado pela Lei Maior.

As limitações ao poder tributário conferido pela Carta aos entes políticos da Federação só podem exsurgir (a) da Constituição diretamente (v. g. arts. 19 e 20 da Emenda Constitucional n.º 1/69), (b) mediatamente, por lei complementar, para tanto autorizada (art. 19, § 2.º do mesmo texto constitucional) e, por último (c) através de autolimitações exercidas pela própria pessoa tributante, como corolário do princípio de que "pode isentar quem pode tributar".

Leis ordinárias federais não têm o dom de limitar o exercício do poder tributário que a Constituição deferiu ao Estado-membro, sob pena, aí sim, de quebra ao princípio federativo e, mais, de invasão em campo competencial a elas estranho.

Com efeito, em matéria tributária, dado o critério constitucional de privacidade de competências das diferentes pessoas jurídicas de direito público que compõem a Federação, não há que falar em prevalência de lei federal ordinária sobre lei da entidade tributante, quer seja esta um Estado-membro, quer se trate de um município.

Sendo privativas e exclusivas as competências impositivas de cada membro da Federação, inexistente mesmo possibilidade constitucional de ingerência de uma ordem de poder no campo da outra, afastando-se, em consequência, a verificação de uma colidência efetiva de normas conflitantes, e uma hierarquia que resolvesse o impasse entre elas.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, invocando lição de PONTES DE MIRANDA, ressalva esse aspecto essencial, nem sempre percebido, quando se cogita genericamente de "hierarquia das leis":

"A classificação das leis em federais, estaduais e municipais não é estabelecida em função de considerações de hierarquia, mas apenas atende à maior ou menor extensão de seu âmbito material de validade.

Analisando os dois planos da federação brasileira, o da Constituição e o da legislação ordinária, sustentou excelentemente PONTES DE MIRANDA não ser possível afirmar que abaixo da Constituição venham as leis federais nem — tampouco — as Constituições estaduais:

Um e outras vêm em seguida, dentro das linhas demarcadas das competências legislativas (federal, estaduais), de acordo com o que se estatuiu na Constituição Federal. Para que fossem superiores às leis locais (estaduais, municipais) as leis federais, seria preciso que a Constituição Federal, na devolução das competências ao Poder central e aos poderes locais, só houvesse adotado o brocardo "Bundesrecht bricht Landesrecht". Não é o caso dos Estados Unidos da América, nem do Brasil, nem tampouco, o das outras federações do tipo americano". (in "Lei Complementar Tributária", Ed. RT, São Paulo, 1975, pág. 17).

E, após laboriosa tarefa que empreende para clarificar, com suporte na teoria kelseniana, que a expressão "hierarquia das leis" supõe que uma norma retira a sua validade da conformação com outra norma, "que não lhe determina o conteúdo, mas apenas disciplina a competência material do órgão autorizado a criá-la", o mesmo autor preleciona:

"Ao contrário, a afirmação de que não há hierarquia entre leis ordinárias federais, estaduais e municipais representa, em todo rigor, um corolário, desdobramento ou inferência do princípio de isonomia das pessoas constitucionais. Mero aspecto particular da expansão desse princípio constitucional basilar. A conclusão decorre do modo de atuação do mecanismo constitucional de repartição das competências legislativas. A técnica constitucional brasileira adotou o expediente de repartir, por campos privativos, a competência legislativa das pessoas constitucionais". (ob. cit., pág. 16).

Sucedendo, assim, que a área de competência privativa que a Lei Maior atribuiu a um ente político não pode ser explorada, regrada, ou limitada por outro, pois a repartição constitucional foi estanque e definida.

A citação de um trecho da lavra do Ministro VICTOR NUNES LEAL, trazido à colação pelo ilustre membro da Procuradoria da República, não infirma, mas reforça sem dúvida, o ponto de vista ora exteriorizado:

"Realmente, no domínio das competências privadas, a declaração da prevalência da lei federal consiste, substancialmente, na declaração da inconstitucionalidade das leis estaduais que com ela estejam em conflito. Na competência concorrente, porém, a supremacia da lei federal é indiscutível. E o desrespeito às leis federais por parte dos Estados chega a justificar intervenção federal nestes. Por isso mesmo, como existe nos regimes federais uma questão de preponderância da lei federal (competência concorrente), ao lado de uma questão de constitucionalidade (competências exclusivas), a conhecida regra da hierarquia das leis na federação é perfeita.

tamente acertada, desde que se entenda que somente as leis federais válidas preponderaram sobre as estaduais." (in "Problemas de Direito Público", Rio de Janeiro, Forense, 1960, págs. 127/8).

Como resta inequívoco na lição transcrita, a supremacia da lei federal sobre a estadual opera unicamente no campo das competências concorrentes. Na área de competência privativa, como o é a da instituição, cobrança e exclusão de tributos, inexistente prevalência apriorística de lei federal. O que pode suceder é a lei estadual ter invadido espaço destinado à regração federal, donde a inconstitucionalidade indubitável daquela.

Não é essa a hipótese. A Lei Estadual nº 7.246/78 atuou regularmente em campo de competência privativa do Estado, de conformidade com o artigo 18, I, da Constituição. Ora, se o fornecimento de certidões pela Junta Comercial do Estado foi erigido, pelo legislador estadual, em fato gerador de taxa pela prestação de serviços, não há como opor-se lei ordinária federal para afastar a exigibilidade do tributo.

De notar-se que, nem mesmo lei complementar da União teria tal idoneidade, pois o permissivo constitucional, nesse passo, diz respeito, exclusivamente, a "impostos", que podem ser isentados por lei complementar, atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional (art. 19, § 2º, da Constituição). Na espécie vertente, cogita-se de taxa, que, como é sabido, constitui tributo exigível em razão de atuação estatal específica e divisível e que, conforme salientado em momento anterior, pode, indubitavelmente, ser cobrada de entes públicos.

A solução propugnada pelo ilustre Procurador da União leva a admitir uma limitação ou restrição heterônoma ao poder de tributar do Estado-membro, com fulcro, não nos termos explícitos da lei federal invocada, mas na interpretação a ela conferida, proposição insuscetível de prosperar, pois induz ingerência de um ente da Federação no poder fiscal de outro. Interpretada por tal modo a disposição da Lei Federal nº 1.351/51, teríamos aí, precisamente a espécie apontada por NUNES LEAL, na lição antes evocada: a lei federal, por invadir campo de competência privada do Estado é que seria, nesta parte, inválida.

Rejeitando concepção similar, PONTES DE MIRANDA, em parecer exarado a propósito de limitação imposta pela Lei nº 4.726/65 à fixação de valor das taxas cobráveis pelas Juntas Comerciais, assim se manifestou:

"Pode a limitação feita às taxas da Junta Comercial do Distrito Federal, pelo Decreto-lei nº 144, de 2 de fevereiro de 1967, ser estendida às Juntas Comerciais dos Estados-membros, para as taxas de arquivamento? Respondo: Não. Se uma entidade estatal exige que a tributação de outra entidade seja igual, ou limitada, conforme o que estabeleceu para si, ou para outra entidade, está a tributar ou a limitar a tributação de outra. Portanto, invadindo-lhe as linhas de competência... Os serviços das Juntas Comerciais são serviços estaduais. Mesmo a respeito da legislação sobre

Juntas Comerciais. As taxas são de competência estadual, salvo em se tratando do Distrito Federal, o que está implícito na própria Lei nº 4.726, de 13 de julho de 1965, art. 11, II, b, onde se fala de aprovação do Presidente da República, "no caso do Distrito Federal". A União legisla sobre Juntas Comerciais, o que não se confunde com a tributação; e mesmo aí há a competência supletiva dos Estados-membros." (in "Dez anos de Pareceres", Livraria Francisco Alves Editora, 1976, vol. 6, pág. 91).

O posicionamento ora defendido de rejeitar-se interferência de ação de um ente político na esfera de atuação privativa do outro, deve, aqui, ser mais veemente, visto **inexistir lei que explicita a pretendida ingerência**; esta decorreria, como se frisou, da interpretação que se lhe pretende dar.

Não colhe, num segundo momento, a invocação do texto da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. A nova redação do artigo 8º, inciso XVII, letra c do Estatuto Maior, confere à União competência para legislar sobre **normas gerais** respeitantes a matérias diversas, ali mencionadas, quais sejam: orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública, taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais, de direito financeiro, de seguro e previdência social, de defesa e proteção da saúde, de regime penitenciário. E, na alínea e, a Emenda ampliou a competência da União, para legislar sobre tabelionatos, além da previsão original que respeitava a registros públicos e juntas comerciais.

É verdade que a alteração constitucional alargou o elenco competencial da União, atribuindo-lhe titularidade para regular matérias não constantes do texto primitivo, especificamente, sobre taxas judiciárias, custas e emolumentos de serviços forenses, registros e notariais.

À primeira vista, residiria aí fundamento para afastar a competência do Estado-membro, desferindo-lhe um golpe radical em seu campo impositivo. O exame cuidadoso da matéria evidenciará, entretanto, não ser verdadeira essa impressão preambular.

Inicialmente, é mister frisar que a atribuição constitucional de competência legislativa à União diz respeito a "**normas gerais**" acerca das matérias arroladas. A expressão normas gerais é, sabidamente, dicção sujeita a diversificadas interpretações, às vezes até opostas. Uma interessante resenha de opiniões é explicitada por DINIZ FERREIRA DA CRUZ, no seu estudo "Lei Complementar Tributária" (José Bushatsky Editor, São Paulo, 1978, págs. 43 a 51). Ali estão as opiniões de CARLOS A. DE CARVALHO PINTO, RUBENS GOMES DE SOUZA, VICENTE RAO, GERALDO ATALIBA. Seria impossível pretender resumir todas as opiniões, encontrando-lhes um denominador único. Um aspecto, porém, ressalta com unanimidade, resumido em palavras do autor por primeiro citado: "**normas gerais vão até onde não firam princípios ou atributos — explícitos ou implícitos — ínsitos à autonomia de Estados e Municípios**". (ob. cit. pág. 46).

Isso posto, cabe indagar se uma isenção concedida através de norma geral da União (fora da hipótese facultada pela Constituição, em seu artigo 19, § 2º), não arranharia a

autonomia dos outros entes políticos. A resposta, que viria ao cabo de tormentoso estudo não comportável dentro da perspectiva presente, é, mesmo, dispensável de momento, considerando-se que a União não atuou em tal sentido.

Pelo contrário, as normas gerais editadas pela União até o presente, reconhecem aos Estados a competência para estatuírem as tabelas de taxas e emolumentos devidos pelos atos do Registro de Comércio e afins, de acordo com proposta das Juntas Comerciais respectivas (Lei nº 4.726, de 13 de julho de 1965, art. 11, II, b).

Em segundo lugar e, complementarmente, oportuniza que se frise ter a Constituição resguardado, na matéria, a competência supletiva dos Estados (art. 8º, parágrafo único), de sorte que, no exercício constitucionalmente autorizado de sua titularidade concorrente, o poder estadual regrou, a seu modo, a taxa de serviços da Junta Comercial, como se vê da Lei nº 7.246/78, não se deparando em tal atuar, conforme antes referido com qualquer concessão de isenção — viável ou não — por parte da União a órgãos públicos federais.

Existe, ainda, na espécie vertente, um aspecto fundamental a ser considerado. É o de que, na verdade, não se pode surpreender conflito ou antinomia entre os dispositivos da Lei Federal nº 1.341/51 e a Lei Estadual nº 7.246/78. A norma federal confere aos Procuradores da República, como *"advogados da União"* (art. 37), a faculdade de *"dirigir (em)-se diretamente aos representantes da administração federal, estadual ou municipal, bem como de entidade pública, para requisitar documentos, certidões e esclarecimentos, ou quaisquer outras providências necessárias à defesa dos direitos e interesses da União"* (art. 38, XIV). A norma local define como fato gerador de taxa estadual o fornecimento de certidões pela Junta Comercial. Os conteúdos das regras legais são distintos e compatíveis.

A Lei nº 1.341/51, com outorgar poderes aos Procuradores de requisitar diretamente a quaisquer autoridades os elementos de que precisarem, afasta restrições protocolares ou administrativas, que pudessem obstar a informação requisitada. Colidência haveria, se norma estadual pretendesse vedar ou restringir a prerrogativa de requisição, como se, v. g., o diploma local sujeitasse o fornecimento a exame de conveniência, seleção, etc.

De outra parte, se para o atendimento de tais requisições — que não podem ser recusadas, frise-se — um órgão estadual deve praticar um ato ou realizar um serviço que constitui hipótese de incidência de taxa, a exação tem de ser exercida.

Não são, aliás, incompatíveis as noções de *"requisição"* e a de *"pagamento"* ou *"indenização"*, pelo bem ou serviço requisitado. Haja vista a requisição administrativa de bens do domínio particular, a qual é irrecusável pelo administrado (Constituição, art. 153, § 22, fine), mas que implica indenização pelo órgão requisitante (cf., dentre outros, HELY LOPES MEIRELLES, in *"Direito Administrativo Brasileiro"*, 4ª edição, São Paulo, págs. 575/7). Em tais casos, a compensação financeira pelo requêsto é cabível, apesar de

ser a intervenção motivada por exigências urgentes e vitais, tais como a proteção à vida, à saúde ou a bens da coletividade, ou, ainda, o resguardo da segurança interna e a manutenção da soberania nacional.

Requisitar é, sem sombra de dúvida, exigir, *"pedir com autoridade"*, donde a compulsoriedade ínsita da resposta. Mas compulsoriedade configura-se em inúmeras manifestações e atos dos agentes públicos, sem que se afete ou inutilize a regra de que sejam recompostos os prejuízos em caso de dano, ou remuneradas as despesas oriundas da exigência, como ocorre na desapropriação, na servidão administrativa, na ocupação temporária, além da requisição mesma. Não há contraditoriedade ou oposição entre **poder de exigir uma prestação e a conseqüente indenização de dispêndios.**

O pagamento que o requisitante deve efetuar repousa na utilização do bem ou serviço, não significando, de modo algum, que a composição financeira derive da pouca importância, da irrelevância ou da dispensabilidade da medida adotada pelo poder público.

Assim, a requisição de certidões, motivada por interesse da envergadura e utilidade como o é a defesa da União, nem por isso dispensa a satisfação do tributo emergente de prestação de um serviço público, por parte do órgão estadual. Se a requisição entender-se gratuita — apesar de não ter suporte constitucional — significará, isso sim, uma exação ou confisco exercitável pela União em detrimento do Estado, exigência de prestação gratuita, de serviços, realização de despesas sem reposição, verdadeiro imposto inominado. No magistério de RUY CIRNE LIMA *"seria isso apropriar-se gratuitamente uma entidade pública dos gastos que outra fizesse para a execução do serviço, que àquela primeira direta ou indiretamente trouxesse benefício"* (in *"Pareceres de Direito Público"*, Ed. Sulina, Porto Alegre, 1963, pag. 56).

Situação diversa é o próprio Estado-membro prestador do serviço, em homenagem à co-existência harmoniosa e cooperativa das pessoas jurídicas de direito público e de suas respectivas atuações, prever isenção em tal caso. *"De lege ferenda"*, aos entes políticos caberia tal providência, com reciprocidade. Mas, inexistindo previsão isentiva, legal é a exigibilidade.

O que deve ser sublinhado é que, da cobrança da taxa **não pode resultar embaraço ao exercício da prerrogativa outorgada aos Procuradores da República de requisição de certidões.** Por isso, não é lícito ao órgão estadual, a pretexto de exigência de satisfação prévia do tributo, deixar de fornecer os elementos reclamados, ou retardar o atendimento. Respeitadas essas regras, não há incompatibilidade entre os diplomas em cotejo.

Incompatibilidade não há, como se viu, entre atuação vinculada dos poderes públicos e seus agentes e o pagamento de encargos que dessa atividade obrigatória resultam. No caso específico dos procuradores da União, sabe-se que, demandando judicialmente em defesa dos interesses desse ente político, estão, sem dúvida, os Procuradores da República cumprindo dever de ofício tão relevante como o de requisitar certidões, constando am-

bas as atribuições de incisos do mesmo artigo 38 da Lei nº 1.341/51. No exercício dessa defesa, porém, as custas de despesas judiciais por eles promovidas, incluídas aí, genericamente, custas, emolumentos e salários de perito, serão devidas pela Fazenda se vencida (art. 27 do Código de Processo Civil, combinado com os artigos 9º, I e 10, § 4º da Lei Federal nº 6.032/74). O privilégio da Fazenda Pública diz respeito à antecipação, da qual está dispensada (art. 19 do C.P.C.).

Ocorre que a cobrança de taxas, custas, emolumentos e outras exações similares, de entes públicos, pela prestação de serviços relativos à Justiça, aos Registros Públicos, Notariais e de Comércio, configura exercício normal e regado da competência da entidade política mantenedora da atividade, desde que não seja prevista isenção. Assim é que, v.g., a Lei nº 6.032, de 30 de abril de 1974, que dispõe sobre o Regimento de Custas da Justiça Federal, considerou oportuno isentar do pagamento de custas "a União, os Estados, os Municípios, os Territórios, o Distrito Federal e respectivas autarquias" (art. 9º, I). A regra seria ociosa, se o sistema jurídico positivo não permitisse a cobrança. Mas ele permite e, tanto isso é verdadeiro, que, quando vencidas, aquelas entidades devem o reembolso das custas despendidas (art. 10, § 4º).

O artigo 9º da Lei ora em cogitação isenta, em seu inciso IV, o Ministério Público. Essa disposição é relevante para que se recorde uma distinção consabida. A Procuradoria-Geral da República atua em linhas diversas, ora funcionando como Ministério Público, ora como patrocinadora dos interesses da União. Somente na primeira modalidade de atuação é que prevalece, incondicionadamente ao resultado da demanda, a isenção integral de custas no âmbito da Justiça Federal. Atenta a motivações dizentes com a natureza das funções peculiares do Ministério Público, a lei isentou-o, perante a Justiça Federal, das custas ali produzidas (art. 1º, combinado com art. 9º, IV), dispensando-o de encargo que poderia ser normalmente exigível.

A partir de tais distinções, é oportuno salientar que, quando os membros da Procuradoria-Geral da República atuarem na função específica de Ministério Público, o tratamento legal será semelhante ao conferido às requisições judiciais.

Nas requisições emanadas de autoridade judiciária, quando tiverem em vista o atendimento de solicitação de uma das partes litigantes a esta incumbirá arcar com a despesa, salvo as disposições concernentes à justiça gratuita (art. 19 do Código de Processo Civil). Sendo a requisição judicial efetuada por determinação de ofício do juiz ou a requerimento do Ministério Público, ao autor competirá adiantar as despesas, respondendo por elas o vencido, a final (arts. 19, § 2º e 27 do mesmo Código). E as despesas com requisições procedidas diretamente pelo Ministério Público Federal, como autorizado pelo artigo 47 do Código de Processo Penal, não de ser suportadas, igualmente, segundo o princípio da sucumbência, pelo vencido (art. 805 do Código de Processo Penal combinado com arts. 19, § 2º e 27 do Código de Processo Civil).

EM CONCLUSÃO, nosso parecer sobre a matéria reapresentada a exame, agora sob enfoque específico de requisições de certidões para instruir processo judicial, pode resumir-se como segue:

- a) sendo o fornecimento de certidão pela Junta Comercial do Estado, considerado fato gerador de taxa estadual de serviços diversos, à falta de isenção expressa favorecendo a União, e inexistindo óbice decorrente de norma constitucional ou complementar, é devido o tributo nas requisições feitas pelos Procuradores da República, com vistas ao patrocínio da Fazenda Pública Federal;
- b) nas requisições efetuadas pelos Procuradores da República, no exercício de funções peculiares à sua atuação como Ministério Público, e bem assim, naquelas promovidas por autoridades judiciárias, o pagamento de taxa incidirá ao vencido, dado o princípio da sucumbência;
- c) em quaisquer das hipóteses antes aventadas, porém, não pode o serviço estadual, a pretexto de exigência de satisfação prévia do tributo, negar-se ao fornecimento de certidões, ou retardá-lo, com decorrente embaraço à atividade do órgão requisitante.

S. M. J., é o parecer.

PORTO ALEGRE, 3 de julho de 1980.

FUNDO ESTADUAL DE SAUDE-FES

MARISA SOARES GRASSI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.310

Pagamento de vantagem suplementar, à conta do FES, a servidores estatutários e CLT.

Necessidade de lei autorizadora.

O expediente de nº 1.239/79 vem da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente com problemática envolvendo a aplicação, pelo Fundo Estadual de Saúde — FES —, de recursos advindos em virtude de convênio entre aquela Pasta e o INAMPS, na área de pessoa!

Informam os autos que, como o FES não possui quadro próprio de pessoal, os servidores que nele prestam serviço são os lotados na Secretaria da Saúde e do Meio-Ambiente. Obedecendo a Planos de Aplicação específicos, a Junta de Administração e Planejamento do FES, utilizando os recursos à sua disposição, realiza pagamentos de equivalência às formalidades da Lei nº 6.486/72 e legislação complementar, ou equivalência às FGs e ASs sem a sujeição às normas expedidas pelo Órgão Central do Sistema de Pessoal da Secretaria da Administração.

As dificuldades de ordem legal surgem quando as suplementações são efetuadas por meio de pagamento de vantagens equivalentes à diferença de regime horário sem obediência às formalidades da Lei nº 6.486/72 a legislação complementar, ou equivalência às FGs. e ASs sem a sujeição às normas expedidas pelo Órgão Central do Sistema de Pessoal da Secretaria da Administração.

Assim, essas vantagens não correspondem a cargo ou função previstos ou criados por lei, sendo arbitradas e atribuídas livremente pelo Secretário e, ainda, não vêm sendo computadas para efeito de descontos previdenciários, FGTS, 13º salário, etc.

Segundo as objeções referidas nos autos, a Regulamentação do Fundo, Decreto nº 22.652, de 17 de setembro de 1973, que prevê, no art. 2º, letra "e", a previsão de recursos para pagamento de complementação salarial, não chega a ser uma autorização para regime especial de trabalho que supra as exigências da Lei nº 6.486/72, sobretudo quanto à disposição do art. 15 que exige para a convocação, ato do Senhor Governador do Estado. Da mesma forma, o provimento do Decreto nada tem a ver com as vantagens concedidas e em equivalência às FGs e ASs, como é o caso da remuneração dos membros da Junta que administra o Fundo.

Ressalta o expediente, em retrospectiva da matéria que, antes de 1971 o controle à tuberculose era precário e realizado em setores isolados, até que, no Rio Grande do Sul, elaborou-se um Programa de Controle da doença, contando, entre os seus pontos-chaves, o de estabelecer um sistema de supervisão das atividades desenvolvidas pelas Unidades Sanitárias, a cargo de equipes regionais, constituídas de médicos, bioquímicos e enfermeiros.

Com a regulamentação do Fundo de Saúde pelo Decreto nº 22.652, de 17 de setembro de 1973, ficou reconhecida a função de Supervisor e entendeu-se que novas perspectivas foram criadas uma vez que se abria a possibilidade de complementação salarial a todo o servidor que desenvolvesse atividades em regime de programa especial.

Posteriormente, com o convênio firmado pelo então INPS e a Secretaria, transferida ficou a responsabilidade de atender em todos os níveis os pacientes tuberculosos previdenciários, e em contrapartida, obrigou-se a autarquia a transferir mensalmente à Pasta Estadual 70% da verba gasta em tuberculose no Estado, sem estabelecer critérios para a sua aplicação.

Ressalta, ainda, o Dirigente do Núcleo, em sua apreciação:

"Entre as providências a tomar se incluem melhorias ou ampliações das instalações, aquisição de material permanente e de consumo, inclusive medicamentos específicos, complementação salarial de recursos humanos de nível técnico científico e auxiliar, de acordo com as exigências programáticas e as necessidades de serviço, contando-se para isso em caráter supletivo com os recursos financeiros transferidos do INAMPS para o Fundo Estadual de Saúde.

Se existirem impedimentos de ordem legal para utilizar estes recursos em caráter supletivo, nos moldes propostos pelo órgão coordenador do Programa-Núcleo de Tuberculose, não haverá condições para continuar a atender a clientela do INAMPS dentro do Programa de Controle da Tuberculose da Secretaria da Saúde, com desastrosas conseqüências para a saúde pública no Rio Grande do Sul."

Consideram-se enquadráveis no item e do artigo 2º do Decreto nº 22.652, as atividades ou funções de médicos, bioquímicos, enfermeiros e outros técnicos científicos com atividades de Supervisor, médicos e técnicos científicos especializados no PCT, auxiliares de serviços médicos com atividades de técnico de laboratório ou auxiliar de enfermagem a nível ambulatorial e a nível hospitalar.

Em ofício enviado posteriormente, em decorrência de reunião nesta PGE com integrantes da Junta que administra o Fundo, indaga-se qual será a atitude da Secretaria, e em especial do FES, tendo em vista que esse recebe recursos originários em convênios aprovados por Decretos Legislativos para aplicá-los exatamente na complementação salarial até atingir o nível de salário do Governo Federal. Citam os autos, como exemplo, o

Convênio realizado com o Ministério da Agricultura, visando à realização, pelo Estado, dos serviços de inspeção dos produtos de origem animal e o Convênio com o INAMPS, que se destina a melhoria da Terapêutica Transfusional de Sangue (Hemoterapia).

Ressalta uma vez mais o documento que o pessoal que participa desses convênios desenvolve tarefas peculiares como visitas domiciliares a pacientes, relatórios diversos, pesquisas etc., *"que não se enquadram no comum desempenho dos demais servidores"*.

Instruam, ainda, o expediente, além de cópias xerográficas dos convênios apontados, as atribuições básicas de alguns integrantes do Programa de Tuberculose.

Diante do exposto, as seguintes questões são propostas no expediente do Parecer FES nº 029/79:

"1. Pode o FES suplementar pessoal e em que condições?"

2. Em caso positivo, a quem cabe o recolhimento dos encargos sociais, se devidos, e as anotações e registros funcionais onde e por quem se processariam?"

3. Podendo o FES efetuar os pagamentos e considerando-se esses valores acréscimos de salário, no caso de servidores contratados pela CLT, haveria necessidade de assinatura das Carteiras de Trabalho implicando em pagamento de 13º salário, etc.?"

É o relatório.

2. A matéria em apreço foi objeto, em parte, do Parecer nº 4.113/79-CGE, em que se analisou a possibilidade de alteração no Regulamento do Fundo Estadual de Saúde (Decreto nº 22.652/73), *"visando ampliar as hipóteses de pagamentos com verbas do mesmo, mediante inclusão de gratificações especiais nos integrantes da Junta de Administração e Planejamento e a complementação de salários"*.

3. Resumidamente, conclui a referida manifestação, que a admissão e a remuneração de pessoal que desempenha serviços em Programas financiados pelo FES, *"só poderá verificar-se dentro das normas próprias em vigor na administração pública estadual"*.

4. A consulta deste expediente, se basicamente apresenta identidade com aquela do parecer citado, é mais ampla, apontando, inclusive, os inúmeros programas executados pelo pessoal vinculado ao FES, e a necessidade de, face a especificidade e, muitas vezes, qualificação do serviço, melhor remuneração.

5. Os objetivos do Fundo, como recursos financeiros, portanto, sem personalidade jurídica, não se situam paralelamente aos da Secretaria da Saúde e Meio Ambiente, definidas no Decreto nº 28.650, de 15 de março de 1979, que fixou a incumbência da Pasta, mas, ao contrário, na mesma área de ação.

6. É o art. 1º da Lei nº 6.575, de 5 de julho de 1973, que bem define o que seja o FES, ao estabelecer:

"É o Poder Executivo autorizado a instituir um fundo especial denominado Fundo Estadual de Saúde — FES —, cujos recursos se destinam a apoiar, em caráter supletivo, os programas de trabalho relacionados com a saúde individual e coletiva e com o meio ambiente, desenvolvidos ou coordenados pela Secretaria da Saúde."

7. Por sua vez, a criação de Fundos Especiais encontra embasamento legal na Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1967, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal que dispõe:

"Art. 71 — Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação."

Art. 72 — Aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a turnos especiais faz-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais."

Art. 73 — Salvo determinação em contrário da Lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo."

8. A constituição de Fundos, com base no permissivo do art. 62 da Constituição Federal, segundo o qual *"o orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento"*, tem sido de longa data utilizada pela administração, sobretudo na última década, tendo em vista uma maior flexibilidade na utilização de recursos que vem a propiciar ao poder público a concretização de planos e obras que decorrem diretamente das necessidades do atual processo histórico social.

9. Se por um lado o problema é encarado nesse enfoque, de outra parte, em obediência ao sistema constitucional de centralização orçamentária, os Tribunais de Contas têm apostado restrições na criação desses fundos, quando realizadas sem maiores critérios e recomendado a apresentação de programas de trabalho por ocasião da etapa de programação do Orçamento do Governo, com vistas à moralidade administrativa.

10. Perquirido sobre a natureza jurídica desses fundos especiais, esta PGE manifestou-se no Parecer nº 2.390/73:

"A natureza desses fundos especiais é, no entanto, ao mesmo tempo de direito financeiro e de direito administrativo. Não há dúvida que se está, quanto aos objetivos perseguidos pelos fundos, em face de um serviço público em sentido material, ou objetivo, ou funcional, vale dizer, de um serviço marcado pelo interesse público na gestão financeira de que se trata (cfe. MARCEL WALINE, in "Traité Élémentaire de Droit Administratif", 5ª ed., 1950, pág. 291). De outra parte, na organização administrativa desse serviço público, adota-se uma formalização que busca dar flexibilidade e unidade programática na manipulação de recursos em benefícios do estímulo planejado à economia estadual. Essa formalização ótima é tirada de dentro dos quadros do direito financeiro, pela utilização da figura dos fundos especiais, onde o estado, por lei sua, desafeta determinada parcela do orçamento dos fins gerais da administração pública, e o vincula de novo a objetivos específicos, entregando a gestão desses recursos, na consecução dos objetivos colimados, a órgão pré-existente de sua Administração Direta ou Indireta, ou ainda a uma autarquia interestadual, como na espécie. Não há, pois, na lei que institui o fundo especial, nem criação da autarquia, nem autorização para a constituição de uma outra entidade com a personalidade jurídica própria, mas simplesmente a especialização das finalidades com que serão dispendidos recursos orçamentários, ao mesmo tempo que se outorga a um gestor autorização em branco para a manipulação desses recursos, desde que atendidos os novos e precisos objetivos a que foram vinculados."

11. Especificamente no que se refere à consulta proposta, a Lei nº 6.575, de 5 de julho de 1973, que institui o Fundo Estadual de Saúde, foi regulamentada pelo Decreto nº 22.652, de 17 de setembro de 1973, que estabelece:

"Art. 2º — As disponibilidades do Fundo serão aplicadas:

*.....
e) na complementação salarial, dentro dos limites previstos em lei, do servidor que por força do programa de trabalho, desenvolva atividade em regime de programa especial."*

12. O preceito, estatuído em decreto regulamentar, apenas prevê a possibilidade de utilização dos recursos na complementação de salários, não afastando, evidentemente, a incidência de leis estaduais e princípios constitucionais disciplinares de admissão, provimento de cargos, fixação de vencimento, salários etc.

13. Ainda que, como conclui o Parecer nº 4.113, o FES não tenha personalidade jurídica e que seus recursos sejam geridos pela Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, por intermédio de uma Junta de Administração e Planejamento, composta de três membros nomeados pelo Governador do Estado, mediante indicação do Secretário, dentre os servidores da Pasta, e que as admissões de pessoal, as convocações para o regime especial de trabalho ou outorga de gratificação devam obedecer as normas próprias em vigor na legislação estadual, nada impede que, de lege ferenda, o problema possa ser, em parte, solucionado no que pertine àqueles prestadores de trabalho cujo vínculo com o Estado seja o estatutário.

14. Desta forma, lei especial poderá prever e disciplinar a fixação de vantagens, cujas importâncias seriam efetuadas de acordo com a prestação de serviços específicos e realização de programas à custa do FES, pela Pasta da Saúde e do Meio Ambiente, na forma de gratificação, si et in quantum, não ficando, destarte, incorporadas aos vencimentos.

15. Nesse sentido, o diploma federal disciplina sobre a possibilidade de, mediante lei, estabelecer-se normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas sem que, no entanto, esteja elidida a fiscalização e competência do Tribunal de Contas.

16. Com efeito, é o que determina o art. 74 da Lei Federal nº 4.320/74, ao dispor:

"A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente."

17. Obstáculos maiores encontramos na hipótese de empregados celetistas, de vez que, fatalmente, salvo pequenas exceções, o pagamento de qualquer vantagem caracteriza aumento de salário, para todos os efeitos legais. No entanto, mesmo aqui, poderia ser estudada a possibilidade de comissionamento, na forma do art. 499 da C. L. T., para aqueles que realmente estivessem enquadrados em função de confiança ou de chefia. Entretanto, é de notar que, mesmo para esse caso é indispensável lei em sentido formal, não sendo suficiente a disposição contida no Decreto nº 22.652/73 eis que se trata de aumento de remuneração.

18. Por outro lado, impossível afastar a imposição legal do desconto previdenciário, tanto para os funcionários cujo vínculo com o poder público seja o estatutário, como para aqueles cuja prestação de serviço esteja regida pela legislação consolidada.

19. De toda a forma, o vínculo será sempre com o Estado, ainda que os recursos provenham de fontes federais e a administração seja realizada por agentes do FES.

20. Importante mencionar, uma vez que a indagação foi abordada no Ofício complementar, que ratificamos a manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social (fls. 12 a 15-PGE), segundo a qual, nos convênios em apreço, não se pode obrigar os Estados a melhor remunerar seus servidores, mas tão só autorizar que o façam nas condições por eles estabelecidas.

21. ISTO POSTO, podemos concluir respondendo resumidamente as questões propostas:

1. A suplementação de salários realizada pelo Fundo Estadual de Saúde é viável para os empregados cujo vínculo com o Estado esteja disciplinado pela legislação trabalhista. Impossível, no entanto, afastar a incidência da legislação própria como a referente à ano-

tação da C.P., pagamento de 13º salário, férias, uma vez que as importâncias pagas incorporam-se ao salário do servidor.

2. Lei estadual poderá prever o pagamento de vantagem ao funcionário público com vínculo estatutário, com recursos oriundos do Fundo, realizado mediante a prestação de serviços na área dos programas específicos concretizados pelo FES, importância não incorporável aos vencimentos.

3. Da mesma forma, impõe-se que a autorização para o pagamento da vantagem aos empregados regidos pela C.L.T. seja realizada mediante lei.

4. Em ambas as hipóteses o vínculo do servidor é com o Estado, por intermédio da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, sendo devidas as contribuições previdenciárias.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 11 de fevereiro de 1980.

ANISTIA

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.398

ANISTIA.

Lei Federal nº 6.683/79 e Decreto Federal nº 84.143/79.
Integram os proventos as vantagens "ex facto temporis".
Interpretação da Lei de Anistia.

Consulta o Senhor COORDENADOR DA UNIDADE DE APOIO-TÉCNICO-ADMINISTRATIVO, desta Casa, sobre a interpretação da Lei Federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 e seu regulamento, Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979, que concedeu anistia.

A questão se coloca, objetivamente, com o requerimento do Procurador do Estado, Dr. JOSÉ MARIANO DE FREITAS BECK, que teve seu mandato cassado e suspensos seus direitos políticos, por decreto da Presidência da República e, como consequência, foi aposentado nos termos do Decreto Federal de 23 de julho de 1970, com vencimentos proporcionais, no então cargo de Consultor Jurídico, do Quadro de Consultores Jurídicos da, então denominada, Consultoria-Geral do Estado.

Requer a revisão de seu tempo de serviço, contado agora o tempo de afastamento, o que lhe daria direito à aposentadoria integral e mais as vantagens de gratificações adicionais de 25% e de 5% por quinquênio de serviço público estadual.

Encontram-se anexados ao processo dados funcionais do requerente, grade de tempo de serviço e cópia do ato de inativação.

É o relatório.

2. Prescreve, com efeito, a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979:

"Art. 1º — É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares."

A punição dos servidores da Administração Pública consistiu em demissão ou aposentadoria e a presente Lei de Anistia lhes possibilita o retorno ou reversão, respectivamente, ao serviço ativo, ou, ainda, o cômputo do tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão.

3. O peticionário não requereu sua reversão à atividade, optando pela revisão de seus proventos, nos termos do que prescreve o artigo 4º da citada Lei da Anistia.

"Art. 4º — Os servidores que, no prazo fixado no artigo 2º, não requererem o retorno ou a reversão à atividade ou tiverem seu pedido indeferido, serão considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão."

Por sua vez o Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979, estatui:

"Art. 21 — O servidor que não tiver requerido o retorno ou a reversão à atividade no prazo estabelecido no artigo 8º, ou cujo requerimento tiver sido indeferido, será considerado aposentado, transferido para a reserva ou reformado, computando-se o tempo de seu afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo dos proventos da inatividade ou pensão."

Independentemente de requerimento deve a Administração, como se conclui, revisar o tempo de serviço dos servidores atingidos pelos atos de exceção, com a finalidade de fixação ou revisão dos proventos da inatividade ou da pensão, alongando-se, portanto, o tempo de serviço dos referidos servidores.

Estipulou, o Decreto, que será considerado o tempo de afastamento do serviço ativo compreendido entre a data que motivou o afastamento do serviço e o dia 26 de dezembro de 1979, para os que não tiverem requerido o retorno ou a reversão.

No art. 11 da Lei nº 6.683/79, o legislador restringiu:

"Art. 11 — Esta Lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos."

Da mesma forma o faz o art. 23 do Decreto nº 84.143/79. São, como se observa, restrições de caráter pecuniário, indenizatório. Não contém restrições de caráter temporal, de onde se conclui pela interpretação ampla do art. 4º da já citada Lei.

4. A possibilidade de revisão dos proventos requerida é assunto pacífico pela interpretação literal dos dispositivos citados. Mas, a dúvida pode surgir quanto à gratificação adicional por quinquênio de serviço prestado ao Estado, também pleiteada.

5. O que pretendeu o legislador ao determinar no art. 4º, da Lei nº 6.683/79, o cômputo do "tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão"?

Na expressão "cálculo dos proventos" estariam embutidas as gratificações adicionais previstas pela legislação estadual? Computa-se o tempo para todos os efeitos que o mesmo gera?

O legislador deixou claro que não seriam gerados quaisquer outros direitos, além dos expressos, e citou, entre eles, vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos.

Silenciou quanto às gratificações.

Neste impasse dois pontos devem ficar esclarecidos para que nos levem ao deslinde da questão:

1º — O tipo de interpretação que cabe ser dada a uma Lei de Anistia;

2º — A natureza jurídica das gratificações adicionais que pleiteia o requerente.

6. Apresenta-se relevante o exame da natureza e interpretação de uma lei de anistia, verificando o sentido do texto e o enlace que tem.

Sobre anistia, CARLOS MAXIMILIANO assim se manifesta:

"Anistia, esquecimento do passado; entre os gregos, lex oblivionis, dos romanos, é um ato do poder soberano que cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em conseqüência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações." ("in" Comentários à Constituição Brasileira, Livraria Editora Freitas Bastos, 4ª edição, vol. II, 1948, pág. 151).

Trata-se de medida essencialmente política, inspirada no bem público, devendo ser interpretada de modo direto, tendo como subsídio, apenas os motivos inspiradores do ato, deve gozar de interpretação extensiva, como assevera CARLOS MAXIMILIANO (ob. cit., pág. 169).

O mesmo autor entende que a lei de anistia, embora sendo ato benéfico e envolvendo concessões ou favores, e, como tal, enquadrando-se na figura jurídica dos privilégios, não admite exegese estrita. E, diz textualmente:

"Assim se entende, por incumbir ao hermeneuta atribuir à regra positiva o sentido que dá eficácia maior à mesma, relativamente ao motivo que a ditou, e ao fim colimado, bem como aos princípios seus e da legislação em geral." (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, Rio de Janeiro, 9ª edição, 1979, pág. 238).

Nesse ponto é interessante, também, a lição de PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, Editor Borsoi, Tomo I, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1960, pág. 430):

"Na execução administrativa e na interpretação e aplicação judiciária da lei de anistia, os intérpretes devem dar aos textos a interpretação mais ampla que seja possível."

7. Posta em destaque a irradiação de uma lei de anistia, cabe o exame da natureza jurídica das gratificações originárias, unicamente, do tempo de serviço.

São vantagens exclusivamente temporais.

A Lei RS nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, que tem como destinatários, entre outros, os Procuradores do Estado, no art. 6º, determina:

"Art. 6º — Os servidores de que trata esta lei perceberão, por quinquênio de serviço público estadual, computado na forma prevista para a concessão das gratificações adicionais de 15% e de 25% (Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, art. 110, §§ 2º, 3º e 4º; art. 165), uma gratificação adicional de cinco por cento, até o máximo de sete quinquênios, que incidirá sobre os vencimentos do cargo exercido, qualquer que seja a forma de provimento."

O Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, por sua vez, condiciona a gratificação adicional de 15% e 25%, tão-só ao efetivo tempo de serviço prestado ao Estado. Cuida-se, apenas, do exercício. Veja-se a redação do art. 110:

"Art. 110 — Os funcionários públicos civis do Estado perceberão a gratificação adicional de 15% e 25% sobre o vencimento a partir da data em que completarem, respectivamente, 15 e 25 anos de efetivo serviço público, contados na forma deste Estatuto."

J. CRETELLA JÚNIOR (*"in" Dicionário de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1978) assim define:

"ADICIONAL — Gratificação em dinheiro que o Estado concede ao funcionário, em função do tempo de serviço público efetivamente prestado. Espécie do gênero gratificação, pro labore facto, e adicional é outorgado depois de cada período de serviço público, fixado em lei, e apurado em dias e o total convertido em anos, de 365 dias. Decorrido o tempo, investe-se o funcionário em um status, que lhe permite adquirir o direito subjetivo público de exigir do poder público a prestação adicional sobre o tempo de serviço já prestado, mesmo que lei posterior reduza aquele período de tempo, ou suprima aquele direito. Calculado percentualmente sobre o vencimento ou remuneração, a estes se incorpora, ou não, para todos os efeitos, tudo dependendo da lei, então em vigor". (pág. 19).

"QUINQUÊNIO — Período de cinco anos de serviço público efetivo e ininterrupto o qual, decorrido, investe o funcionário público, que não sofreu sanções, no direito subjetivo público de exigir do Estado o gozo de determinadas vantagens, de acordo com o que disponha o Estatuto a que está submetido." (ob. cit., pág. 431).

Ora, se a ficção legal leva a considerar como de assiduidade plena este tempo de serviço abrangido pela Lei de Anistia e, por definição legal, e adicional por tempo de serviço, é percebido em razão, exclusivamente, do tempo de serviço efetivo, exigido em lei para que seja auferida a vantagem, não há como indeferir a pretensão do requerente.

Trata-se de adicional *"ex facto temporis"*, incorporado automaticamente ao vencimento pelo simples decurso do tempo.

Acentua HELY LOPES MEIRELLES que:

"Sua conditio juris é, apenas, e tão-somente, o tempo de serviço já prestado, sem exigir qualquer outro requisito da função ou do funcionário." ("in" Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 1979, pág. 449).

Todas as vantagens que têm como pressuposto o simples decurso do tempo devem ser consideradas no cálculo dos proventos, apesar de poder parecer, não ter restado perfeitamente esclarecida a abrangência do art. 4º, da Lei nº 6.683/79. Resta o trabalho do intérprete.

Neste ponto, mais uma vez, nos socorremos da lição de CARLOS MAXIMILIANO:

"Não se trata de defeitos de expressão, nem de incapacidade verbal dos redatores de um texto. Por mais opulenta que seja a língua e mais hábil quem a maneja, não é possível cristalizar numa fórmula perfeita tudo o que se deva enquadrar em determinada norma jurídica: ora o verdadeiro significado é mais estrito do que se deveria concluir do exame exclusivo das palavras ou frases interpretáveis; ora se sucede o inverso, vai mais longe do que parece indicar o invólucro visível da regra em apreço. A relação lógica entre a expressão e o pensamento faz discernir se a lei contém algo de mais ou de menos do que a letra parece exprimir; as circunstâncias extrínsecas revelam uma idéia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito. Mais do que regras fixas influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o fim colimado, os valores jurídicos-sociais que lhe presidiram à elaboração e lhe condicionam a aplicabilidade." ("in" Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, Rio de Janeiro, 9ª edição, 1979, pág. 199).

Não se referiu, o legislador, no art. 4º da Lei nº 6.683/79, expressamente, às vantagens que integram os proventos do servidor, mas, se lhe é facultado computar o tempo em

que esteve afastado, como se de atividade fosse, deverão ser integrados aos vencimentos, para efeito de cálculo de proventos, as vantagens que tem, como pressuposto, e tão-só fluir do tempo.

Tudo isto porque, com a Lei de Anistia, tem-se a ficção jurídica de que houve efetividade, houve assiduidade plena do servidor.

EM CONCLUSÃO, tendo em vista a interpretação a ser dada a uma lei de anistia e a natureza da gratificação pleiteada, há que deferir-se a pretensão do requerente, efetuando-se a revisão dos proventos, incorporando-se as gratificações por quinquênios completados no período em que esteve afastado do serviço ativo, por força da lei de exceção, permanecendo as demais vantagens constituídas antes da aposentadoria.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 3 de julho de 1980.

TERRENOS MARGINAIS OU RESERVADOS

ELIANA DONATELLI DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora da Fundação Riograndense Universitária de Gastroenterologia

PARECER Nº 4.368

TERRENOS MARGINAIS OU RESERVADOS

Constitui servidão administrativa, ou pública, a faixa marginal de rios públicos navegáveis, na extensão de 15 metros a contar do ponto médio das enchentes ordinárias, quando localizada em terrenos pertencentes ao domínio privado.

Utilização da força própria administrativa prevista no art. 58 do Código de Águas.

Trata o expediente da ocupação de faixa marginal do Rio Jacuí, situada na Ilha das Flores, ao longo de imóvel havido pela empresa VIAÇÃO OURÔ & PRATA S.A. de particulares, conforme o demonstram os documentos juntos ao Processo (Proc. nº SF/53.801-79), às fls. 5 a 13.

Ao Processo originário da Secretaria da Fazenda (Proc. nº SF/46.483, de 16 de outubro de 1979), foi apensado o Processo oriundo da Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas (Proc. nº SIDRO/4.126, de 23 de novembro de 1979 — Cfe. Proc. nº SF/53.801, de 23 de novembro de 1979), ambos contendo denúncias de irregularidades e agressões ao meio-ambiente naquela área, formuladas pelo PLANDEL — Grupo de Planejamento do Parque Estadual Delta do Jacuí, substanciadas através de ofícios encaminhados, inicialmente, à Divisão de Controle da Secretaria Municipal de Obras e Viação (SMOV) (Ofício nº 065/78, de fl. 67); e, após, ao Presidente do Conselho de Coordenação e Orientação do Parque Estadual Delta do Jacuí, noticiando, inclusive, os reiterados ofícios remetidos ao IBDF — Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal e a SMOV (Ofícios nºs 068/79, de fls. 37-39; 077/79, de fls. 40-41; e 077/79, de fls. 83-84) e ao Secretário Municipal de Obras e Viação (Ofício nº 075/79, de fls. 42-43), bem como através do Ofício dirigido pelo Presidente do Conselho de Coordenação e Orientação do Parque Estadual Delta do Jacuí ao Secretário da Fazenda (Ofício nº SF/29.99-79-3.3.16, de 15 de outubro de 1979), anexando “*planta da região, com indicação dos níveis do terreno para a determinação da linha demarcatória da cota das cheias normais ordinárias e planta da situação da área em questão*”.

Acompanha o expediente a Notificação nº 10/79, da Diretoria do Patrimônio da Secretaria da Fazenda, a qual, com base no art. 58 do Código de Águas e nos Decretos nºs 5.539/34 e 174/40, reportando-se ao presente processo administrativo (Proc. nº SF/46.483-79) e às determinações contidas no Parecer nº 3.074, de 11 de agosto de 1975, desta Procuradoria-Geral, notifica a empresa VIAÇÃO OURO & PRATA para "*desocupar, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, contados da data da (...) notificação, a faixa marginal de 15,40 metros, situada no Rio Jacuí, contados do nível médio das enchentes ordinárias para a terra, tendo em vista sua ocupação de forma ilegal sem o beneplácito da autoridade competente*". Ordena, ainda, a notificada a apresentar título hábil para a ocupação da área contígua à faixa marginal por tratar-se de ilha e, por consequência, do domínio do Estado, sob pena de utilização das medidas policiais e judiciais cabíveis.

No mesmo documento encontra-se a cientificação expressa do representante da empresa notificada, datada de 7 de novembro de 1979.

Também inserido no Processo encontra-se o relatório elaborado pelo PLANDEL, provocado pelo requerimento da empresa VIAÇÃO OURO & PRATA, dirigido à Diretoria do Patrimônio, em atendimento à Notificação supra-referida, comunicando que adquiriu o terreno para ali construir área de lazer, anexando escrituras de transmissão de domínio ainda pendentes de registro imobiliário, negando a prática de qualquer agressão ao meio ambiente, enfatizando sua titularidade sobre o terreno e requerendo, a final, no intuito de resguardar a sua situação e a atender o propósito da Notificação recebida, lhe fosse concedida a permissão de uso da faixa marginal de 15,40 metros da área em questão.

No sobredito relatório o PLANDEL ressalta o fato de situar-se a área sob exame no Parque Estadual Delta do Jacuí, de não haver licença por parte dos órgãos competentes (SMOV, CREA, etc.) para a intervenção na área e de ser a mesma de interesse especial do Estado em termos de preservação ambiental.

Para contraditar as afirmações da empresa notificada quanto às agressões ao meio ambiente, através de desmatamento, aterro, construção de muro e de dois prédios de alvenaria, junta o PLANDEL fotografias da área às fls. 28-32 e 34-35 do Processo.

Referem, por fim, os Decretos Federais nºs 21.235/32 e 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), a Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), a Lei Municipal nº 3.039, de 11 de julho de 1967, os Decretos Estaduais nºs 24.385, de 14 de janeiro de 1976, 28.161, de 16 de janeiro de 1979, 28.436, de 28 de fevereiro de 1979, bem como a Lei Complementar nº 43, de 21 de julho de 1979, do Município de Porto Alegre, que teriam sido descumpridos, além da Súmula do Supremo Tribunal Federal nº 479/68, instando o prosseguimento das medidas constantes da Notificação antes referida.

A Diretoria do Patrimônio, perquirida a respeito da matéria, ressalta a ausência do registro imobiliário em nome da empresa, mencionando a contestação apresentada pela

notificação e a contradita do PLANDEL, sugerindo o encaminhamento do expediente a esta Procuradoria-Geral, com vistas à Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual, para que a mesma utilize as medidas legais e judiciais cabíveis para o resguardo dos interesses do Estado.

Muito embora o expediente tenha sido erroneamente encaminhado, visto como os contatos formais entre as Secretarias de Estado e esta Procuradoria-Geral devem ser procedidos pelos respectivos titulares, esta Unidade, excepcionalmente, deliberou em manifestar-se sobre o assunto para evitar maiores delongas.

É o relatório.

2. Cumpre analisar-se, de início, a natureza jurídica da faixa marginal de rio público, caracterizando os denominados terrenos reservados, sobre a qual repousa a consulta: se (a) bem dominial do Estado, ou se (b) servidão administrativa, ou pública.

Com base nos elementos contidos no expediente constata-se o domínio privado na área sob exame, pela existência de títulos de propriedade pertencentes a particulares transcritos no registro imobiliário, senão em nome da empresa VIAÇÃO OURO & PRATA, mas em nome dos transmitentes. A legitimidade, ou não, desses títulos não será objeto do presente Parecer.

Diversos Pareceres exarados nesta Procuradoria-Geral versaram sobre a matéria, defendendo ora o domínio do Estado sobre a margem de rio público contígua a terreno pertencente ao domínio privado, ora a existência de servidão administrativa sobre estas mesmas áreas.

O Parecer nº CGE/3.074-75, do Procurador do Estado MARIO NUNES SOARES, publicado na RCGE nº 14, págs. 239-260, considera a margem de rios públicos como terrenos reservados, nos quais as edificações devem ser licenciadas. Na mesma Revista, o Parecer nº CGE/3.158-75, da lavra do então Consultor Jurídico do Estado CELSO MARTINS COSTA, assentado em preceitos legais e regulamentares (Decreto Imperial nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, art. 1º, §§ 1º a 4º; Lei nº 1.507, de 26 de setembro de 1867, art. 39; Decreto Federal nº 24.645, de 10 de julho de 1934), citando HELY LOPES MEIRELLES (in "*Direito Administrativo Brasileiro*", 2ª ed., RT, pág. 455); THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (in "*Tratado de Direito Administrativo*", vol. V, Ed. Livraria Freitas Bastos, 1958, pág. 282) e PONTES DE MIRANDA (in "*Tratado de Direito Privado*", vol. I, pág. 167, § 156), conclui que a expressão "*terrenos reservados*" e, como tais, as margens dos rios navegáveis, "*conduz a idéia de um direito real limitado do Poder Público (no caso do Estado) que se expressa, ou na existência de uma servidão administrativa incidente sobre o terreno marginal do domínio privado, ou na ocorrência de uma limitação à própria propriedade pública, quando o imóvel ribeirinho for bem dominial do Estado*" (Rev. cit., pág. 250).

Apenas adentrando ao problema da controvérsia existente sobre a titularidade dos terrenos marginais, sem posicionar-se sobre o assunto, também manifestou-se o Procurador do Estado ANTÔNIO ESTÉVÃO ALLGAYER, no Parecer nº CGE/3.518, publicado na RCGE nº 18, págs. 193 a 199.

Pela dominialidade pública estadual de área às margens do Rio Guaíba, pronunciou-se o atual Coordenador da Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual ODACI RODRIGUES FRANÇA, no Parecer nº CGE/3.241-76.

Na mesma trilha, JOSÉ CRETELLA JUNIOR, citando OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (in "Do Domínio Público sobre os Terrenos Reservados", RDP, vol. 3, 1968, págs. 256-272), considera que os terrenos reservados "são bens do domínio público, jamais bens de natureza privada". Segundo o mesmo autor, as margens dos rios públicos pertencem, em tese, a uma das três pessoas jurídicas públicas (sic) (in "Bens Públicos", 2ª ed., São Paulo, Ed. EUD, 1975, pág. 277).

A confusão resulta da imprecisa e claudicante terminologia utilizada pelo Código de Águas (Decreto nº 24.643), que no art. 12 cogita de servidão pública e no art. 14 refere-se a "terrenos reservados".

PONTES DE MIRANDA, abstraindo a parca terminologia do Código de Águas, herdada da Lei nº 5.107, de 1867, que, em seu art. 39, referia-se a "sete braços que se reservavam para a servidão pública" e o Decreto nº 4.105, de 1868, art. 1º, § 2º, que falava de "terrenos reservados para a servidão pública", disserta sobre o estabelecido pelo mesmo Código, a saber:

"Quanto às margens dos rios, lagos ou lagoas navegáveis, ou são bens públicos de uso comum, ou são bens públicos dominicais, ou pertencem a particulares. O critério para se verificar se a margem é particular é o do exame do título (. . .) nos terrenos que não sejam particulares, nem de uso comum do povo, a entidade de direito público somente tem o direito de trânsito para os seus agentes, se em serviço, o que constitui limitação do direito de propriedade pública." (in "Tratado de Direito Privado", 4ª ed. T. II, § 156, São Paulo, Ed. RT, 1974, pág. 168).

E mais adiante:

"Se as margens são bem particular, o art. 12 não incide: incidem os arts. 53-57 do Decreto nº 24.643. Diz o art. 53: 'Os utentes das águas públicas de uso comum ou os proprietários marginais são obrigados a se abster de fatos que prejudiquem ou embarcem o regime e o curso das águas, e a navegação ou flutuação, exceto se para tais fatos forem especialmente autorizados por alguma concessão'. Trata-se quanto às margens, de caracterização do conteúdo do direito de propriedade particular das margens e conseqüente alusão ao ato-fato ilícito que pode resultar do mau uso ou não-vigilância da propriedade. (id., página 169).

Exemplificando como caso de servidão administrativa prevista por lei, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO refere singelamente os chamados "terrenos reservados, estabelecidos no Código de Águas (Arts. 11, 12 e 14), que vem a ser uma servidão de passagem atingindo uma faixa de 10 a 15 metros, às margens dos cursos d'água (10 metros para os não-navegáveis e 15 metros para os navegáveis), para uso exclusivo das autoridades encarregadas do policiamento das águas e apenas para esse fim". (in "Curso de Direito Administrativo", 3ª ed., RJ-SP, Ed. Forense, 1976, pág. 288).

No mesmo sentido HELY LOPES MEIRELLES, que fala no equívoco de alguns intérpretes ao considerar a servidão pública ou administrativa como transferência da propriedade particular para o domínio público, pois segundo ele "as terras particulares atingidas por essa servidão administrativa, não passaram para o domínio público, nem ficaram impedidas de ser utilizadas por seus proprietários, desde que nelas não façam construções ou quaisquer outras obras que prejudiquem o uso normal das águas públicas, ou impeçam o seu policiamento pelos agentes da Administração". (ob. cit., pág. 505).

A dubiedade da matéria foi amplamente analisada por AFRANIO DE CARVALHO, que começa por distinguir entre margem externa e margem interna, reportando-se aos primórdios do direito positivo, cujos preceitos referiam que uma parte devia pertencer aos donos dos terrenos ribeirinhos, chamada modernamente de margem externa e outra parte devia pertencer ao dono do rio, ora denominada margem interna ou natural. Complementando, adiante, que, no direito romano, "eram públicas as margens dos rios públicos, enquanto margens propriamente ditas (margens internas), mas se tornavam particulares quando, ultrapassada a crista da ribanceira, se adentravam no terreno adjacente, seguindo ao lado das primeiras como um contorno externo (margens externas). Devido à falta de marca na linha de junção dos dois domínios, ao longo da direção da corrente, ambas costumam ser designadas pelo nome comum de margem, toldando a mesmice da designação o discernimento da dualidade dominial". (in "As Margens dos Rios e os Terrenos Reservados", Revista de Direito Administrativo, RJ, v. 133, jul/set. 1978, págs. 4 e 9).

Acrescenta o mesmo autor que a disposição do art. 39 da Lei nº 1.507, de 1867, inspirada na Ordenação francesa, ao criar a servidão pública de sete braços nas margens dos rios subentende que essa faixa esteja no domínio particular. Sendo a servidão um direito real sobre coisa alheia, não poderia o Estado impô-la sobre coisa própria — "nulli res sua servit" (grifou-se) (ob. cit., pág. 25).

Nesse caminho, o Código Civil, no art. 538, ao tratar da aluvião, reconheceu o domínio privado sobre a faixa adjacente às margens dos rios, mesmo os navegáveis.

O Código de Águas, por influência da lei imperial, igualmente, reconheceu o domínio privado, mormente nos arts. 11, 14 e 31, a saber:

"Art. 11 — São públicos dominicais, senão estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular:

§ 2º — os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie." (grifou-se).

"Art. 14 — Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias."

"Art. 31 — Pertencem aos Estados os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis, se, por algum título, não forem do domínio federal, municipal ou particular." (grifou-se).

Logo, havendo título dominial em favor do particular, sobre a faixa correspondente às margens externas, esta lhe pertence, ao exposto teor dos dispositivos citados.

Vale a pena transcrever as ilações tiradas por AFRANIO DE CARVALHO a partir do Código de Águas, *"verbis"*:

"Afastado pelo Código de Águas, de tantos modos, o domínio público das margens externas, resta a sua menção a terrenos 'reservados', que pressupõe a ação pretérita da lei imperial, cuja disposição efetivamente 'reservou' para a servidão pública uma zona dessas margens, a que o seu regulamento deu aquele nome. Esse resíduo verbal, estabelecendo um nexo entre a lei e o Código, permite admitir, em face deste, a subsistência da servidão pública. Esta condiz com o princípio segundo o qual o Estado não deve tirar ao particular mais do que o absolutamente necessário para o fim ou fins que tem em vista, o princípio do mínimo prejuízo." (ob. cit., pág. 37).

Lembra, ainda, o autor que *"o Código de Águas ao tratar das correntes não-navegáveis nem fluviáveis, contribuintes de outras fluviáveis, não-navegáveis, estabelece à sua margem, pelo disposto no art. 12, uma servidão de trânsito para os agentes da administração pública. Como relativamente à margem das correntes navegáveis e fluviáveis existe a mesma razão, deve prevalecer a mesma disposição — 'ubi eadem ratio ibi eadem dispositio' — instituidora da servidão. Assim, a interpretação sistemática do Código impõe que se reconheça que existe à mesma servidão marginal na generalidade dos rios, pois em todos a finalidade a ser cumprida é o exercício do poder de polícia pela administração"*. (id., ibid.).

Daí resulta uma dentre muitas das situações disciplinadas pelo Direito Civil, a que — segundo RUY CIRNE LIMA, o Direito Administrativo infunde efeitos publicísticos, tal

como o art. 54 do Código de Águas, que obriga os proprietários marginais a remover os obstáculos ao regime e curso das águas, com origem nos prédios que lhe pertençam (in *"O Código Civil e o Direito Administrativo"*. Porto Alegre, Sulina, 1960, págs. 50-1).

No mesmo sentido, ao tratar do inter-relacionamento de instituições de Direito Público e de Direito Privado, no que respeita a imóveis loteados, a magistral lição do atual Procurador-Geral do Estado MÁRIO BERNARDO SESTA, no Parecer nº CGE/3.750, publicado na RCGE nº 21, págs. 167-8.

No Direito Civil a servidão é um direito real, cujo conteúdo é uma restrição do direito do serviente em favor do dominante, conquanto não aniquile a propriedade do serviente, eis que, caso contrário, não haveria razão para a existência da servidão.

Servidão e domínio (jus dominii — propriedade) são direitos distintos e sobreponíveis em relação ao mesmo bem.

Transposta a questão para o Direito Público, a servidão administrativa ganha seu sentido correto: é um direito administrativo cujo conteúdo é restritivo de direito do *"serviens"* em favor do *"dominans"*. Como direito integra o domínio público, mas por ser uma servidão administrativa não anula o direito real de propriedade. Sobrepon-se-lhe.

Esta, aliás, a correta exegese que deve ser dada ao art. 7º do Decreto Estadual nº 174/40, que insere no domínio do Estado os terrenos marginais dos rios.

Nessa linha de raciocínio, CIRNE LIMA afirma que o art. 66 do Código Civil *"não exclui que, pelo mesmo critério da destinação ou afetação ao uso público, outros bens, de propriedade privada, possam haver-se como integrantes do domínio público, ou do patrimônio administrativo (Edmundo Lins, Voto no Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 28 de junho de 1924, Revista de Direito, t. 73, pág. 528). O mesmo Código Civil, indubiamente, reconhece que a propriedade privada pode subsistir, debaixo do uso público: o proprietário de prédio particular, invadido pelas águas de lago público, não perde a propriedade do terreno inundado (Código Civil, art. 539, Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 28), embora este, enquanto recoberto pelas águas, fique vinculado ao uso público, a que o lago se encontra afetado"*. (ob., cit., págs. 28-9).

Assim, filiando-se as idéias de CELSO MARTINS COSTA sobre os denominados terrenos reservados tem-se um direito real limitado do Poder Público expresso ou (a) na existência de servidão administrativa incidente sobre terreno marginal do domínio privado, ou (b) uma limitação à propriedade pública quando o imóvel ribeirinho for bem dominical do Estado (Rev. cit., pág. 250).

3. Vencida a problemática da dominialidade das margens dos rios, importa examinar-se a legislação pertinente à consulta, que teria sido infringida pela empresa denunciada, bem como o conteúdo da Súmula 479 do Supremo Tribunal Federal também referida na consulta.

O Código de Águas em seu art. 53 prevê como sanções aos infratores, além das multas estabelecidas nos regulamentos administrativos, a obrigatoriedade de remoção dos obstáculos, ou na sua falta a remoção à custa dos mesmos pela Administração Pública.

A respeito desse dispositivo PONTES DE MIRANDA diz que na hipótese se trata de caracterizar o conteúdo do direito de propriedade particular das margens e conseqüente alusão ao ato-fato ilícito que pode resultar do mau-uso ou não-vigilância da propriedade, independentemente do elemento culpa se o dano proveio de fato ocorrido nas margens particulares. . .

"O proprietário não é responsável pelo fato de que não foi causa ato positivo seu ou omissão sua (e.g., obstrução por desabamento de terras inundadas), mas é responsável, ainda sem culpa, pelo fato cuja causa foi ato seu, positivo ou negativo". (ob. cit., pág. 169).

A denúncia do PLANDEL ao IBDF fundamentou-se, certamente, no art. 2º do Código Florestal (Lei Federal nº 4.771/65), que reserva as florestas e demais formas de vegetação naturais às margens dos rios, servindo de filtro contra as agressões ao meio ambiente, limitando, todavia, a área de preservação, a saber:

"Art. 2º — Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:

- 1. de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura;*
- 2. igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distância entre as margens;*
- 3. de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros."*

É de referir-se que o parágrafo único, do art. 1º, deste Código, considera qualquer ação ou omissão contrária as suas disposições como *"uso nocivo da propriedade"* para efeitos do art. 302, XI, "b", do Código de Processo Civil revogado, quando tratava das ações cominatórias, hoje subentendido no art. 934, III, do CPC, que dispõe sobre a ação de nunciação de obra nova.

O interesse paisagístico da área sob exame deve ser preservado — segundo o PLANDEL, com base na Lei M. nº 3.039/67, conciliada aos Decretos Estaduais nºs 24.385/76, 28.161/79 e 28.436/79.

Senão vejamos:

Diz o art. 2º da Lei Municipal nº 3.039/67:

"Art. 2º — Fica também proibida a construção de qualquer espécie de obra, em áreas de excepcional interesse paisagístico sempre que venha impedir ou dificultar a visão de paisagens de grande beleza.

§ 1º — O pedido de licenciamento, para construção nas zonas assim compreendidas, deverá ser submetido a exame do Prefeito Municipal através da Secretaria Municipal de Obras e Viação — Divisão de Urbanismo — e do Conselho do Plano Diretor.

§ 2º — As áreas consideradas de excepcional valor paisagístico serão discriminadas por Decreto do Executivo."

O Decreto Estadual nº 24.385/76, no último de seus *"considerandos"* refere que *"cabe ao Poder Público, criar Parques Estaduais e Reservas Biológicas com a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais, com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos, de acordo com o disposto no art. 5º, alínea "a", do Código Florestal (. . .)"*, dispondo no art. 1º:

"É criado o Parque Estadual Delta do Jacuí, compreendendo (. . .) Ilha das Flores (. . .)."

O art. 4º do Decreto Estadual nº 28.161/79, que altera o Decreto Estadual nº 24.385/76 e amplia a área do Parque, dispõe o seguinte:

"Art. 4º — As terras, as águas, a flora, a fauna e as belezas naturais da área abrangida neste Decreto ficam sujeitas ao regime especial de proteção do Código Florestal em vigor e demais leis específicas, concernentes à matéria."

Finalmente o art. 30, do Decreto Estadual nº 28.436/79, que institui o Plano Básico do Parque Estadual Delta do Jacuí, diz o que segue:

"Art. 30 — A propriedade imóvel, em área do Parque, somente poderá ser usufruída desde que seja conservada a flora, a fauna, a paisagem, as belezas e o equilíbrio ecológico, e evitada a poluição do ar, das águas e a erosão do solo."

De outro lado, a Lei Complementar nº 43/79, do Município de Porto Alegre, no inciso IV, do art. 2º, coloca entre os objetivos gerais do desenvolvimento urbano municipal *"a conservação do patrimônio ambiental do Município, através da proteção ecológica, paisagística e cultural."*

No art. 61, repete o disposto no art. 2º do Código Florestal, considerando como "Áreas de Preservação Permanente (. . .) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas (. . .) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal", cuja largura específica. Já nos arts. 235 a 244, no Capítulo intitulado "Da Área das Ilhas do Delta do Jacuí", dispõe sobre o regime urbanístico das edificações nele localizadas, destinadas ao lazer, esportes e recreação, obedecido o Plano Básico do Parque Estadual do Delta do Jacuí, instituído na forma da legislação estadual específica.

Este mesmo diploma legal, em seu art. 78, ao tratar das penalidades a que estão sujeitos os infratores, que ocasionarem "a modificação não autorizada, a destruição, a desfiguração ou o desvirtuamento de sua feição original, no todo ou em parte, das Águas de Interesse Ambiental", arrola as seguintes:

(a) interdição de atividade ou utilização incompatível com os usos permissíveis das Áreas de Interesse Ambiental;

(b) embargo da obra;

(c) obrigação de reparar os danos que houver causado ou restaurar o que houver danificado ou reconstituir o que houver alterado ou desfigurado;

(d) demolição de construção ou remoção de objeto, que interfira com os entornos de proteção e ambientação do local de lazer, recreação e turismo.

A Súmula 479 do Pretório Excelso, que dá como referências os Acórdãos nos Recursos Extraordinários n.ºs 10.042 (caso do Rio Tietê), 59.737 e 62.266, — como esclarece AFRÂNIO DE CARVALHO, teve a cautela de restringir-se à expressão "margens" sem referir-se às margens externas, nem aos terrenos reservados ou ribeirinhos, "verbis":

"As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas da indenização." (grifou-se - Súmula 479/STF).

"Nesses termos" — diz o sobredito autor, "a Súmula está rigorosamente certa, sendo inatacável de ponta a ponta, porquanto as margens dos rios navegáveis, como acessórios destes, são deveras do domínio público e, nessa qualidade, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas da indenização. A Súmula se refere textualmente a 'margens', palavra que, tomada no estrito significado dogmático, designa as margens naturais, que, desde o direito romano justiniano, passando pelo direito português, até o direito brasileiro, são havidas necessariamente como públicas (...). Nessas condições, pode abrigar-se a sua sombra a afirmativa de que como margens não podem ser havidas as terras ribeirinhas que lhes ficam adjacentes, na largura de 15 metros, a partir da linha que costuma servir para a conceituação daquelas, a saber, a linha até onde chega água na enchente ordinária, sem transbordamento. Acaso pode o Estado, a pretexto de demarcar as margens, que são suas, apropriar-se

de terreno vizinho? Se não pode por importar isso usurpação, está afastada a possibilidade de ser o terreno compreendido na palavra "margens." (ob. cit., pág. 56).

De qualquer forma, na avaliação dos terrenos marginais, em processo expropriatório, administrativo ou judicial, deve ser levada em conta a desvalorização da mesma área, em razão da servidão administrativa nela já existente em favor do expropriante, por imposição legal.

Não carece de dúvida que frente à legislação antes citada e com base nos elementos contidos no expediente constatam-se irregularidades e infrações no caso presente, que estão a exigir o exercício do poder de polícia administrativa, a começar com a remoção do muro levantado na faixa marginal do rio público, que efetivamente impede o livre acesso da administração para cumprir os objetivos impostos pela própria servidão.

Quanto ao desmatamento que foi efetuado na área, incide o art. 26, "d", combinado com o art. 29, "b", do Código Florestal, segundo os quais constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário de referência do lugar e da data da infração, ou ambas as penas cumulativamente, "causar danos aos Parques Nacionais, Estaduais ou Municipais, bem como as Reservas Biológicas". No art. 29, "b", o Código aponta os agentes passivos para efeitos das penalidades nele previstas, dentre eles: gerentes, administradores, diretores, etc., desde que as infrações tenham sido praticadas por prepostos ou subordinados e no interesse dos preponentes ou dos superiores hierárquicos.

O mesmo Código, no art. 33, "b", considera como autoridades competentes para instaurar, presidir e proceder a inquéritos policiais, lavrar autos de prisão em flagrante e intentar a ação penal nos casos de crimes e contravenções previstas no Código em questão, ou em outras leis que tenham por objeto florestas e demais formas de vegetação, além das indicadas no Código de Processo Penal: os funcionários da repartição florestal e de autarquias, com atribuições correlatas, designados para a atividade de fiscalização.

Não há prejuízo, de qualquer maneira, do art. 18 do Código Florestal.

Incide, igualmente, o art. 78 da Lei Complementar nº 43/79, antes citada, apesar de depender de regulamentação, quando impõe penalidades aos infratores de suas disposições, que vão desde a interdição de atividade até a demolição de construção ou remoção de objeto, conforme arrolou-se anteriormente.

No que pertine à construção dos dois prédios de alvenaria é necessário verificar se os mesmos atendem às especificações exigidas pelo regime urbanístico previsto para a área em questão, exigido o licenciamento de qualquer forma.

A conseqüência dos aterros apontados no Processo é o recuo, o deslocamento, dos denominados terrenos reservados em direção ao leito do rio, sempre na faixa de 15 metros.

É o que ensina CELSO MARTINS COSTA:

"A fortiori" do princípio que se extrai da regra do artigo 17 do Código de Águas e em razão de sua própria natureza conceitual, os reservados se mantêm, permanentemente, na faixa marginal de 15 metros do curso d'água. De tal sorte, se a margem externa avançar sobre o leito do rio, os reservados acompanharão a projeção, em ordem a permanecer sempre naquela faixa de 15 metros da margem interna, ao nível médio das enchentes ordinárias." (Revista citada, pág. 254).

O importante é que na faixa marginal sobre a qual reside a servidão administrativa nada seja construído ou alterado sem prévia autorização dos órgãos competentes.

No caso em exame, foi expedida a indispensável notificação aos infratores, dela expressamente cientificados. Contudo, face ao requerimento interposto pela empresa notificada, o assunto ficou em suspenso.

Diante disso, é recomendável que sejam feitas tentativas de conciliação entre a Administração e a empresa infratora, para que a situação se regularize. Caso contrário, a utilização da força própria administrativa para as providências cabíveis, na forma do art. 58 e seguintes do Código de Águas, é autorizada, em virtude da violação da legislação vigente e em atendimento ao interesse público.

A auto-executoriedade do ato administrativo, prevista no art. 58, equivale ao *"privilege de préalable"*, do direito francês, com a diferença — conforme se depreende da lição de ANDRÉ DE LAUBADÈRE, de que naquele sistema, a par dos requisitos da previsão legal e da urgência, é preciso que a Administração não disponha de qualquer medida judicial para assegurar a execução da lei.

O nosso Código de Águas, todavia, no artigo 59, coloca o recurso à via judicial como opção, atribuindo ao administrador o poder discricionário para decidir entre a via administrativa e o processo judicial, como o meio mais conveniente e oportuno de resguardar os interesses do Estado.

Por outro lado, o pedido da empresa notificada no sentido da permissão de uso da faixa marginal de 15,40 metros dos terrenos em questão, deve ser apreciado à luz do disposto no § 1º, do art. 11, do Código de Águas, que diz o seguinte:

"§ 1º — Os terrenos que estão em causa serão concedidos na forma da legislação especial sobre a matéria." (grifou-se).

Quer dizer, o Estado pode conceder o uso dos terrenos reservados, sem prejuízo, contudo, do interesse público para o qual a servidão foi instituída.

As atividades da Administração com vistas à defesa dos interesses públicos para a qual é bastante a servidão — segundo AFRÂNIO DE CARVALHO, *"são sobretudo os de desobstrução e limpeza dos rios e lagos e de sustentação dos seus álveos e barrancos contra a erosão, desmoronamento ou aterramento, bem como de defesa de suas águas contra a poluição"* (ob. cit., pág. 48).

Ao tratar desta questão, CELSO MARTINS COSTA corrobora com esse entendimento, citando, inclusive, o Acórdão do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos Embargos Infringentes nº 151.894 (in RDP 3/256, 1968).

Dis o ilustrado parecerista:

"No particular preside, como é intuitivo, a idéia de afetação dos terrenos reservados à própria afetação pública das águas.

.....

É verdade que o uso dos terrenos reservados (na sua extensão física) e até o seu próprio domínio podem ser cedidos, mas jamais o poderá ser o ônus real sobre eles aderente e submisso ao caráter dominante do domínio do rio navegável." (Rev. cit., pág. 250).

Nos limites do contido no Processo e adstritas aos termos da consulta, são as seguintes as conclusões:

1º) As faixas marginais aos rios públicos estaduais, também chamadas de terrenos reservados, na extensão de 15 metros, quando localizadas em terrenos pertencentes ao domínio privado constituem servidão administrativa, ou pública, como ônus real sobre a propriedade alheia.

2º) O terreno em questão está localizado em área de preservação permanente e interesse ambiental do Estado, devendo a empresa proprietária atender à legislação vigente, sujeitando-se às penalidades aplicáveis.

3º) Faz-se imperiosa a remoção do muro à margem do rio e demais obstáculos que criem embaraços ao livre acesso da Administração para o desempenho das atividades para as quais a servidão foi instituída.

4º) Fica autorizada a Administração Estadual, através de seu órgão competente, a Diretoria do Patrimônio, no caso de recusa de conciliação, a utilizar a força própria admi-

nistrativa (art. 58, Código de Águas), para remover obstáculos e repor a área, no caso, a faixa marginal, ao estado anterior.

5º) Pode o administrador, discricionariamente, optar pela via judicial (art. 59, Código de Águas), de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, caso em que o presente Processo deverá retornar a esta Procuradoria-Geral.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1980.

DESVIO DE FUNÇÃO

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

PARECER Nº 4.393

DESVIO DE FUNÇÃO.

O direito do funcionário à remuneração restringe-se ao vencimento próprio do cargo de que é titular e às vantagens previstas em lei, ainda que, irregularmente, exerça atribuições de outro cargo.

A.D.B., titular do cargo de Técnico Rural, padrão 12-9, por enquadramento com base na Lei Estadual nº 2.020, de 2 de janeiro de 1953, afirmando estar em desvio de função, visto exercer serviços típicos de Biólogo, requer a "reavaliação de seu cargo" (sic).

O exame do caso foi solicitado pelo Senhor Secretário da Agricultura, que encaminhou o processo a esta Procuradoria-Geral do Estado.

O Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado — Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 estabelece, em seu art. 277, que "é vedado ao funcionário exercer atribuições diversas das inerentes ao cargo que ocupar, ressalvadas as funções de chefia e as comissões legais".

Veda, assim, o Estatuto, a atribuição ao funcionário de encargos ou serviços diferentes dos de seu cargo, salvo os inerentes a cargo em comissão ou função gratificada. Mesmo na hipótese excepcional de exercício em serviço ou repartição diferente daquela em que o servidor esteja lotado, este, nos termos do art. 1º do Decreto nº 21.112, de 12 de maio de 1971, que regulamenta os artigos 35, 39 e 40 do Estatuto, pode apenas realizar estudos, pesquisas ou trabalhos contidos nas atribuições do cargo que ocupar, ou com elas inequivocamente relacionados.

Tal ocorre porque, quanto ao exercício dos cargos públicos, um dos princípios dominantes é o da profissionalização. Os funcionários diferenciam-se dos demais servidores públicos por elementos peculiares à sua qualidade, entre os quais está o exercício de seus cargos em caráter profissional. GUIMARÃES MENEGALÉ explica que "a situação do funcionário, no Estado moderno, é, inquestionavelmente, a de um profissional. Tendo em vista o caráter complexo e técnico dos serviços públicos, o Estado tem de exigir do agente administrativo a dedicação de todos os esforços ao desempenho do cargo, de modo a não ter de grangear, fora dessa atividade, outros recursos de manutenção". (Direito Administrativo e Ciência da Administração. 3ª ed. Rio, Borsoi, 1957. pág. 115. Grifei).

Por isso, a quantidade de cargos de determinado tipo correspondem exatamente às reais necessidades do serviço público, de modo a não ter a Administração de recorrer a outros meios para atender a seus encargos. Se a recente Lei Estadual nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, estabeleceu, em seu art. 6º, que o Quadro Geral dos Funcionários Públicos será composto de 20 cargos de Biólogo e de 331 cargos de Técnico Rural, ora denominados Técnico Agrícola, é porque são esses, exatamente, os cargos de que a Administração precisa, não havendo motivo, pois, para a criação de mais um, de Biólogo, conforme deseja a postulante, nem para a supressão de um cargo de Técnico Rural, como vem praticamente ocorrendo, com o desvio de função da aludida funcionária.

Ademais, o atendimento do pedido da requerente traria como consequência a prática dos seguintes atos, todos eles vedados ao simples aplicador da lei: (1) transformação de um cargo de Técnico Rural em cargo de Biólogo, o que somente é permitido por meio de lei de iniciativa do Governador do Estado (Constituição Estadual, art. 32, inciso IV) e (2) fixação dos vencimentos desse novo cargo, o que também só é possível mediante lei de iniciativa do Governador do Estado (Constituição Estadual, art. 32, inciso IV).

Além disso, é indiscutível que a requerente, pedindo a reavaliação de seu cargo, pretende é que se equiparem as funções que exerce com as do cargo de Biólogo, para efeito de melhor remuneração. Tal é proibido, contudo, pelo parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal, que veda "equiparação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público".

Também haveria, no caso, se atendido o pedido da requerente, infração ao art. 97 da Constituição da República, segundo o qual "os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei". O provimento de cargos de Biólogo, assim como o de todos os cargos do Quadro organizado pela Lei nº 7.357/80, só é possível, nos termos dos seus artigos 11, 12 e 13, por meio de recrutamento externo (concurso público) ou interno (prova de habilitação), mas nunca, como deseja a interessada, mediante simples reavaliação do cargo de que é titular.

Também se pode afirmar que ficaria implicitamente burlado o art. 99 da Constituição Federal, que proíbe a acumulação de cargos e funções públicas, exceto nos casos por ela taxativamente enumerados. Nesse sentido foi emitido pelo extinto Conselho do Serviço Público o Parecer nº 4.203, relatado pelo Conselheiro JOÃO PETERSEN JÚNIOR, cuja ementa, contendo princípio perfeitamente aplicável ao presente caso, é a seguinte:

"Admitir-se que o ocupante de uma posição pública possa ser designado para responder pelas atribuições de outra, mantendo a titularidade da primeira, implicaria, além da inexistência de tal forma de provimento, em violação dissimulada da regra constitucional que proíbe a acumulação de quaisquer cargos ou funções, exceto os casos por ela taxativamente enumerados." (Parêceres do Conselho do Serviço Público. Porto Alegre, Imprensa Oficial, 1968. v. 14, pág. 5).

Vê-se, assim, que é totalmente improcedente o pedido ora em exame. Em casos semelhantes, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que, salvo expressa previsão legal, "o direito do funcionário restringe-se aos vencimentos próprios do cargo em que se encontra legalmente investido. O desempenho, de fato, de um conjunto de atribuições diversas das pertinentes ao seu cargo não basta por si só para lhe conferir direito a outros vencimentos". Vejam-se, a propósito, as seguintes decisões, todas elas proferidas em julgamento de recursos extraordinários: RE 81.325: RDA, 130/134; RE 81.459: RTJ, 75/635; RE 82.520: RDA, 128/218; RE 84.620: RTJ, 78/307; RE 82.953: RTJ, 80/871; RE 84.221: RTJ, 80/909; RE 85.196: RTJ, 85/613; RE 85.895: RTJ, 87/959; RE 86.397: RTJ, 83/587; RE 86.426: RTJ, 83/301; RE 86.794: RTJ, 84/663.

Por fim, basta considerar o disposto na Súmula do Supremo Tribunal Federal nº 399 ("Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia."), e lembrar que a mesma regra nele referida também se aplica ao Poder Executivo, para concluir que, na falta de lei que beneficie especificamente a postulante, não há fundamento para o deferimento de seu pedido, sendo aconselhável que a Administração providencie para que cesse, o quanto antes, a situação irregular em que se encontra a funcionária.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 27 de junho de 1980.

FÉRIAS DE MEMBRO DO MAGISTÉRIO

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

PARECER Nº 4.396

FÉRIAS de membro do Magistério em regime de acúmulo, exercendo atividade fora de Unidades Escolares.

Interpretação do art. 96 da Lei nº 6.672/74.

Estando, em um dos cargos, a Professora investida em Função Gratificada do Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, o seu direito a férias é regulado, em relação àquele cargo, pela Lei nº 1.751/52.

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Educação para saber a respeito das férias a que tem direito a Professora A.P.8., lotada no CLE, em exercício no PRO/DEF e detentora de dois cargos de Magistério: 1º cargo com 22 horas, Nível 6, Classe D, Triênio 8 e no qual detém uma FG-5 de Assistente de Coordenador; 2º cargo também com 22 horas, Nível 6, Classe C, Triênio 7.

Entende a Professora que faz jus a um mês de férias no 1º cargo devido à FG e dois meses no 2º cargo. Afirma, de outro lado, que o DEF (Departamento de Educação Fundamental da Secretaria de Educação), onde exerce as atividades de ambos os cargos, julga correto reunir os dois e conceder-lhe apenas um mês de férias.

É o relatório.

2. A Professora interessada na solução desta consulta está em regime de acúmulo, tolerado pela norma constitucional, de dois cargos de Magistério.

Desde o antigo Conselho de Serviço Público, já se afirmava que o funcionário na situação de acumulabilidade deve ser considerado, para efeito de benefícios e vantagens, como duas pessoas distintas, já que, em relação à cada posição funcional, são conferidos direitos e obrigações diversas.

Assim, no parecer nº 7.595 do Conselho do Serviço Público, publicado no Diário Oficial do Estado de 04 de setembro de 1968, foi dito:

"(. . .) a jurisprudência administrativa sempre considerou os cargos exercidos em acumulação como compartimentos estanques, reconhecendo na origem dos be-

nefícios e vantagens surgidos em cada posição causas perfeitamente distintas e incommunicáveis. Para acentuar a linha de separação entre os cargos, chegou este órgão, em mais de uma oportunidade, a declarar que o funcionário que acumula cargos deve ser tratado como se fossem duas pessoas”.

Também, neste órgão, no Parecer nº 930, a mesma orientação foi adotada:

“A acumulação de cargos enseja a existência de linhas funcionais distintas, cujas posições devem ser consideradas como tituladas por pessoas diferentes.”

Podemos dizer, então, em princípio, que em relação a férias, no regime de acúmulo tolerado, o servidor faz jus, em cada posição funcional que ocupa, a um período de descanso remunerado nas mesmas condições e duração assegurados àqueles que estão sob o mesmo regime.

Resta-nos saber, portanto, a que regime legal está sujeita a servidora em cada um dos cargos de que é titular. Uma coisa, porém, é certa: em relação a nenhum deles, ela exerce atividade típica de Magistério, qual seja, a docência. Em ambos, ela está no exercício de funções meramente burocráticas ou de assessoramento técnico junto a departamento administrativo (DEF) da Secretaria de Educação.

Em relação ao primeiro cargo, e só em relação a este, conforme se pode ver do Boletim número 2078-SEC, publicado no Diário Oficial do Estado de 7 de julho de 1978, a Professora foi designada para uma função gratificada. No momento em que ela foi investida em função gratificada que não é específica do Magistério, mas sim do Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, ela passa para o regime legal a que estão sujeitos os demais funcionários desse Quadro. E nesta qualidade, suas férias, reguladas pela Lei nº 1.751/52, terão a duração de 30 dias, tudo nos termos do art. 271 do mencionado Estatuto.

Este ensinamento já foi transmitido no parecer nº 24-GCG, pelo Procurador ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER que contém a seguinte ementa:

“As férias anuais são reguladas segundo o regime de trabalho a que está sujeito o servidor.”

Em relação ao segundo cargo exercido pela Professora e que não é alcançado pela FG, o que aliás seria permissível de acordo com o disposto no art. 18 do Decreto nº 21.112/71, está ela submetida não ao regime da Lei nº 1.751/52, mas sim ao seu Estatuto próprio, Lei nº 6.672/74.

No que concerne a férias, o diploma legal por último referido assim dispôs:

“Art. 96 — As férias dos membros do Magistério são obrigatórias e terão a duração mínima de trinta dias, após um ano de exercício profissional.

Parágrafo único — Para o pessoal docente e especialista de educação em exercício das unidades escolares do Sistema Estadual de Ensino, o período de férias será de sessenta dias, durante as férias escolares, devendo ser fixadas em calendário anual de forma a atender às necessidades didáticas e administrativas do estabelecimento.”

A norma legal em questão distingue, desde logo, para efeito de duração e época de gozo das férias, duas categorias distintas de servidores:

1º) os membros do Magistério em geral, que não exercem atividade docente típica;

2º) o pessoal docente e especialista de educação em exercício nas unidades escolares do Sistema Estadual de Ensino, ou seja, aqueles que exercem a atividade típica do Magistério.

Para o primeiro grupo e, no qual a requerente se subsume em relação ao segundo cargo, a lei assegurou um período de férias de 30 dias, direito a ser adquirido após um ano de exercício profissional. Não fixou, porém, a época de gozo.

Em relação ao segundo grupo, o período de férias foi fixado em 60 dias sendo a época de gozo fixada durante as férias escolares.

Poderiam surgir dúvidas, ao intérprete, em relação à expressão usada no “caput” do artigo: “duração mínima de trinta dias”. O emprego de tal locução levaria, talvez, à conclusão de que, em relação àqueles membros do Magistério que estão temporariamente distraídos da atividade docente por exercerem outras funções burocráticas tipicamente administrativas, pudesse, eventualmente, ser conferido um período de férias de mais de trinta dias. Ou por outra: a lei lhes asseguraria um mínimo de trinta dias e um máximo de sessenta dias de férias.

Não é essa, no entanto, a “ratio legis”. O legislador ao empregar o termo “duração mínima” pretendeu abranger, desde logo, a situação prevista no parágrafo único do mesmo artigo. Isso, por duas razões:

Primeiro, porque peculiaridades inconfundíveis marcam a tarefa singular da docência, mais árdua e estafante, por lidarem os professores diretamente com alunos, momentaneamente em classes numerosas, cada um com seus problemas específicos. Além disso, a docência envolve a missão, exercida paralelamente, de preparação de aulas, correção de provas e avaliação de alunos e, também, o aperfeiçoamento e atualização do próprio professor.

A segunda razão tem origem prática: sendo as férias escolares normalmente de sessenta dias, a elas devem corresponder as férias do Professor, não havendo motivo para ele permanecer na escola sem a presença do aluno e sem que houvesse reiniciado o ano letivo. Por outro lado, um período maior de férias assegurado ao docente oportunizaria a que ele se detivesse em seu aprimoramento, através de leituras, cursos, pesquisas, etc. As mesmas

razões não embasam a atividade dos professores que exercem função meramente burocrática, fora das unidades de ensino, por mais nobres e elevadas que possam ser. Por tal motivo, a lei confere aos últimos apenas trinta dias de férias, em simetria com o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

EM CONCLUSÃO, temos:

1º) por estar em regime de acúmulo tolerado, a servidora em questão faz jus a um período de férias em relação a cada cargo que ocupa, sem, é óbvio, que possa se afastar do exercício de um deles enquanto estiver em gozo de férias pelo outro;

2º) em relação ao primeiro cargo em que detém uma função gratificada pertencente ao Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, a servidora só tem direito a trinta dias de férias, por estar seu regime aí sujeito à Lei nº 1.751/52 (cf. art. 271);

3º) em relação ao 2º cargo, igualmente, apenas faz jus a trinta dias de férias e não mais, porque apesar de sujeita ao regime da Lei nº 6.672/74, exerce não atividade típica do Magistério, mas função meramente burocrática, sendo, por este motivo, destinatária da disposição contida no "caput" do art. 96 daquele diploma legal.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 27 de junho de 1980.

NEGÓCIO JURIDICO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA

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

PARECER Nº 4.415

COLÔNIA NOVA ESPERANÇA, BAGÉ: direito de propriedade do lote 054 conferido à Cooperativa Agrícola Mista Aceguá (CAMAL), sob condição resolutiva.

Interpretação de cláusula contratual expressa neste sentido.

Em exame expediente oriundo da Secretaria da Agricultura versando sobre o Projeto Nova Esperança, de reassentamento de colonos, em Bagé, ou mais especificamente sobre o contrato de financiamento havido entre o BANCO DO BRASIL S/A e a COOPERATIVA AGRÍCOLA MISTA ACEGUÁ (CAMAL).

1. O superintendente daquela entidade bancária, no desempenho do papel de agente financiador, dirige ofício ao Senhor Secretário da Agricultura dizendo sumariamente que:

a) a transferência definitiva dos lotes aos colonos dever-se-ia efetuar tão logo fosse implantada a infra-estrutura, conforme previsto no projeto elaborado por órgão daquela Pasta;

b) inobstante todos os esforços expedidos pelo Banco do Brasil neste sentido, criou-se impasse insuperável, dado que a CAMAL entende ser proprietária do lote nº 054, em área central da Colônia Nova Esperança;

c) a atividade básica ao êxito do projeto, qual seja, a produção leiteira, está sobremodo prejudicada, dado que ainda não se verificou o recebimento integral do rebanho, cuja entrega é atribuída à responsabilidade do Governo do Estado.

Considerando que a implantação definitiva do projeto de reassentamento dos colonos depende da superação destas dificuldades, reitera o Banco do Brasil sua intenção de ver solucionada a questão.

2. Acompanha o expediente carta do Presidente da CAMAL dirigida ao Senhor Secretário da Agricultura, onde tece longas digressões sobre o histórico do problema, referindo os termos constantes na escritura de compra e venda com pacto adjecto de hipoteca,

escritura esta celebrada em 12 de outubro de 1978, entre Agro-Pecuária Coxilha Negra S/A (vendedora), CAMAL (compradora) e Banco do Brasil (agente financiador).

Refere-se muito especialmente a situação do lote nº 054 que, segundo teor da Cláusula Vigésima daquela escritura pública, atribui propriedade da área à Cooperativa. E entende o Senhor Presidente daquele órgão que tal titularidade deve ser interpretada como "compensação", considerando o papel da CAMAL de "colaborar com o Governo Estadual para resolver angustiante problema social de grande repercussão".

3. Registra ainda aquela correspondência a intenção de manter naquele lote todo o complexo administrativo da colônia, bem como Armazém Geral, cogitando inclusive de Posto de Recebimento e Resfriamento do Leite. Ademais, expressa sua indignação em ficar somente com a posse do referido imóvel, tal como previsto na minuta dos Contratos de Compra e Venda a serem celebrados com os colonos adquirentes dos lotes rurais.

A minuta apresentada pelo Banco do Brasil à CAMAL conteria cláusulas conflitantes com aquela constante na escritura antes referida (cláusula vigésima), que atribuiu propriedade do lote à Cooperativa.

Dado o impasse, sugere o presidente da CAMAL que se dê nova redação às cláusulas contratuais conflitantes com as avenças anteriores, comprometendo-se a transferir a propriedade de 3 ha (30.000 m²) do lote nº 054 com fins:

- a) 1 ha para Secretaria de Educação e Cultura (escola);
- b) 1 ha para a Diocese de Bagé (igreja e cemitério);
- c) 1 ha em condomínio para todos os colonos adquirentes de lotes (atividades comunitárias).

4. O Senhor Secretário de Estado da Agricultura em vista da divergência entre as manifestações do Banco do Brasil e da CAMAL e considerando os termos constantes dos documentos que informam o expediente, solicita exame do assunto por esta Procuradoria-Geral.

Posteriormente foi anexado ao processo uma lista contendo 107 assinaturas dos colonos, manifestando sua concordância com a destinação do lote nº 054 à propriedade definitiva da CAMAL, com vistas a prestação de serviços aos associados (. . .).

É o relatório.

5. A divergência suscitada no expediente tem sua razão de ser nos seguintes fundamentos:

a) O "Projeto de Reassentamento de Colonos em Coxilha Preta", Bagé, elaborado pela Coordenadoria Estadual de Planejamento Agrícola (CEPA), da Secretaria da Agricultura, prevê no item 2.2.5, sob título "Aspectos Jurídicos", que:

"A parte central da área, onde atualmente está localizada a sede da fazenda, com galpões, casas, banheiro, carrapaticida e outras construções, ficam na posse da CAMAL. (. . .).

Nessa área Central será montado o Centro Comunitário com construção da Escola, da Sede da Associação de Prestação de Serviços e Assistência Técnica, posto de vendas da CAMAL e outros."

b) Reza a Cláusula Vigésima da escritura pública de compra e venda com pacto adjecto de hipoteca havida entre AGROPECUÁRIA COXILHA NEGRA S/A (alienante), COOPERATIVA AGRÍCOLA MISTA AGEGUÁ (adquirente) e BANCO DO BRASIL (agente financiador) que:

"A propriedade do lote número cinqüenta e quatro (54) fica vinculada diretamente à administração da Colônia Nova Esperança, obrigando-se a Creditada, no caso de perda da administração, não sendo considerado como motivo para tal a emancipação do projeto, a transferir a propriedade do mesmo lote à entidade que assumir o encargo, sem direito à indenização das benfeitorias que às suas expensas vier a construir sobre dita gleba." (grifou-se)

6. Ora, da simples leitura da referida cláusula contratual ressalta que a propriedade do lote nº 054 é deferida à CAMAL se e enquanto estiver na administração do projeto de reassentamento dos colonos.

Trata-se, pois, de típica cláusula resolutiva expressa: o bem jurídico fica submetido à sua titularidade desde que e até que a Cooperativa esteja exercendo as atribuições de gestora dos negócios dos colonos e atuando com representatividade pelos seus interesses.

Resulta daí que não se pode atribuir a propriedade do referido imóvel à CAMAL de modo definitivo e absoluto, sob pena de:

a) ferir frontalmente o projeto que, enquanto ato da administração teve suas finalidades bem definidas, em torno a "viabilizar o reassentamento de agricultores deslocados da Reserva Indígena de Nonoai" (item 1.5. — OBJETIVOS);

b) ferir o próprio espírito que norteou a lavratura da escritura pública e, portanto, do negócio jurídico havido entre as partes, consoante cláusula expressa neste sentido, onde está registrado:

“Sexta: que o financiamento ora concedido para aquisição da fração de terras e suas benfeitorias, descrita na cláusula primeira desse instrumento, tem por finalidade precípua o reassentamento de colonos (. . .), em absoluta consonância com o projeto de implantação elaborado pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, (. . .), cabendo à Cooperativa Agrícola Mista Aceguá Ltda. a responsabilidade da implantação e execução do aludido projeto.” (grifou-se)

7. Ademais, da leitura de outras cláusulas contratuais ressalta que os direitos da Creditada (CAMAL) são relativos e condicionados ao exercício de seus encargos, transparecendo a preocupação da entidade financiadora (Banco do Brasil) em manter sob controle o desempenho da mesma, dado que a garantia bancária ficou constituída pelos bens da creditada.

Segue-se que, em momento algum, se poderia deferir a propriedade definitiva do lote central à Cooperativa, sem referência às condições a serem implementadas pela mesma, com fins à aquisição e permanência de sua titularidade.

Sugere-se, pois, que nas escrituras de transferência dos lotes aos colonos, faça-se menção ao lote nº 054 como sendo propriedade da CAMAL, sujeita à condição resolúvel, qual seja, a de efetiva administração do projeto de reassentamento dos colonos, devendo constar, necessariamente, a mesma referência na escritura que outorgue a propriedade do mesmo lote à CAMAL.

8. A condição resolutiva a que nos referimos há que ser entendida com a precisão que lhe é conferida por nosso ordenamento jurídico, quer dizer, como condição que não impede a verificação de todos os efeitos do negócio jurídico celebrado pelas partes e translativos de direitos.

De outra parte, a condição resolutiva deve ser considerada como convenção de extinção daqueles mesmos efeitos já operados desde sempre: quer dizer, uma vez verificada a condição (no caso, a perda da administração do projeto pela Cooperativa), extingue-se o direito, ficando resolvidos todos os seus efeitos (relativos à propriedade imóvel), para sempre!

Ademais, convém que se registre que o implemento da condição resolutiva tem eficácia *ipso iure*, vale dizer, opera-se de qualquer modo, independentemente da vontade do adquirente ou daquele que é titular do direito expectativo. E tal ocorre em virtude da cessação, por inteiro, da eficácia daquele negócio jurídico, conforme PONTES DE MIRANDA, “Tratado”, Tomo V, pág. 146 e seguintes.

É a regra contida no artigo 119 do Código Civil, *caput*:

“Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido, nas verificadas a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.”

Dada a disponibilidade plena do bem pelo adquirente, em caso de negócio jurídico que importa em aquisição da propriedade — embora sob condição resolutiva — PONTES DE MIRANDA diz que a transferência opera-se como nas hipóteses de propriedade incondicional (pág. 143). Dito de outro modo, os efeitos da aquisição do direito de propriedade incidem desde logo, para cessarem-se se e quando se realizar a condição.

9. Deste modo, assegura-se o cumprimento da vontade das partes intervenientes no negócio celebrado quando da lavratura da tão propalada escritura pública, em 12 de outubro de 1978. Eis que ali fica bem claro que os beneficiários do projeto são os colonos, não se podendo contemplar, portanto, incondicionadamente, a executora do plano, com um imóvel que, a par de ser integrante de um todo maior, só tem sentido em ser ocupado por entidade que efetivamente exerça as atribuições pertinentes à administração da Colônia “Nova Esperança”. E de tal modo, que em havendo substituição, “no caso de perda da administração”, fica a Cooperativa obrigada a transferir a propriedade do lote à entidade que venha assumir o encargo, consoante letra expressa da cláusula vigésima, já mencionada.

10. Outrossim, somos de parecer que, também com fins a resolver o impasse criado, é de se aceitar a proposta do Sr. Presidente da CAMAL, manifestada em reunião na Secretaria da Agricultura, em data de 26 de junho p.p., no sentido de conceder a APSAT (Associação de Prestação de Serviços e Assistência Técnica) quatro hectares, dos trinta que compõe o lote nº 054, além dos três hectares já referidos no ofício mencionado no relatório, para as destinações ali previstas.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 16 de julho de 1980.

RENOVAÇÃO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

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

PARECER Nº 4.311

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

Servidor policial acusado de falta grave, acusação procedente. Demissão qualificada. Recurso administrativo: provimento negado.

Vêm a exame e parecer da 2ª Turma da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar da Procuradoria-Geral do Estado os autos do Recurso Administrativo (Expediente nº 29.958/79), impetrado da decisão final governamental que no Processo Administrativo-Disciplinar (Expediente nº 21.642/75-CSP), instaurado contra o Inspetor de Polícia A. A. M., aplicou a pena de demissão "a bem do serviço público", em conformidade com os arts. 22, inciso XV e XXXIII, 25 § 3º letra "b" e 32, inciso V e § 4º da Lei nº 6.194/71, combinado com os arts. 203, inciso XI e 218, inciso X, da Lei nº 1.751/52, conforme Boletim nº 1.647/79, publicado no Diário Oficial de 15 de março de 1979.

A instância administrativa somente se poderá renovar nos casos expressamente previstos no art. 200 e seus incisos de I a III da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

Entre as causas admitidas pelo Estatuto, que permitem a renovação da instância administrativa, inciso I refere o ato manifestamente ilegal.

No Recurso Administrativo de fls. 2/6, dirigido pelo ex-servidor A. A. M. ao Exmo. Senhor Governador do Estado, entre as três preliminares argüidas de nulidade do processo administrativo a que respondeu, consta a nulidade dos atos praticados pelo Secretário do procedimento administrativo procedido pelo Conselho Superior de Polícia, pelo fundamento de não ter sido obedecido o disposto no parágrafo único do art. 41 da Lei nº 6.194/71. Por conseguinte, todos os atos praticados pelo Escrivão de Polícia S. R. X. P., que os realizou no processo na qualidade de Secretário são nulos, visto que aquele funcionário era incompetente legalmente para praticá-los.

Sem embargo dispõe o parágrafo único do art. 41 da Lei nº 6.194/71 que "servirá de secretário do Processo Administrativo um servidor policial indicado pela autoridade processante, mediante ato baixado pelo Secretário de Segurança Pública". Essa disposição legal, entretanto, não acarretará a nulidade do processo, visto que, nos termos do

art. 263, letras "a" a "g", da Lei nº 1.751/52, não se alinha entre as nulidades expressamente previstas na referida norma legal.

Na forma da lei, o não-cumprimento da disposição do parágrafo único do art. 41 da Lei nº 6.194/71, ensejaria arguir-se o ato de anulável ou de irregular e, nessas condições, estaria enquadrado no art. 264 da Lei nº 1.751. Assim, desde que o ato praticado não constitui vício substancial insanável (que seria o caso do ato nulo, nos casos previstos taxativamente nas letras "a" a "g" do art. 263), suscetível de influir na apuração da verdade ou decisão do processo ou sindicância, não determinaria a sua nulidade.

O art. 228 da Lei nº 1.751 e seus §§ 1º e 2º estabelecem que o processo administrativo será realizado por uma comissão designada, em portaria, pela autoridade que houver determinado a sua instauração, cabendo a Presidência a pessoa indicada por aquela autoridade, no ato da designação. O Presidente designará um funcionário para secretariar a comissão.

No Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, portanto, não se faz exigível, para investidura nas funções de secretário senão o ato de designação do Presidente.

Tendo em vista ambas as normas estatutárias, não se poderá aceitar a tese de que, em um caso estaríamos frente a uma nulidade pela não-observância das formalidades substanciais do ato e, no segundo caso, depararíamos com uma irregularidade, sanável, portanto. Pois as situações são idênticas. Trata-se da designação de membro que será investido nas funções de secretário no processo administrativo instaurado por autoridade legalmente constituída.

A não-observância, quer às disposições do parágrafo único do art. 41 da Lei nº 6.194, ou as normas do art. 228 da Lei nº 1.751 e seus §§ 1º e 2º, inquinariam o ato praticado de irregular, portanto sanável.

De qualquer modo, o Escrivão de Polícia, S. R. X. P., foi designado Secretário pela autoridade competente, através do ofício 13/75, conforme se vê dos autos cuja decisão derradeira ensejou o recurso administrativo "sub examine".

Ainda, pois, que reconhecamos tenha havido uma irregularidade processual, essa não constitui o vício insanável, capaz de afetar a substância do ato e, em consequência, influir na apuração da verdade ou decisão do processo.

Outra prefacial levantada pelo recorrente, é a de que teria havido cerceamento da defesa, no processo administrativo a que respondeu sendo a final demitido "a bem do serviço público".

O processo, porém, teve o seu curso regular e foi assegurado ao indiciado ampla defesa.

Não há que ser invocada a hipótese prevista na letra "c" do art. 263 da Lei nº 1.751/52. Como se vê dos autos, através da Resolução nº 11.751, de 19 de março de 1975, em conformidade com a Portaria nº 20/75, de 7 de abril de 1975, deliberou o Conselho Superior de Polícia pela instauração do processo para apurar a falta residual prevista no inciso 33 do art. 22, da Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971. Originou-se do Inquérito Policial nº 6/74 procedido pela Delegacia de Polícia de Santa Maria, no qual o Inspetor de Polícia A. A. M. foi indicado como incurso nas sanções cominadas nos delitos de concussão e prevaricação.

Obedecidas foram as normas procedimentais em conformidade com a lei, tanto quanto os seus requisitos formais ou materiais.

Por fim, o recorrente arguiu a nulidade da citação, reputando inválido o instrumento que o chamou ao juízo administrativo.

Mas, ainda quanto à derradeira nulidade processual invocada, descabe a procedência.

Pois, se no instrumento citatório deixou de constar o resumo dos fatos a apurar, expressamente estão mencionados os dispositivos legais nos quais incurso estaria o indiciado, não implicando em nulidade de qualquer espécie, visto não ter ocasionado prejuízos, à defesa.

Como tal, também não há amparo à hipótese da letra "b" do art. 263 da Lei nº 1.751/52.

Bem ciente das acusações argüidas o servidor foi interrogado com a presença de advogado por ele nomeado e constituído que apresentou procuração nos autos. Trouxe ao processo alegações preliminares e arrolou testemunhas que foram inquiridas nos termos legais. Foram tomados, ainda, os depoimentos das testemunhas da acusação. Requerida pela defesa acareação, essa foi deferida e realizada entre as testemunhas do processo. Após, o servidor indiciado, através de seu advogado, arguiu razões finais. Por fim, o relatório.

Do exame da prova e das próprias palavras do indiciado, verifica-se que houve, realmente, irregularidades funcionais, e outra não pode ser a conclusão que consta dos autos: a demissão do Inspetor de Polícia A. A. M.

Esse processo acha-se com suas formalidades legais sanadas, não havendo vícios substanciais suscetíveis de motivarem o acolhimento do recurso administrativo apresentado.

EM FACE DO EXPOSTO, somos de parecer que é de ser mantida a decisão final governamental que demitiu A. A. M. do cargo de Inspetor de Polícia de 1ª classe, padrão

6, da Superintendência dos Serviços Policiais da Secretaria de Segurança Pública, matrícula nº 123.813, de conformidade com os arts. 22, incisos XV e XXXIII, 25, § 3º, letra "b" e 32, inciso V e § 4º da Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971, combinado com os arts. 203, inciso XI e 218, inciso X, da Lei nº 1.751/52.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 11 de fevereiro de 1980.

ELMO PILLA RIBEIRO
PROCURADOR DO ESTADO-PRESIDENTE

ANA MARIA FERRUGEM DE OLIVEIRA
PROCURADOR DO ESTADO-RELATOR

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
PROCURADOR DO ESTADO-REVISOR

CONTRATO DE GERENCIAMENTO- NOVO SISTEMA PARA A REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

HELY LOPES MEIRELLES
Advogado e Professor de Direito em São Paulo

SUMÁRIO: I. Considerações preliminares — II. Conceito e caracteres do contrato de gerenciamento — III. Objeto do contrato de gerenciamento e atribuições do gerenciador — IV. Responsabilidades e remuneração do gerenciador — V. Vantagens do contrato de gerenciamento.

I — CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O sistema tradicional de contrato de construção de obra pública, abrangendo unicamente a execução material do projeto, já não satisfaz o desenvolvimento tecnológico, industrial, comercial e institucional de nossos dias, que empolga todas as atividades administrativas e amplia a área dos serviços públicos, exigindo complexos empreendimentos de engenharia para o seu adequado atendimento. Esses empreendimentos públicos, abrangendo obras e serviços de diversificada natureza, requerem especializações para os diferentes projetos e sua execução, e pedem uma **supervisão técnica apropriada**, nem sempre encontrada nos órgãos internos da Administração interessada na sua realização.

Daí a orientação moderna de o Poder Público contratar empresas ou profissionais especializados para a elaboração de projetos e, o que é mais recente ainda, para o **gerenciamento** de sua execução, confiada a terceiros sob o regime de **empreitada, administração contratada e tarefa**, ou mesmo sob um regime misto, resultante da combinação desses ajustes.

Neste estudo pretendemos delinear o **contrato de gerenciamento**, dando-lhe o necessário conceito jurídico e apontando o seu objeto, assim como as atribuições e responsabilidades do gerenciador. Antes, porém, permitimo-nos lembrar os caracteres dos contratos usuais de construção de obra pública, a começar pelo de **empreitada**, para ao depois definir e tipificar o de **gerenciamento**.

Contrato de construção por empreitada é o ajuste pelo qual o construtor-empregado se obriga a realizar a obra projetada, com autonomia na execução técnica do projeto, assumindo todos os encargos econômicos do empreendimento, e o proprietário-empregador se compromete a pagar um preço fixo, ainda que reajustável, devendo receber a obra concluída nas condições convencionadas. Esta modalidade contratual é caracterizada pela autonomia do construtor na condução dos trabalhos, pela assunção da inteira responsabilidade técnica e econômica da execução do projeto, com prévia especificação do mate-

rial e serviços a serem empregados na obra, e pela sua entrega ao dono nos prazos e nas condições ajustadas. Daí porque se diz que a empreitada contém uma **obrigação de resultado**, uma vez que o seu objeto é a obra concluída. Esse contrato, no âmbito da Administração Pública, segue os mesmos princípios da empreitada civil, embora admita cláusulas exorbitantes, e muitas vezes seja incluído no regime "turn key", que é a ampliação das obrigações do empreiteiro para a assunção global de todos os encargos que possam incidir sobre a execução do projeto até a entrega da obra concluída e em condições de imediata utilização e operação de seus equipamentos.

Construção por administração contratada é o ajuste pelo qual o dono da obra confia a sua execução ao construtor para realizá-la segundo o projeto aprovado, mediante remuneração percentual sobre o custo do empreendimento, nele incluído o valor do material e dos serviços, com os encargos correspondentes. Esse mesmo regime, quando utilizado para a contratação de serviços técnicos especializados, como os de elaboração de projeto, consultoria ou fiscalização de obra, recebe a denominação usual de "cost plus", embora mantenha as mesmas características da administração contratada para execução material do projeto. Tais ajustes diferem fundamentalmente do contrato de empreitada porque neste o preço é fixado previamente para a obra concluída, e, naqueles, só será conhecido a final, pois que a remuneração do contrato é quantificada sobre o trabalho realizado no curso da obra ou do serviço ajustado, havendo ainda sensíveis diferenças de encargos e responsabilidades das partes nessas últimas modalidades contratuais.

Finalmente, **regime de tarefa** é aquele em que a Administração Pública incumbe terceiros de executar pequenas obras ou serviços, ou partes de um empreendimento maior, por preço certo, global ou unitário, por meio de simples ordem de serviço ou ajuste precário, efetuando o pagamento periodicamente ao término de cada etapa, ou ao final do trabalho realizado. Nesta singela modalidade contratual as responsabilidades e os encargos do tarefairo são mínimos e circunscritos, normalmente, à execução material de obras e serviços comuns, não especializados, e de curta duração.¹

O simples confronto dessas modalidades contratuais até agora utilizadas para a realização de obras e serviços públicos revela que nenhuma delas isoladamente, nem todas elas em combinação atendem às exigências dos grandes e complexos empreendimentos de engenharia, com construções de tecnologia especial, como são as usinas energéticas, metrô, ferrovias e rodovias, portos e aeroportos, sistemas de abastecimento de água e de tratamento de esgotos, campus universitários e tantas outras realizações públicas que exigem diversificados elementos e equipamentos de sofisticada técnica construtiva, para serem implantados dentro de uma concepção global e nos rígidos prazos estabelecidos pela Administração interessada. Esses empreendimentos, pelo seu vulto e dificuldades construtivas, pedem uma programação criteriosa, uma supervisão técnica especializada e um comando

(1) Sobre esses contratos — empreitada, administração contratada e tarefa — veja-se nosso **Licitação e Contrato Administrativo**, 4ª ed. RT, São Paulo, 1979, Cap. X, item I, e também nosso **Direito de Construir**, 3ª ed. RT, São Paulo, 1979, Cap. VII, item II.

único altamente capacitado, virtualidades que podem ser obtidas pelo **contrato de gerenciamento**, na sua moderna conceituação e aplicação na área das realizações públicas com obras especiais de engenharia.

II — CONCEITO E CARACTERES DO CONTRATO DE GERENCIAMENTO

Contrato de gerenciamento ("Contract of Management" dos norte-americanos) é aquele em que o dono da obra, no caso o Poder Público, comete ao gerenciador a programação, a supervisão, o controle e a fiscalização de um determinado empreendimento de engenharia, reservando a competência decisória final e responsabilizando-se pelos encargos financeiros da execução do projeto.

Nessa moderna modalidade contratual todas as atividades necessárias à implantação do empreendimento são transferidas ao gerenciador — empresa ou profissional habilitado — pela entidade ou órgão interessado, que apenas retém o poder de decisão sobre os trabalhos e propostas apresentados, e, uma vez aprovados, passa a responsabilizar-se pelo seu custo, nas condições ajustadas com seus elaboradores e executores. O **gerenciamento** é, pois, atividade técnica de mediação entre o patrocinador da obra e seus executores, visto que o profissional ou a empresa gerenciadora não executa materialmente o empreendimento, mas propicia a sua execução indicando os meios mais eficientes e econômicos para sua realização. E, após a celebração dos contratos necessários com os respectivos executores, firmados diretamente pelo dono da obra, o gerenciador passa a programar, supervisionar, controlar e fiscalizar todos os serviços contratados.

Essas atividades do gerenciador consubstanciam típicos "trabalhos de engenharia" referidos no art. 7º da Lei 5.194/66, que regulamenta o exercício da Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

No gerenciamento o gerenciador não representa a entidade ou órgão que o contratou, nem age em nome dele, mas atua para ele. Realmente, o gerenciador presta um serviço técnico especializado, em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade, nos termos do ajustado com o dono da obra e sempre sujeito ao seu controle. Não representando o dono da obra, o prestador do serviço de gerenciamento (que denominamos **gerenciador** para diferenciá-lo do **gerente comercial**) não dispõe de poderes para firmar contratos com terceiros, nem para desfazer ajustes celebrados entre estes e o dono da obra, nem para impor penalidades aos contratados inadimplentes. Destarte, as funções de **gerenciamento** não se identificam nem se confundem com as de **gerência comercial**, que a doutrina conceitua como "o ofício ou a função de gerente, sendo, assim, o equivalente à gestão, administração ou direção de negócios"². A gerência de negócios públicos por particulares não

(2) DE PLÁCIDO E SILVA assim conceitua a gerência comercial: "No conceito jurídico, entanto, gerência tem sentido próprio, revelando o **mandato**, convencional ou contratual, em que se investe a pessoa para que possa desempenhar a administração dos negócios de um estabelecimento ou de uma sociedade comercial, no qual se contém poderes amplos para que se possa cumprir os objetivos do próprio estabelecimento ou da sociedade comercial. Quando se firma, em

é admitida em nosso sistema administrativo, embora o seja em outros países, como os Estados Unidos da América do Norte, que têm municípios administrados por gerentes contratados ("Managers"), como já mencionamos em estudo anterior.³ Todavia, tal impedimento não ocorre com o **gerenciamento de obras públicas**, nos termos em que o conceituamos, porque suas características o enquadram como mero **contrato de prestação de serviços de engenharia**, igual a tantos outros que a Administração Pública ajusta a todo momento com particulares para a realização de empreendimentos públicos.

São ainda incipientes, entre nós, os contratos de **gerenciamento**,⁴ mas não são raras as avenças abrangendo um de seus aspectos, a **fiscalização de obras**, usualmente denominada "Acompanhamento da execução de projeto", legalmente permitida até mesmo a seus autores (Decreto federal 73.140/73, art. 6º, XII, e Lei paulista 89/72, art. 5º, parágrafo único). Menos comuns, mas também encontradas, são os ajustes objetivando a **programação e a direção** da execução de trabalhos de engenharia.

Em todos esses casos, no que concerne aos serviços de engenharia, tais contratos encontram respaldo jurídico na Lei nº 5.194/66, que, como já vimos, defere aos profissionais e empresas de engenharia, arquitetura e agronomia, os trabalhos pertinentes a essas profissões em todas as suas modalidades e em todos os campos de sua atuação, atribuindo-lhes expressamente "a fiscalização de obras e serviços técnicos" e "a direção de obras ou serviços técnicos" (art. 7º, alíneas "e" e "f"). Observe-se que o termo "direção", tal como o emprega a citada lei, engloba as atividades de **programação, supervisão, controle e fiscalização**, ou seja, o planejamento da progressão da obra (programação), a orientação dos trabalhos em plano superior e a sua coordenação (supervisão) e o poder de correção dos serviços (controle), o que se realiza através de permanente vigilância de sua execução (fiscalização). Daí porque consideramos atribuições do gerenciamento as atividades de todo o empreendimento gerenciado, ficando com a entidade ou órgão patrocinador da obra o poder supremo e geral de acompanhamento e decisão sobre sua conduta e seus trabalhos, de modo a coibir qualquer inadimplemento de suas obrigações e a assumir as suas funções em caso de inexecução do contrato de gerenciador revelado pela incapacidade técnica para o correto desempenho dos serviços ajustados.

cláusula contratual, a gerência se promove por **delegação** ou seja por **mandato legal**, em virtude de o qual o sócio gerente personifica a própria sociedade, em cujo nome age. Na que decorre de **mandato convencional**, a gerência é representação simples, e o gerente age em nome do mandante, como mero mandatário" (in *Vocabulário Jurídico*, Rio, 1967, II/738, verbete gerência).

(3) Cf. nosso *Direito Municipal Brasileiro*, 3ª ed. RT, São Paulo, 1977, págs. 22 e seguintes.

(4) Ao que nos consta, o primeiro **contrato de gerenciamento** no Brasil foi celebrado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — SABESP, com firma de engenharia, em 28 de novembro de 1977, para "gerenciamento de empreendimento do Programa de Es-gotos da Região Metropolitana de São Paulo — 1977/1983 — Plano SANEGRAN".

Finalmente, é de se esclarecer que o **gerenciador** tanto pode ser o autor do projeto como qualquer outro profissional ou empresa de engenharia com capacitação técnica para bem desempenhar as complexas e múltiplas funções do gerenciamento objetivado, como também pode executar uma parte da Obra e gerenciar o restante a cargo de terceiros. Sendo profissional ou empresa de notória especialização admite contratação direta, com dispensa de licitação.

III — OBJETO DO CONTRATO DE GERENCIAMENTO E ATRIBUIÇÕES DO GERENCIADOR

O **contrato de gerenciamento** objetiva a realização de uma obra de engenharia na sua expressão global. Isto não significa que o gerenciador deva executar diretamente todos os elementos e serviços do empreendimento. Absolutamente não. Suas atribuições são **globais** no sentido de que lhe incumbe preparar todos os documentos necessários, programar e coordenar todo o desenvolvimento da obra, supervisionar, controlar e fiscalizar todos os trabalhos requeridos para a implantação do empreendimento, indicando os meios e os agentes aptos a realizá-los eficiente e economicamente nas condições e prazos fixados pela entidade ou órgão interessado. Para tanto, deverá equacionar os problemas técnicos, administrativos, jurídicos e financeiros que se apresentarem à execução do empreendimento, consubstanciando-os num programa integral, e conduzindo todas as atividades necessárias à implantação dos projetos aprovados pelo patrocinador da construção. O gerenciador é, assim, o condutor do empreendimento na sua globalidade.

Para esse desiderato o gerenciador pode ser encarregado de elaborar as diretrizes básicas do empreendimento ou mesmo os seus projetos executivos e de promover a sua implantação nas condições aprovadas pelo patrocinador da obra, como pode receber os projetos já elaborados por outrem e incumbir-se de selecionar os seus executores, que contratarão diretamente com o dono da obra. Em ambos os casos a missão do gerenciador é a de orientar a realização do empreendimento e assegurar a sua correta conclusão, mas nem por isso o **gerenciamento** se confunde com a **empreitada**, ainda que em regime "turn key" em que o empreiteiro recebe o "package" e se incumbe de executá-lo materialmente, entregando a obra concluída, com seus equipamentos e serviços em funcionamento, consoante os projetos recebidos. O empreiteiro é o executor dos projetos aprovados; o gerenciador é o condutor do empreendimento projetado.

Segundo essa conceituação, o objeto do **contrato de gerenciamento** não é a obra em si mesma, mas sim os **serviços técnicos especializados do gerenciador** para levar a bom termo o empreendimento, que poderá ser realizado materialmente por qualquer modalidade de contrato de construção ou montagem com os executores dos projetos parciais ou setoriais.

O **gerenciador** é o programador e coordenador absoluto de todas as atividades necessárias à execução da obra na sua globalidade, tornando-se responsável pelo correto desempenho das medidas aprovadas para a consecução do empreendimento. Sua missão funda-

mental é o preparo dos documentos que antecedem e acompanham a realização dos trabalhos estruturais da construção, apresentando-os no devido tempo ao dono da obra para sua aprovação e oportuna utilização. Assim, os encargos do gerenciador podem abranger desde a concepção integral do empreendimento até a sua conclusão material realizada por terceiros sob seu controle, como pode iniciar-se com o recebimento do projeto global e de sua programação executiva já aprovados pelo patrocinador da obra, para o devido preparo das contratações que se fizerem necessárias mediante licitação ou por ajuste direto, e o subsequente acompanhamento de sua execução.

Nessa linha de entendimento, as atribuições do gerenciador podem ser resumidas nos quatro itens seguintes: a) preparação dos documentos técnicos, administrativos, financeiros e jurídicos necessários à realização do empreendimento; b) assessoramento para as licitações e contratações de obras, serviços e compra para o empreendimento; c) programação e coordenação geral dos trabalhos de implantação do empreendimento; d) acompanhamento das obras e serviços contratados pelo patrocinador do empreendimento, para sua completa e correta realização.

Nesta síntese de atribuições do gerenciador incluem-se todos os encargos de **supervisão, controle e fiscalização** do empreendimento, os quais devem ser especificados no contrato de gerenciamento atendendo às peculiaridades das obras e serviços a serem executados pelos construtores e montadores de equipamentos. Obviamente, o gerenciador — profissional ou empresa de engenharia — há que ser altamente capacitado para o desempenho de suas atribuições, dispondo de "know how" adequado e acervo técnico de seu pessoal especializado, bem como de estrutura administrativa e gerencial compatíveis com o vulto e complexidade do empreendimento objetivado. Em se tratando de profissional ou empresa de **notória especialização**, sua contratação poderá ser feita diretamente, com dispensa de licitação, pois que as atribuições do gerenciamento enquadram-se nos serviços técnicos especializados de engenharia.

IV — RESPONSABILIDADE E REMUNERAÇÃO DO GERENCIADOR

O gerenciador — empresa ou profissional capacitado — como vimos, não é o construtor material da obra, e pode até mesmo não ser o autor do projeto que se vai executar, mas será sempre o seu condutor, responsável pela regular implantação do empreendimento projetado. Sua responsabilidade é eminentemente técnica, mas diversa e independente da dos construtores, que respondem pelas obras e serviços que executarem e pelos danos que causarem ao proprietário ou a terceiros. Diversamente, o gerenciador só responde pela realização global do empreendimento, nos termos do contrato de gerenciamento, pois que sua missão é de propiciar o normal desenvolvimento da obra e assegurar a perfeição dos trabalhos sujeitos à sua programação, supervisão, controle e fiscalização.

Já dissemos, e convém repetir, que a missão do gerenciador não é a de construir direta e materialmente as obras projetadas; é a de promover a sua construção de acordo com os projetos e cronogramas aprovados pelo dono do empreendimento, e nas condições técnicas e financeiras ajustadas com as partes executantes. O gerenciador é o impulsionador

das obras e serviços necessários à implantação do empreendimento, para o que deve propor os meios e medidas convenientes à sua consecução no tempo e nas condições prefixadas.

Assim sendo, a responsabilidade do gerenciador restringe-se às suas **atividades técnicas na condução do empreendimento**, incidindo apenas sobre as suas recomendações, propostas, verificações e demais atos de acompanhamento das obras e serviços gerenciados, visando à correta execução dos projetos. É uma responsabilidade técnico-contratual firmada entre o gerenciador e o dono do empreendimento, sem se estender a terceiros, a executores de obras e serviços, a fornecedores de material ou equipamento para as construções. Não há, assim, identidade ou solidariedade alguma entre a responsabilidade dos construtores e a do gerenciador visto que cada um atua em área própria, como profissional ou empresa independente, respondendo cada qual pelo seu trabalho. Mas se os erros ou falhas no gerenciamento acarretarem prejuízos patrimoniais ao dono do empreendimento, responderá ele pela indenização devida, na forma da lei civil e em razão de sua culpa (Código Civil, arts. 159 e 1.059), como também responderá por faltas ético-profissionais, nos termos da Lei 5.194/66 (art. 72) e do Código de Ética Profissional (Resolução CONFEA 205/71).

Quanto à remuneração do gerenciador, pode ser estabelecida num percentual sobre o custo do empreendimento ou em quantia fixa para os trabalhos até a entrega da obra concluída, pagável nas épocas ou etapas ajustadas. A forma de pagamento é indiferente à caracterização do contrato de gerenciamento, pois o que o tipifica são os encargos técnicos de condução da obra em todas as fases de seu desenvolvimento.

V — VANTAGENS DO CONTRATO DE GERENCIAMENTO

Do exposto, conclui-se facilmente que o **contrato de gerenciamento** visa propiciar à Administração Pública uma **condução técnica especializada** dos grandes e complexos empreendimentos de engenharia, que exigem tecnologia especial e diversificada para sua realização. É notório que os órgãos públicos, as autarquias e as entidades paraestatais destinados a outras atividades, nem sempre possuem um corpo de especialistas para esses trabalhos de engenharia, com obras especiais e equipamentos sofisticados ainda pouco generalizados e conhecidos no serviço público.

Já se disse, e é a realidade, que esses empreendimentos envolvem tamanha variedade de fatores a serem controlados e dominados, que se torna impossível implantá-los corretamente sem o concurso de especialistas em administração, planejamento, programação e tecnologias especiais, e sem a integração operativa do "know how" de projetistas, construtores, fabricantes e montadores de equipamentos, fornecedores de materiais, e, em muitos casos, até mesmo técnicos em pré-operação.

Daí por que a execução desses empreendimentos requer uma autoridade única e capacitada para dirigir os diversos segmentos da obra, dando pronta solução aos problemas

tecnicos e administrativos que forem surgindo no decorrer dos trabalhos. Para tanto, são necessários recursos humanos qualificados e estrutura organizacional apropriada para planejar, dirigir, coordenar, controlar, fiscalizar e corrigir os múltiplos e diversificados desempenhos de todos os que se engajarem no projeto global da obra.

Além disso, é notório que o formalismo burocrático impõe, muitas vezes, sistemática e procedimentos técnicos e administrativos inadequados e superados para os trabalhos de tecnologia especial, tornando a construção morosa, onerosa e sem funcionalidade objetivada pela Administração Pública, bem diferente do que ocorre na iniciativa privada e na prática empresarial em que a especialização e a simplificação de métodos e rotinas agilizam os serviços e reduzem os custos construtivos e operacionais. E por derradeiro é de se considerar que o traspasse da **condução da obra pública** a uma organização particular especializada assegura a melhor técnica e alivia a Administração do aumento de servidores para um departamento estranho às suas atividades-fins.

Todas essas vantagens podem ser obtidas com a entrega da condução do empreendimento a uma empresa de engenharia, com capacitação técnica para gerenciar a obra e implantar o projeto na sua globalidade.

A TAXA C.D.O.

WALTER JOSÉ DIEHL

Professor aposentado de Direito Tributário na Faculdade de Ciências Políticas e Econômicas da UFRGS

Advogado em Porto Alegre

CLAUDIO OTÁVIO XAVIER

Advogado em Porto Alegre

O *INSTITUTO RIOGRANDENSE DO ARROZ (IRGA)* é uma autarquia criada e oficializada pelo Decreto-Lei nº 20, de 20 de junho de 1940, vinculada para todos os efeitos legais e administrativos à Secretaria de Estado dos Negócios da Economia.

Através do exame da Lei nº 533, de 31 de dezembro de 1948, atualmente em vigor, que disciplina as atividades da autarquia referida, verifica-se, pela leitura do seu artigo 3º, que constituem suas finalidades incentivar, coordenar e superintender a defesa da produção, da indústria e do comércio do arroz produzido no Estado.

Mais adiante, no artigo 4º do diploma aludido, lê-se que compete ao IRGA:

"a) — promover a defesa da orizicultura do Estado, a começar nos centros de produção e a terminar nos mercados de consumo, com a adoção de meios práticos, destinados a melhorar a produção, baratear o custo e regularizar-lhe o comércio, harmonizando os interesses dos produtores, dos industrialistas, dos comerciantes e dos consumidores.

b) — determinar providências no sentido de estabelecer o equilíbrio entre a produção e o consumo;

c) — propor ao Governo a criação de prêmios, taxas, quotas de sacrifício e quaisquer outras medidas, de caráter temporário ou permanente, necessárias à defesa e equilíbrio da produção;

d) — arrecadar e aplicar as taxas de cooperação e defesa e outras rendas que lhe forem atribuídas;

e) — organizar estatísticas da produção e do consumo interno e externo, bem como coligir todos os elementos elucidativos das atividades orizícolas no país e no estrangeiro;

f) — criar departamentos técnicos centrais ou regionais e manter os serviços administrativos indispensáveis ao perfeito desenvolvimento das suas atividades;

g) — organizar o registro obrigatório de todos os produtores industriais e comerciantes de arroz do Estado;

h) — aplicar e arrecadar multas, cominadas em lei, aos orizicultores, industriais e comerciantes de arroz;

i) — estudar os fretes, tarifas, impostos e taxas que recaem sobre o arroz desde a fonte de produção até a entrega nos mercados consumidores, sugerindo ao Governo as medidas, relativas ao assunto, que reputar convenientes;

j) — promover, executar e fiscalizar, em caráter privativo, no território do Estado, a padronização e classificação do arroz, regulada por lei estadual, ou prevista em lei federal que tenha sido, ou venha a ser atribuída ao Estado, cabendo-lhe, neste caso, a arrecadação e aplicação das respectivas taxas;

k) — fornecer certificado de qualidade para todo o arroz destinado ao comércio interestadual e à exportação, bem como, a pedido dos interessados, para qualquer partida de arroz armazenada no território do Estado;

l) — fomentar a criação de Cooperativas e Associações de produtores e auxiliá-las;

m) — criar, manter ou auxiliar estações experimentais, campos de multiplicação de sementes e ensaios de fertilizantes, granjas-modelo e escolas técnicas de orizicultura e mecânica agrícola;

n) — orientar os orizicultores e prestar-lhes assistência técnica;

o) — prestar assistência financeira, em caso excepcional, aos orizicultores, até o limite de 30% de reservas disponíveis, prevenindo-se com as cautelas e garantias necessárias;

p) — assegurar preço mínimo ao arroz e realizar operações comerciais com essa finalidade;

q) — emitir pareceres de natureza técnica aos financiadores sobre as lavouras dos orizicultores;

r) — promover a importação de máquinas agrícolas para fornecê-las pelo custo aos orizicultores;

s) — promover oportunamente o seguro das safras de arroz, ou propiciar garantias contra riscos da colheita;

t) — instalar depósitos para arroz e engenhos para beneficiamento onde não haja estabelecimentos de empresas privadas, ou havendo, não satisfaçam os justos interesses dos produtores;

u) — fiscalizar a qualidade das sementes empregadas no plantio, propiciando aos produtores novas linhas lançadas pela Estação Experimental do Arroz;

v) — fazer convênios com a Secretaria da Agricultura, Indústria e Comércio relativamente à análise de solos e de adubos, podendo ainda montar depósitos para a moagem e mistura de fertilizantes destinados à lavoura arrozeira;

x) — promover, a pedido dos lavoureiros, estudos e projetos de localização dos serviços e instalação de lavouras, mediante a indenização das despesas”.

Da leitura do artigo 25 da aludida Lei nº 533/48, verifica-se que a principal fonte de receita da Autarquia, de cuja arrecadação depende a sua sobrevivência, reside na denominada “Taxa de Cooperação e Defesa da Orizicultura”, mais conhecida como Taxa CDO.

Esse tributo, que sofreu inúmeras alterações, inicialmente calculado com base no preço mínimo do arroz, a partir das Leis 5.645/68 e 6.107/70 passou a ser cobrado em quantia fixa, por saco de 50 quilos de arroz em casca. Esse critério, segundo informa o Consulente, vigora atualmente.

Quanto ao “fato gerador” do tributo em questão, define-o a Lei nº 6.107/70, no seu artigo 1º, como sendo a utilização efetiva ou potencial dos serviços específicos e divisíveis que a autarquia presta ou põe à disposição dos produtores de arroz do Estado.

No que tange, por outro lado, ao contribuinte da taxa em exame, estabelece a Lei nº 5.645/68, no seu artigo 1º, § 2º, que “é contribuinte da taxa CDO o produtor de arroz, atribuindo-se a responsabilidade de cobrança e recolhimento do tributo ao beneficiador do arroz e ao exportador de arroz em casca”.

Adianta o consulente que alguns contribuintes ajuizaram “mandado de segurança” contra o seu Presidente, alegando a inconstitucionalidade e conseqüente ilegalidade da taxa em referência.

Os argumentos utilizados, de um modo geral e uniforme, são no sentido de que os serviços prestados ou postos à disposição dos contribuintes, custeados pelo referido tributo, não seriam divisíveis nem específicos, circunstância que por si só o descaracterizaria como taxa. Alegam, ainda, alguns impetrantes, haveria falta de identidade entre o seu fato gerador e a sua base de cálculo, que não guardariam a devida proporção entre o custo do serviço e o preço por ele cobrado do produtor, que é o seu contribuinte.

O consulente, para um melhor exame do assunto, envia-nos uma sentença, proferida em autos de um dos "mandados de segurança" aludidos, bem como certidão de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, com voto vencido, concessivos ambos do "writ".

Esses dois pronunciamentos judiciais, tanto um quanto outro, adotam o mesmo entendimento: a taxa seria ilegal porque os serviços que o consulente presta ou põe à disposição dos produtores não seriam divisíveis e específicos, além do que não haveria maior ligação entre a base de cálculo do tributo e o serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte.

Em face, pois, da relevância do assunto e do rumo que ameaça ele tomar, caso novas medidas judiciais venham a ser propostas, que poriam em risco a própria sobrevivência do IRGA, que tem na taxa CDO a sua principal fonte de receita, formula-nos ele a seguinte consulta:

1ª — *Os diversos serviços que o IRGA presta ou põe à disposição dos orizicultores rio-grandenses revestem-se de caráter específico e divisível a sua utilização efetiva ou potencial por aqueles contribuintes pode constituir fato gerador de uma taxa, nos moldes da Constituição Federal e Código Tributário Nacional?*

2ª — *A base de cálculo da chamada "Taxa CDO" guarda ligação com o seu fato gerador?*

3ª — *A circunstância de a responsabilidade da cobrança e conseqüente recolhimento da denominada Taxa CDO recair na pessoa do beneficiador ou exportador para o estrangeiro do arroz em casca, e não na do seu contribuinte, o orizicultor gaúcho, retiraria desse tributo a sua condição de taxa, ferindo algum dispositivo legal?*

A consulta ora apresentada passa, em seguida, a ser respondida nos termos do seguinte

PARECER

Para dar um caráter mais didático ao estudo a ser aqui desenvolvido, dividi-lo-emos em capítulos, que obedecerão a seguinte ordem:

1. — A FIGURA DE TAXA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO E DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, SEU ATUAL CONCEITO.

De início, um esclarecimento se impõe: a matéria objeto do presente parecer permitiria, devido sua natureza, um longo estudo, com análise das suas mais diversas facetas. Todavia, nos ateremos a abordar e responder apenas aqueles itens a respeito do qual fomos consultados.

Antes de qualquer consideração maior, no sentido de evitar um exame doutrinário tão pretérito, de nenhum sentido prático, deixaremos de examinar o conceito clássico da taxa, dado pela Lei nº 2.416, de 1940, que foi promulgada sancionando as recomendações da II Conferência Nacional de Técnicos em Contabilidade Pública e Assuntos Fazendários, tendo em vista que com o advento da Emenda Constitucional nº 18 de 01 de dezembro de 1965, que colocou em termos constitucionais o conceito de taxa, tal estudo tornou-se por demais acadêmico.

Aquela conceituação, que chegou a pôr em risco o próprio sistema tributário nacional, que pecava pela absoluta falta de técnica e pela total imprecisão terminológica, foi posta de lado com a vigência da aludida Emenda Constitucional nº 18, que no seu artigo 18, assim definiu o tributo taxa:

"Art. 18 — Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, cobrar taxas em função do exercício regular do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição".

Logo a seguir, em 25 de outubro de 1966, a Lei nº 5.172, que passou a denominar-se, nos termos do artigo 7º do Ato Complementar nº 36 de 31 de março de 1967, Código Tributário Nacional, ao dispor sobre o sistema Tributário Nacional, no seu título IV, cuidando das taxas, dispôs o seguinte sobre esse tributo, no seu artigo 77, "verbis":

"Art. 77 — As vezes cobrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição".

No parágrafo único desse artigo, dispõe o CTN, já com a redação dada pelo artigo 3º, alteração 10ª do Ato Complementar nº 34, de 31 de janeiro de 1967:

"Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas".

E, finalmente, a Emenda Constitucional nº 1, no seu artigo 18, estabeleceu, dispondo sobre o sistema tributário:

"Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

1 — taxas, arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição".

Como se verifica, tanto em face da Constituição como da Lei (CTN), o "fato gerador" da taxa é o exercício regular do poder de polícia, que não interessa para efeitos do presente parecer, ou "a utilização, efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição".

Essas as características da taxa, que passaremos a analisar em seguida.

Preliminarmente, iniciaremos nosso estudo afirmando que a taxa é o tributo cuja obrigação está direta e juridicamente vinculada a uma atividade do Estado, relacionada em especial com a figura do contribuinte. Tratando-se de uma obrigação "ex lege", a obrigação de pagar o tributo deve estar prevista em lei, havendo, de outro lado, a sua incidência quando se verificar o fato gerador.

Quanto a essa concepção básica, acima enunciada, não há nenhuma contestação tanto na doutrina estrangeira quanto pátria. Na Itália esta é a posição de PUGLIÈSE e demais membros da escola Pavia e de GIANNINI e seus adeptos. A mesma situação se registra no Brasil em que a natureza tributária da taxa está consagrada e erigida em norma de caráter constitucional e normativo.

Dito isto, e para melhor compreensão do conceito legal de taxa, vigorante no Brasil, é importante o exame da disposição constante do art. 79 do Código Tributário Nacional, que procura definir algumas cláusulas de que trata o seu artigo 77, esmiuçando, assim, a definição do tributo.

Estabelece claramente o aludido art. 79, "verbis":

"Art. 79 — Os serviços públicos a que se refere o art. 77, consideram-se:

I — utilizados pelo contribuinte:

a) — efetivamente, quando usufruídos a qualquer título;

b) — potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II — específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública.

III — divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários".

ALIOMAR BALEEIRO ("Direito Tributário Brasileiro", Forense, 1ª ed., pág. 311), comentando esse artigo, com a propriedade de sempre, afirma:

"Na segunda categoria, o contribuinte pede o serviço ou é obrigado a utilizá-lo, ou tem à sua disposição. O indivíduo racional quer e pede todos os serviços próprios à

higiene, à saúde pública, à incolumidade própria, da família ou de terceiros, etc. Mas se irracionalmente os recusa ou os negligencia, a lei pode obrigá-lo ao uso de tais serviços até no interesse da coletividade. Certos serviços trazem vantagem pela sua existência precisa, na previsão de que possam . . .".

É por isso então que a utilização do serviço custeado pela taxa pode ser **efetiva ou potencial**. Esse serviço, será ele **efetivo**, segundo o citado ALIOMAR BALEEIRO "quando ministrado ao contribuinte a qualquer título, isto é, porque lhe interessa ou porque deva sujeitar-se e ele por sua atividade em relação a terceiros. É potencial, quando compulsório, funcione efetivamente à disposição do contribuinte. Compulsório o pagamento, não o uso".

Como se vê, as taxas, como todos os tributos, são sempre obrigatórias, em virtude da decisão unilateral do Estado, detentor do "jus imperii".

O que pode ser voluntária ou obrigatória é a utilização, ou melhor dito, o funcionamento do serviço. Naturalmente os serviços que proporcionam vantagens diretas são demandados voluntariamente pelos beneficiados e os demais funcionam necessariamente de ofício.

Em todos os casos, a vontade do particular só serve para agrupar os serviços em obrigatórios e voluntários; porém, a obrigação de pagar a taxa é, como dissemos, independente daquela e depende da vontade unilateral do Estado, manifestada por seus órgãos legislativos, que estabeleceram, ou não, em um ou outro grupo de serviço, segundo os critérios políticos que estiverem mais adequados. É, pois, critério de utilização (efetiva ou potencial) dos serviços custeados pela taxa uma questão de política do Estado. Nada mais.

Examinando o primeiro requisito, ditado pelo artigo 79 do CTN, para que o serviço possa ser custeado pela taxa, passemos ao segundo, relativo ao seu caráter **específico**.

ALIOMAR BALEEIRO, (ob. cit. pág. 312) com a sua indiscutível autoridade, afirma que é **específico** o serviço "quando possa ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade ou de sua utilidade, ou de necessidade pública, que o justificou", citando como exemplo dessa especificidade a existência do corpo de bombeiros para o risco potencial de fogo.

Portanto, específico é aquele serviço que não tem caráter geral, que pode ser utilizado pela pessoa ou grupo de pessoas para satisfazer necessidade individual, particular.

"Serviço público específico", diz-lo BERNARDINO RIBEIRO DE MORAES, "é aquele que corresponde a interesses e necessidades individuais, "uti singuli", embora estas ligadas a interesses ou necessidades públicas".

.....

Serviços públicos especiais, também denominados específicos ou particulares, são aqueles que proporcionam vantagens ao indivíduo ou grupo de indivíduos. São serviços que objetivam o interesse de pessoas ou grupo de pessoas, que gozam deles "uti singuli", não "uti universi" ("A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro", págs. 97/98).

Finalmente, cabe analisar a terceira e última condição, estabelecida pelo artigo 79, III, do CTN, para que o serviço possa ser custeado pela taxa. É preciso seja ele **divisível**, isto é, quando suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários, como ocorre na expedição de certidão, por exemplo, onde o contribuinte se utiliza do serviço de forma individual, particular.

GABRIEL GIAMPETRO BORRÁS, autor talvez do estudo mais completo que existe sobre o instituto da taxa, em sua notável obra, "Las Tasas En La Hacienda Publica", abordando a figura da divisibilidade do serviço custeado pela taxa, afirma, à pág. 169 *"que servicio especial divisible es aquél susceptible de fraccionarse en prestaciones individualmente dispensables, vale decir, por personas; o sea divisibilidad del uso, como dice De Greef; y que necesidad divisible es aquella que admite ser trozada en sectores de medida cualesquiera fueren. La taxa responde, pues, para la concepción en estudio, a servicios y necesidades individuales y divisibles; es decir que, su destino reside en responder a la prestación de servicios de tal índole que satisfacen necesidades de dicha especie."*

Portanto, se o serviço é indivisível, falta-lhe um dos pressupostos básicos da taxa, já que não se poderá **individualizar** a pessoa ou grupo de pessoas que utiliza **particularmente** o serviço que dá lugar o seu funcionamento. Aliás, a lição de GUSTAVO INGROSSO, na sua conhecida obra, "Diritto Finanziario", ed. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, ano 1956, pág. 116, é oportuna, quando afirma, com propriedade, que a noção de taxa *"é fondata sulla distinzione fra servizi pubblici divisibili e servizi pubblici indivisibili. Divisibili sono definiti i servizi pubblici destinati a prestare utilità speciali ai singoli individui, i quali pertanto godono di quei servizi medesimi uti singuli (esempio tipico e di ampia estensione: la registrazione degli atti giuridici in libri pubblici). Indivisibili sono definiti i servizi pubblici che soddisfano bisogni generali: di essi gli individui si giovano in quanto fanno parte della collettività, uti universi (esempi tipici: la difesa dello Stato; il mantenimento dell'ordine interno; l'amministrazione della giustizia)".*

De todos esses conceitos, acima enunciados, e do exame da própria CTN, chega-se a uma só conclusão: de que os serviços que se constituem no fato gerador da taxa são serviços prestados a pessoas ou grupo de pessoas determinados, o que implica, necessariamente, em reconhecer-se que a característica do serviço está na sua **divisibilidade** em unidades de uso ou de consumo. Portanto, a condição necessária para a existência da taxa consiste no fato de que se haja produzido ou deva produzir-se a realização de um serviço público que interesse **pessoalmente** ao obrigado, conforme magistralmente ensina o extraordinário A.D. GIANNINI, na sua obra clássica "Instituzioni di Diritto Tributario", 7ª edição, Milan Giuffrè, 1956, tradução espanhola de Fernando Sáinz de Bujanda, Madrid, ed. Der. Fin., 1957, pág. 52.

Estudados, assim, em síntese, os princípios legais e teóricos da taxa, passamos, de imediato, ao exame prático e específico da chamada "Taxa de Cooperação e Defesa da Orizicultura", mais conhecida como "Taxa CDO", atualmente regulada pelas Leis Estaduais nºs 5.645, de 24 de setembro de 1968 e 6.107, de 07 de dezembro de 1970.

O primeiro desses diplomas, no seu artigo 1º, tem a seguinte redação, "verbis":

"Art. 1º — Passa a ter a seguinte redação o art. 25 da Lei nº 533, de 31 de dezembro de 1948, alterada pela Lei nº 4.059, de 29 de dezembro de 1960:

Art. 25 — É criada a Taxa de Cooperação e Defesa da Orizicultura (Taxa CDO), de Cr\$ 0,25 (vinte e cinco centavos), por saco com 50 (cincoenta) quilos de arroz em casca, devida ao Instituto Riograndense do Arroz, tendo por fato gerador a utilização efetiva ou potencial dos serviços específicos e divisíveis que a Autarquia presta ou põe à disposição dos produtores de arroz do Estado.

§ 1º — O produto da taxa CDO se destina à execução de medidas de defesa e estímulo da produção, concretizadas especialmente em planejamento técnico. . .

§ 2º — É contribuinte da Taxa CDO o produtor de arroz, atribuindo-se a responsabilidade de cobrança e recolhimento do tributo ao beneficiador do arroz e ao exportador de arroz em casca".

Posteriormente, em 07 de dezembro de 1970, a Lei nº 6.107 estabeleceu um novo valor para a chamada Taxa CDO, ut seu artigo 1º, atualmente em vigor, que dispõe:

"Art. 1º — A Taxa de Cooperação e Defesa da Orizicultura (Taxa CDO), de que trata a Lei nº 5.645, de 24 de setembro de 1968, é fixada em Cr\$ 0,30 (trinta centavos) por saco com 50 (cincoenta) quilos de arroz em casca, e é devida ao Instituto Riograndense do Arroz, tendo por fato gerador a utilização efetiva ou potencial dos serviços específicos e divisíveis que a Autarquia presta ou põe à disposição dos produtores de arroz do Estado".

Como se vê, é a partir da vigência desses dois diplomas, perfeitamente adaptados às novas normas, estabelecidas a partir da Emenda Constitucional nº 18 e Código Tributário Nacional, que cahe o exame da legalidade ou não da chamada taxa CDO. **Portanto, tudo aquilo que foi dito, estudado e decidido, inclusive pelo colendo Supremo Tribunal Federal, não tem nenhum valor para o presente estudo, porquanto o tributo em tela estava em desconformidade com a sistemática para ele estabelecida pelo Código Tributário Nacional, sendo inclusive, anteriormente, regulado por leis já completamente revogadas.**

Dito isso, passemos, de logo, a examinar o fato gerador da Taxa CDO.

A obrigação tributária, prevista no art. 113 e seguintes do CTN, surge com a ocorrência do fato gerador que é, no conceito de AMILCAR DE ARAUJO FALCÃO, "a cir-

cunstância ou o pressuposto de fato que o legislador indica como sendo capaz de dar lugar à incidência do tributo” ou então, no dizer do insigne RUBENS GOMES DE SOUSA “justamente a hipótese prevista na lei tributária em abstrato, isto é, em termos gerais e objetivamente, como dando origem à obrigação de pagar o tributo”.

Reprisando esses conceitos, o Código Tributário Nacional, cujo anteprojeto tem a redação do autor por último citado, no seu artigo 114 assim conceitua o instituto em questão:

“Art. 114 — Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

No que tange, portanto, à Taxa CDO, o fato gerador desta é a utilização ou potencial, por parte do produtor de arroz, dos serviços específicos e divisíveis que o IRGA presta ou põe à sua disposição.

Tecidas essas considerações, mais de ordem genérica e elucidativa, passaremos agora a examinar o ponto principal do presente parecer, que é aquele ligado ao caráter **específico e divisível** dos serviços de que trata o § 1º do art. 25, da Lei nº 533, de 31 de dezembro de 1960, e posteriormente pela Lei nº 5.645, de 24 de setembro de 1968, atualmente em vigor. Esse caráter, acima referido, tem sido negado por alguns julgados do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, principalmente pelo mais recente deles, proferido nos autos do Agravo de Petição nº 16.089.

Como já foi amplamente analisado no item anterior deste parecer, específico é aquele serviço que não tem caráter geral, que pode ser utilizado pela pessoa ou grupo de pessoas, para satisfazer necessidades individuais.

Da simples leitura dos diversos tipos de serviços que o IRGA presta ou põe à disposição do produtor, verifica-se facilmente que a utilização de qualquer um deles é “uti singuli”, podendo ser solicitada pelo contribuinte de modo particular.

Os serviços de segurança, por exemplo, cobertos por impostos, satisfazem necessidades de caráter genérico, sendo utilizados por toda a coletividade, de um modo geral, “uti universi”, portanto. Estão eles à disposição de todos os cidadãos, sem pagamento de qualquer taxa.

Todavia, no que tange aos serviços do IRGA, a situação é diferente. Preliminarmente, para solicitá-los, o beneficiário precisa satisfazer uma condição essencial: ser **orizicultor**, pois os serviços que a autarquia presta, ao contrário da Secretaria da Agricultura, de um modo geral, são de caráter estritamente particular (específico), destinados exclusivamente à **cultura do arroz**.

Como se vê, toda a atividade do IRGA, através dos diversos serviços que presta ou põe à disposição, é **dirigida**, toda ela, de forma única e exclusiva, ao seu usuário: o **orizicultor** sul-rio-grandense.

Não há dúvida, pois, que os serviços do IRGA são especiais, para atender a orizicultura, não se equiparando aos serviços gerais que o Estado presta, por intermédio da Secretaria da Agricultura, a **qualquer agricultor ou pecuarista**.

Conseqüentemente, por serem particulares, é que esses serviços são custeados pelos usuários efetivos ou potenciais, através da Taxa CDO.

Tão palpável é esse caráter específico dos serviços que o IRGA presta, que o acórdão prolatado nos autos do Agravo de Petição nº 16.089 não se arvora em contestá-lo. Apenas, vagamente, afirma serem eles **serviços gerais**, sem todavia justificar a razão de tal assertiva.

Será que o simples fato de ter um corpo de Agrônomos, funcionários especializados, que planejam lavouras, identificam pragas, arquitetam açudes, analisam solos, orientam e indicam a melhor técnica de adubagem e etc., serviços esses prestados ou postos à disposição exclusivamente dos orizicultores gaúchos, será que somente por isso o IRGA não presta um serviço específico, de natureza estritamente particular, que beneficia uma pessoa ou grupo de pessoas, individualmente, que se utilizam da autarquia “uti singuli”?

É verdade, como já foi dito acima, que a Secretaria da Agricultura pode prestar muitos serviços semelhantes aos do IRGA; serviços esses que interessam a todos os cidadãos dedicados à agricultura e à pecuária, de um modo geral. Esses serviços são custeados por impostos, tendo em vista que não pode o Poder Público identificar a quais os membros da coletividade eles beneficiam ou quem os provocou. Esses diversos serviços da Secretaria aludida estão ao alcance de qualquer cidadão.

Todavia, a situação já não será a mesma quando determinado grupo de cidadãos, perfeitamente identificado, utilizar-se de determinados serviços, pela sua natureza divisíveis e específicos.

O insigne jurista ALIOMAR BALEEIRO, hoje Ministro e Presidente do colendo Supremo Tribunal Federal, em parecer notável (RDA, vol. 79, págs. 437/451), que provocou a alteração da súmula nº 274, daquele alto sodalício, abordando o conceito de serviços públicos gerais e especiais, em certa passagem desse douto pronunciamento, em tudo semelhante à matéria sob exame, afirma com propriedade:

“A Justiça existe no interesse público da ordem, da paz e da segurança jurídica de todos e não porque João discute se Manoel lhe deve mil cruzeiros. A maior parte do custo da Justiça é coberto por impostos, mas isso não impede o Estado de reclamar taxa judiciária de cada João, que bate às portas do pretório. João não pode eximir-se disso, porque a Justiça foi instituída no interesse do povo todo, que direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, se beneficia com o seu funcionamento”.

Adaptando o exemplo supra, do notável mestre, poderíamos dizer que a Secretaria da Agricultura existe para nortear a política agrícola e pecuária do Estado, setores esses fundamentais da sua economia. Os serviços públicos que o Estado presta, através dessa Pasta, atingem a todos os cidadãos, não só agricultores, mas também consumidores, que encontram nos produtos agrícolas e animais a sua única fonte de subsistência.

Por isso, os serviços gerais, indivisíveis e inespecíficos, que a Secretaria da Agricultura presta são cobertos por impostos, pagos por todos os cidadãos, direta ou indiretamente.

Todavia, quando o Estado presta ou põe à disposição do **orizicultor** um serviço especializado, do qual este é o **único** beneficiário direto, não há dúvida lhe assiste direito de identificar uma remuneração por esse trabalho, que acarretou ao Poder Público uma despesa. O orizicultor pode não se socorrer nunca dos serviços do IRGA, mas a existência e conseqüente manutenção desse serviço, apto a prestar-lhe todos os benefícios, através dos seus diversos técnicos, funcionários, laboratórios, equipamentos e veículos, mantidos em permanente prontidão, "*constitui serviço e vantagem que especialmente lhe aproveita e reduz a um mínimo inevitável seus prejuízos e riscos*" (BALEIRO, Introdução à Ciência das Finanças, 3ª edição, 1964, pág. 212).

Finalmente, sintetizando o conceito de serviço **específico**, diríamos que é todo aquele que não é genérico, que não satisfaz necessidades gerais, comuns a todos os cidadãos, de forma indivisível, ao contrário, portanto, daquele prestado pelo IRGA, destinado a um único usuário: o **orizicultor** gaúcho.

2 – CONCEITO DE SERVIÇOS DIVISÍVEIS

O Código Tributário Nacional, no seu artigo 89, III, conceitua os serviços públicos como **divisíveis** "*quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários*".

Isto quer dizer, em última análise, que cada contribuinte da taxa pode, individual e particularmente, solicitar ao poder público que lhe preste, em caráter exclusivo, os serviços remunerados pelo referido tributo. Beneficia-se, pois, o contribuinte, de forma individual, se utiliza o serviço público.

Portanto, a contrário senso, são **indivisíveis** aqueles serviços públicos acerca dos quais não é possível determinar nem a vantagem nem a utilidade objetiva (ou seja a atribuída aos particulares) e é precisamente por essa natureza que se os chamam indivisíveis, para significar que, ainda resultando qualitativamente útil a todos, a parte útil extraída por cada um resulta indeterminável, conforme, com absoluta propriedade, ensina MAURO FASIANI, em sua obra "*Principi di Scienza delle Finanze*", 2ª edição, 1951, págs. 15, 20 e 21 – II).

Ora, os serviços enumerados no art. 1º da Lei nº 5.645, de 24 de setembro de 1968, prestados ou postos à disposição pelo IRGA aos produtores de arroz, são perfeitamente divisíveis, pois a parte útil que cada beneficiário aproveita é perfeitamente determinável. Qualquer orizicultor, individualmente, pode solicitar um, vários ou todos os diversos serviços da autarquia. Quando pede um projeto de açude ou solicita a identificação de qualquer doença ou praga, v.g., o orizicultor, **separadamente**, utiliza o serviço, auferindo, assim, vantagem individual, perfeitamente **divisível**.

O acatado jurista tributário GERALDO ATALIBA, em sua obra "*Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*", pág. 139, abordando a **divisibilidade** dos serviços custeados pela taxa, ensina:

"Na verdade, tão complexo é, na maioria das vezes, o cálculo do custo de um serviço, tão heterogêneos os componentes do mesmo, tão subjetivas as avaliações envolvidas – inclusive quanto ao número de funcionários e sua remuneração – que não se pode levar a sério a própria idéia de contraprestação. Outro tanto se diga da divisibilidade. De tal forma se coloca a questão que deve o jurista optar entre aceitar todo este empirismo, tomando-o como dado científico, ou enfrentar a realidade, sacudir dos ombros os preconceitos e elaborar teoria mais realista e mais consentânea com as exigências de novas concepções científicas".

De maneira idêntica entendem os acatados WILHELM GERLOFF e FRITZ NEUMARK, em sua obra "*Tratado de Finanzas*", Tomo II, ed. El Ateneo, Buenos Aires, pág. 172, que, com invulgar propriedade, afirmam, "*verbis*":

"En esto se destaca una diferencia notable que se encuentra en numerosas leyes sobre tasas y que consiste en que la concesión de un beneficio es para la recaudación de tasas sólo premisa en las tasas de utilización, pero no en las tasas de administración. El acto administrativo puede significar concesión de beneficio o puede incluirla, pero no tiene necesariamente que ser así. La concesión de beneficio, de acuerdo con una práctica muy difundida, en el caso de los actos administrativos, no es premisa para la provocación de la obligación de la tasa. En principio se suele sostener también, en los actos administrativos sujetos al pago de tasas, la ficción de que se realizan esencialmente en interés de determinadas personas, pero esto acontece especialmente donde predomina el fiscalismo de tasas, frecuentemente muy difícil o imposible de comprobar. Como sucede muchas veces, la práctica administrativa, también en el régimen de las tasas, se aleja bastante de la finalidad de la legislación. No faltan, además, explicaciones que creen poder interpretar una concesión de beneficio allí donde el sentido común no puede verlo".

É dessa forma, pois, que deve ser entendida a Taxa CDO. Os serviços por ela prestados têm destinatário certo e especificado sempre que a sua prestação se torna concretamente necessária. É, nesse sentido, como os demais serviços de utilidade pública (incêndio, água, luz, etc.), uma atividade divisível, específica e mensurável.

Neles, pois, se condensam as características de um serviço público especial, "uti singuli", e não as de um serviço global, "uti universi".

3 – FATO GERADOR – SUA RELAÇÃO COM A BASE DE CÁLCULO DA TAXA CDO

Antes de demonstrar a estreita ligação existente entre a "base de cálculo" da aludida taxa com o seu fato gerador, impõe-se, nos parece, para um estudo mais sistemático, analisemos o conceito de fato gerador, definido pelo art. 114 do Código Tributário Nacional como sendo "a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência".

É, pois, o fato gerador, segundo RUBENS GOMES DE SOUSA, relator do anteprojeto do Código Tributário Nacional, "justamente a hipótese prevista na lei tributária em abstrato, isto é, em termos gerais e objetivamente, como dando origem à obrigação de pagar o tributo".

Ora, o fato gerador da Taxa CDO, segundo o art. 25 da Lei n.º 533, de 31 de dezembro de 1948, com a nova redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 5.645, de 24 de setembro de 1968, é "a utilização efetiva e potencial dos serviços específicos e divisíveis que a Autarquia presta ou põe à disposição dos produtores de arroz do Estado". Logo, sempre que houver utilização efetiva ou potencial desses serviços, pelo contribuinte, há a ocorrência do fato gerador.

Está, pois, o fato gerador da Taxa CDO intimamente ligado aos serviços que o IRGA presta ou põe à disposição do orizicultor estadual. Haverá sempre incidência do tributo quando houver, por parte do produtor de arroz, utilização efetiva ou potencial de um ou mais serviços prestados ou postos à disposição do contribuinte pela Autarquia estadual. Existe, portanto, estreita ligação entre o fato gerador da taxa e os serviços por ela custeados (v. FALCÃO, "Introdução", pág. 152).

De outro lado, convém frisar, existe ligação (e íntima) entre o fato gerador da Taxa CDO e a sua base de cálculo (arroz), circunstância negada pelo mais recente acórdão, não unânime, da egrégia 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, relatado pelo eminente Des. Paulo Barbosa Lessa, sem dúvida uma das mais altas expressões daquela douta Corte Rio-grandense.

Inobstante a inteligência e profunda sensibilidade jurídica desse culto magistrado, ousamos dissentir do seu respeitável voto, que incorreu no equívoco de separar, como institutos distintos, o "fato gerador" e a "base de cálculo", quando, na realidade, esta é apenas elemento daquele. Segundo RUY BARBOSA NOGUEIRA (Revista de Direito Administrativo vol 100, pág. 527), a base de cálculo nada mais é do que o elemento valorativo do fato gerador. "Este elemento se compõe da alíquota e da base de cálculo".

Portanto, a base de cálculo nada mais é do que a expressão econômica do fato gerador. Integra-o, pois. Entre as diversas hipóteses de incidência ao alcance do legislador eleger ele uma delas, que serve de base para a incidência do tributo, que terá depois o seu "quantum" identificado pela alíquota correspondente, que poderá, por sua vez, ser específica ou "ad valorem".

Na hipótese em exame, a base de cálculo da Taxa CDO é o arroz em casca, cereal para cuja produção todos os serviços do IRGA estão voltados, de forma específica e divisível. Aliás, a própria razão de existir da Autarquia é a cultura do arroz e, conseqüentemente, o orizicultor estadual.

Nada mais lógico, por isso; que a taxa tenha a sua base de incidência justamente no arroz em casca.

O insigne A.D. GIANNINI, na sua obra clássica, "Instituzioni de Diritto Tributario", 5ª ed. pág. 70 e segs., abordando a figura da base de cálculo, em vernáculo, ensina ser ela "o critério estabelecido na lei fiscal para determinar a quantia devida pelo contribuinte, uma vez verificada a ocorrência do fato gerador. Em certos casos o critério se reduz à determinação de uma importância, a ser cobrada invariavelmente do contribuinte; em outros, chega a ser uma operação matemática, de maior ou menor complexidade que permite traduzir em dinheiro certas variáveis, tornando o imposto proporcional ou progressivo".

Outra também não é a lição de LOPES BERENGER, em sua obra intitulada "Las Bases Liquidables en El Impuesto Del Timbre", Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1956, pág. 11, referindo-se à base de cálculo, define-a como "la medida de una cierta dimensión del objeto del impuesto, que sirve para concretar la cuantia de la deuda tributaria, mediante la aplicación del tipo fiscal correspondiente".

Outro, por sua vez, não é o entendimento do acatado tributarista italiano, GUSTAVO INGROSSO, quando sustenta em sua conhecida obra, "Diritto Finanziario", Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, pág. 100, n.º 154, que:

"c) — La misura. Misura della imposta è la quantità di denaro che il soggetto deve pagare. Essa viene determinata mercè un calcolo aritmetico. La cosa o l'atto o il fatto che è oggetto d'imposta hanno un valore pecuniario, che si esprime consequentemente in cifre. Questo valore è le base del calcolo di misurazione, e si chiama valore imponibile".

No mesmo sentido ALBERT HENSEL (Enziklopädie der Recht — und Staatswissenschaft, vol. 28, Steuerrecht, Berlin, 1933, pág. 60) e CORTES DOMINGUES (Ordenamiento Tributario Español, Editorial Tecnos, Madrid, 1967, item 5. Los procedimientos de determinación de la base, pág. 502), referidos por RUY BARBOSA NOGUEIRA, em "Revista de Direito Administrativo", vol. 100, pág. 529.

Dessa mesma linha de pensamento não foge a doutrina brasileira que procurou na estrangeira, principalmente italiana, sua fonte de inspiração.

RUBENS GOMES DE SOUSA, sem dúvida o mais destacado e acatado dos tributaristas pátrios, conceitua a base de cálculo como sendo *"o critério adotado pela lei fiscal para avaliar em termos de dinheiro a situação material ou jurídica que dá lugar à sua incidência, e assim determinar em cada caso, pela aplicação da alíquota prevista em lei, o montante devido pelo contribuinte"*.

Na situação em estudo, o arroz em casca, em saco de 50 (cincoenta) quilos, é a base que a Lei nº 6.107, de 07 de dezembro de 1970, utiliza para apurar, em termos de dinheiro, o objeto material do fato gerador, determinando, assim, em cada caso, através da alíquota Cr\$ 0,30 por caso, o "quantum" da taxa.

Como se vê, a obrigação tributária de pagar a Taxa CDO é "ex lege", posto que criada por lei proveniente do Legislativo. O seu fato gerador está intimamente ligado aos serviços prestados ou postos à disposição do orizicultor, pelo IRGA.

Tanto é verdade que a taxa em referência somente é devida quando houver utilização efetiva ou potencial, pelo contribuinte, dos serviços por ela custeados.

Evidente e incontestado, de outro lado, a estreita ligação entre o fato gerador da taxa e a sua base de cálculo, o arroz em casca.

Conforme já se disse acima, toda a estrutura do IRGA, todos os seus diversos serviços, toda a sua finalidade, todos os seus técnicos, enfim, todo o seu objetivo é um só e específico: a cultura do arroz. O próprio nome da Autarquia resume tudo: INSTITUTO RIOGRANDENSE DO ARROZ. O beneficiário dos serviços, por outro lado, é um só, que os aproveita em caráter exclusivo: o **orizicultor** estadual, isto é, o produtor do **arroz**. Portanto, nada mais lógico e evidente que o legislador tenha escolhido o **arroz** em casca, cereal que é a razão de existir do IRGA, e para o qual estão voltados seus serviços, como base de incidência do tributo.

Para a escolha da base de cálculo do tributo há dois critérios, di-lo RUBENS GOMES DE SOUSA: (a) *Por mera referência direta ao próprio pressuposto material da incidência, como por exemplo no imposto estadual de vendas e consignações, que a lei manda calcular sobre o valor de cada uma das operações dessa natureza, praticadas pelo contribuinte; ou (b) Por mera referência a elementos que, sendo integrantes do pressuposto material da incidência, ou dele dependentes, permitam apurar o seu valor econômico, como por exemplo no imposto municipal de licença, que a lei manda calcular tendo em vista o tipo de atividade exercida, a localização do estabelecimento, ou outros fatores semelhantes" (Imposto de Indústria e Profissões — Razões e Pareceres — 1957, pág. 228).*

O critério adotado pelo legislador estadual para definir a base de cálculo da Taxa CDO foi o segundo, referido na lição supra transcrita, pois o pressuposto material da in-

cidência (prestação de serviços) não se confunde com a base de incidência. Todavia, embora ela não se confunda, o fator adotado pela lei como base de cálculo (arroz em casca), como ensina RUBENS GOMES DE SOUSA (obra e pág. citadas) é um elemento **integrante** ou uma **decorrência** necessária daquele pressuposto.

Aliás, adapta-se como uma luva ao presente parecer a lição do insigne tributarista espanhol, FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, que em sua conhecida obra, "Hacienda Y Derecho", vol. IV, Instituto de Estudios Políticos", Madrid, 1966, pág. 389, abordando a figura da base de cálculo, com notável propriedade, afirma:

"Efectivamente, existen casos en los que para determinar la cuantía de la deuda no se procede a medir el objeto material del hecho imponible, gerador de la obligación tributaria, sino que se utilizan ciertos índices que son extraños al hecho imponible, en el sentido de que no son elementos constitutivos suyos, sino puros instrumentos de cuantificación de la deuda, y no presupuestos para su nacimiento".

Esses instrumentos de quantificação da dívida, a que se refere SAINZ DE BUJANDA, são os mesmos que o notável ANTONIO BERLIRI, "Principali di Diritto Tributario", vol 2, Milano, Dott. A. Giuffrè — Editore, 1952, pág. 252, denominava de **parâmetro**:

"al il parametro può esser costituito da una grandezza valutabile in danaro (detta comunemente base imponibile) alla quale si applica, per ottenere il tributo dovuto nel singolo caso, una percentuale all'uopo stabilita (aliquota in senso stretto)".

No que tange à Taxa CDO, a lei nada mais fez do que prever a aplicação da alíquota fixa e constante, de Cr\$ 0,30, à base de cálculo, que é o saco do arroz em casca. Esse é pois o "parâmetro" previsto na lei estadual nº 6.107, de 07 de dezembro de 1970.

Demonstrado está, pois, em face das doutrinas estrangeira e nacional e diante da própria lei, que a base de cálculo da Taxa CDO está intimamente ligada ao seu fato gerador, que é a utilização efetiva ou potencial dos serviços que o IRGA presta ou põe à disposição do orizicultor estadual. Pois o arroz em casca, fator básico da incidência, é um elemento preponderante na ocorrência do fato gerador, ou, melhor dito, é uma *"decorrência necessária daquele pressuposto"*.

Portanto, ficou inequivocamente demonstrado que não se pode caracterizar um tributo através do simples exame da sua base de cálculo, como entendeu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado, principalmente se se considerar que o legislador pode usar qualquer **critério** para identificar o "quantum" da taxa, não podendo apenas tomar como base de cálculo *"a que tenha servido para incidência dos impostos"*, ut § 2º, art. 18 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

É, pois, a base de cálculo apenas uma técnica de que se serve o legislador para estabelecer ou tarifar as alíquotas, usando as palavras de ALIOMAR BALEEIRO (obr. e pág. citadas).

Tanto isso é verdade que o colendo Supremo Tribunal Federal, revogando a Súmula 274, passou a entender que a taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco é constitucional, mesmo não havendo a mínima ligação entre o seu fato gerador e a sua base de cálculo, ut Súmula 549.

Nem se diga, por outro lado, que a base de cálculo da Taxa CDO é a mesma do imposto sobre circulação de mercadorias. Absolutamente. Pois neste ela incide sobre o valor da mercadoria, ao passo que naquela incide sobre o **saco de arroz em casca**, pouco importando o seu valor, que poderá ser um ou outro, expressivo ou inexpressivo. No ICM, quanto maior o valor da mercadoria mais elevado será o seu "quantum", ao passo que na taxa este permanece estável, pois será sempre de **Cr\$ 0,30 por unidade**, isto é, por saco de arroz em casca. A variação do "quantum" da taxa é proporcional ao número e não ao valor dos sacos de arroz em casca.

Demonstrado está, portanto, que o fato gerador e a base de cálculo da Taxa CDO não se confundem com os de nenhum imposto.

4 – A FIGURA DO RESPONSÁVEL PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – SUA LEGALIDADE EM FACE DO CTN

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 121, I e II, claramente dispõe:

"Art. 121 – Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único: – O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – Contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – Responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei".

Geralmente, e na maior parte das vezes, a figura do sujeito passivo da obrigação tributária recai na pessoa do contribuinte. Todavia, situações ocorrem em que se torna difícil ao Poder Público, face a uma série enorme de fatores, fiscalizar, devido a atividade desempenhada pelo contribuinte, a incidência e conseqüente arrecadação do tributo. Por isso o Código Tributário Nacional, no II do seu art. 121, facultou ao Poder Público cobrar o tributo de outra pessoa que não o seu contribuinte legal. Trata-se, pois, de uma mera autorização, calcada num princípio de política fiscal. Nada mais.

Para que a responsabilidade de pagamento do tributo recaia em outra pessoa, estranha à relação tributária, basta apenas que tal exigência conste de lei. Nada mais. *"In questi casi l'obbligazione non ha per causa giuridica il beneficio che al contribuente deriva dalla prestazione statale, ma è una pura obbligazione ex lege, che colpisce tutti i partecipanti ad un determinato atto".* (MARIO PUGLIESE, "Le Tasse", Casa Editrice Dott. A. Milani – Padova, 1930, pág. 90).

Aliás, essa técnica de substituição de sujeito passivo da obrigação tributária traz vantagens para o fisco e contribuinte. Os Estados recorrem à essa técnica administrativa por três razões que, segundo JUAN JOSÉ PERULLES BASSAS, in "Manual de Derecho Fiscal", Libreria Bosch, Barcelona, 1961, pág. 285, seriam as seguintes: *"la necesidad de asegurar la efectividad de toda exacción, por lo que se estima conveniente para aquellos supuestos en los que la renta imponible se hace efectiva por una persona distinta de la considerada como sujeto pasivo del impuesto, hace recaer la obligación tributaria sobre la primera de dichas personas; la conveniencia, de limitar los contribuyentes al número más reducido posible, lo que evidentemente se consigue estableciendo la tributación sobre la persona que abona las rentas; y el aprovechar la coincidencia de intereses paralelos a los del Fisco, puesto que si las bases de un impuesto, constituyen cantidades a minorar en el objeto de gravamen de otra exacción, indudablemente la persona afectada por esta última tendrá interés en que las primeras sean sometidas a gravamen".*

Assim sendo, a lei estadual de nº 5.645, de 24 de setembro de 1968, objetivando facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo e diminuindo com isso o seu custo operacional, reduziu o número de responsáveis pelo pagamento do tributo, fazendo, como lhe facultava o CTN, com que a cobrança e conseqüente pagamento da Taxa CDO recaíssem sobre o **beneficiador e o exportador do arroz em casca**:

"Art. 1º – Passa a ter a seguinte redação o art. 25 da Lei nº 533, de 31 de dezembro de 1948, alterada pela Lei nº 4.059, de 29 de dezembro de 1960:

Art. 25 –

§ 2º – É contribuinte da Taxa CDO o produtor de arroz, atribuindo-se a responsabilidade de cobrança e recolhimento do tributo ao beneficiador de arroz e ao exportador do arroz em casca". (grifamos)

Tem-se, assim, que a substituição representa uma subrogação *ex-lege* de um sujeito passivo substituto a um outro que possui capacidade contributiva que normalmente faz surgir a obrigação tributária (substituído) – *"La surroga ex lege di in soggetto pasivo (substituto) – ad un altro che possiede la capacità contributiva che normalmente fa sorgere l'obbligazione tributaria (sostituito)"*, conforme TESORO, in "Principi di Diritto Tributario", 1938, pág. 103).

Tecidas essas considerações, torna-se fácil compreender porque o legislador estadual escolheu o arroz em casca como base de cálculo para a Taxa CDO. É porque o arroz

em casca está ligado ao seu beneficiador e ao seu exportador, é a mercadoria com que um e outro negociam. Não haveria condições técnicas de incidência e cobrança se outra fosse a base de cálculo da taxa, uma vez que quem utiliza efetiva ou potencialmente os serviços do IRGA é o orizicultor, verdadeiro contribuinte do tributo em questão.

Por outro lado, o arroz em casca é o elo de união entre o produtor (contribuinte) e o beneficiador ou exportador (substitutos legais). O produto (arroz) é, portanto, comum a ambos.

Quanto ao mais, sobre a legalidade do critério de substituição do sujeito passivo da obrigação tributária, reportamo-nos a BERLIRI, obra citada, vol. 2, págs. 121 a 150, PUGLIESE, obra citada, págs. 90 a 97, e especialmente RUBENS GOMES DE SOUSA, que, sob esse ângulo, esgotou a matéria, proferindo magistral parecer sobre a Taxa CDO, publicado na última "Revista de Direito Público", vol. 16, págs. 346/353.

CONCLUSÃO

De todo o exposto passemos, em seguida, a responder da seguinte maneira às perguntas a nós formuladas.

1ª Pergunta: — Os diversos serviços que o IRGA presta ou põe à disposição dos orizicultores rio-grandenses revestem-se de caráter específico e divisível e sua utilização efetiva ou potencial, por aqueles contribuintes, pode constituir fato gerador de uma taxa, nos moldes da Constituição Federal e Código Tributário Nacional?

Resposta: — O legislador, obedecidos os princípios gerais de direito, é livre para criar serviços especiais e divisíveis, que venham a beneficiar toda uma classe de pessoas, individual ou coletivamente.

Os recursos necessários à manutenção de tais serviços, aconselha a melhor técnica, serão havidos através de taxas, as quais terão de se subordinar às normas legais vigentes, contidas nos artigos 18, § 2º da Constituição Federal e 77 e 79 do Código Tributário Nacional, como fez o Estado do Rio Grande do Sul, instituindo a Taxa objeto do presente parecer.

Os diversos serviços que o IRGA compulsoriamente presta ou põe à disposição dos orizicultores rio-grandenses, por serem especiais, por não alcançarem a toda a coletividade indistintamente, mas a uma parcela delas, os orizicultores, que deles podem se aproveitar particularmente, constituem, no nosso entender, fato gerador de taxa e não de imposto.

A Lei nº 533, de 31 de dezembro de 1948, depois das alterações introduzidas, que culminaram com as previstas na Lei nº 6.107, de 07 de dezembro

de 1970, adaptou-se completamente à sistemática do Código Tributário Nacional, não apresentando, na parte consultada, nenhuma disposição infringente da Constituição Federal ou de qualquer lei nacional, de caráter normativo.

2ª Pergunta: A base de cálculo da chamada Taxa CDO guarda ligação com o seu fato gerador?

Resposta: A fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo são requisitos que só a lei, proveniente do Legislativo, pode estabelecer, di-lo o art. 97, IV, do CTN.

Essas duas condições foram atendidas pela Lei nº 5.645, de 24 de setembro de 1968.

Quanto à ligação entre o fato gerador da taxa e a sua base de cálculo, afirmamo-la existente, pois há extrema intimidade entre os serviços prestados ou postos à disposição pelo IRGA, cuja utilização efetiva ou potencial constitui fato gerador do tributo, e a sua base de cálculo, arroz em casca.

Num e noutro o fator arroz prepondera, pois tanto os serviços prestados pelo IRGA como o elemento básico para o cálculo do "quantum" da Taxa é um só, o mesmo: ARROZ.

Nesse sentido, embora na matéria em estudo exista ligação íntima entre o fato gerador da Taxa CDO e a sua base de cálculo (arroz em casca), a resposta à pergunta acima é confortada pelo entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal que, em sua constituição plenária, ao apreciar o RMS nº 16.163, relatado pelo eminente Ministro Eloy da Rocha, cujo acórdão deu margem à Súmula 549, revogatória da de nº 274, decidiu bastar "que o serviço seja posto à disposição do contribuinte, para que haja incidência da taxa, sem necessidade de correspondência entre o efetivo serviço e a exigência tributária (R.D.A., vol. 101, pág. 85).

E não se diga, por outro lado, que o acórdão em tela só se aplicaria a situações anteriores à Emenda Constitucional nº 18, como era o caso da "Taxa de Bombeiros", cobrada pelo Estado de Pernambuco. Absolutamente. O Ministro Hermes Lima, proferindo o seu erudito voto, no recurso acima referido, examinou a taxa citada à luz da Constituição de 1967, não lhe vislumbrando nenhuma inconstitucionalidade pelo fato da sua base de cálculo ser aparentemente estranha ao seu fato gerador. Disse aquele Ministro, referindo-se à base de cálculo da "Taxa de Bombeiros", que ela é apenas "um critério para taxar um serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à disposição dele" (Rev. cit. pág. 88).

Finalmente, o insigne tributarista THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, ao proferir seu voto sobre a matéria citada, referindo-se à base de cálculo da taxa, afirmou doutamente que "o critério aditado pela Lei para fixar o montante da taxa é apenas um critério que não estabelece nenhuma subordinação a imposto" (RDA 101, pág. 93).

Conseqüentemente, a base de cálculo (arroz em casca), eleita pelo legislador estadual para cobrar a Taxa CDO "é apenas um critério prático e cômodo de arrecadação", para usar os termos do Ministro Victor Nunes Leal (RDA, vol. 89, pág. 94), que não se confunde com nenhuma base de cálculo "que tenha servido para a incidência dos impostos", o que é vedado pelo § 2º, artigo 18 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

3ª Pergunta: A circunstância de a responsabilidade de cobrança e conseqüente recolhimento da denominada Taxa CDO recair nas pessoas do beneficiador ou exportador de arroz em casca, e não na do seu contribuinte, o orizicultor, retiraria desse tributo a sua condição de taxa, ferindo algum dispositivo de lei?

Resposta: A única condição para que terceiro não contribuinte assuma a responsabilidade de arrecadar e pagar um tributo é que essa obrigação conste expressamente de lei, ut artigos 121, II e 128 do Código Tributário Nacional.

No caso em exame, essa obrigação do beneficiador ou exportador do arroz em casca seria, um ou outro, dependendo das circunstâncias, o responsável pela cobrança e recolhimento da Taxa CDO, como está expressamente previsto na Lei nº 5.645, de 24 de setembro de 1968, fato que por si só lhe retira qualquer eiva de possível ilegalidade.

Esse o nosso parecer sobre a matéria consultada,

S.M.J.

CONTRATAÇÕES DAS EMPRESAS GOVERNAMENTAIS

ORLANDO CARLOS GANDOLFO
Procurador do Estado de São Paulo
Assessor Jurídico do Presidente da DERSA
(Desenvolvimento Rodoviário S. A.)

1. Consulta o Senhor Diretor-Presidente a respeito dos princípios gerais que, em tese, regem os contratos de obras e serviços da DERSA, seus aditamentos e pagamentos, inclusive quando, em relação aos últimos, o resultado da medição final ultrapassar o valor da avença.

2. Dispõe a Constituição do Brasil que as empresas públicas e as sociedades de economia mista regem-se pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito das obrigações, "in verbis":

Art. 170 — (omissis).

§ 2º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

3. Funcionam ditas empresas, assim, segundo os métodos da empresa privada.

4. A Constituição do Estado, — e não poderia ser de modo diferente —, repete o preceito aludido, fazendo-o, porém, nos seguintes termos:

Art. 124 — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho.

5. PONTES DE MIRANDA, reportando-se a essas empresas diz: "... são empresas particulares, e só excepcionalmente se plubicizariam" (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969", 2ª ed., Tomo VI, pág. 291, nº 3).

6. No que tange ao seu giro mercantil, a DERSA e as empresas congêneres funcionam, portanto, segundo os métodos da empresa privada, visando, como diz a Constituição do Estado, "à maior eficiência e redução dos custos operacionais" (art. 70).

7. São sociedades comerciais, regidas pelo Direito das Obrigações, ramo do Direito Privado. Não entidades administrativas, regidas pelo Direito Administrativo, ramo do Direito Público.

8. A Lei nº 6.404, de 15.12.76, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, reza: "Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio" (art. 2º, § 1º). E, mais adiante, ao tratar da sociedade de economia mista, que considera modalidade de sociedade anônima: "As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições de lei federal" (art. 235).

9. Os contratos de obras e serviços que a DERSA celebra, quase todos na base de preços unitários, fato que redundava em valor estimado, e não preço global fixo, são, por conseguinte, contratos comerciais, submetidos às leis e usos do comércio. Jamais contratos administrativos, submetidos à Lei das Licitações Públicas. Com efeito, assentou o Poder Judiciário:

"A obrigatoriedade de licitação só abrange a chamada "administração direta" e as autarquias, liberando de concorrência as sociedades de economia mista, pertencentes à administração indireta" (Ag. Pet. nº 206.895, SP., ac. da 3ª C. Civ. do TJE/SP, v. u., ac. de 06.04.72, Res. Des. BOMFIM PONTES, in RDA 111/294).

10. Por isso, em outra oportunidade, dissemos, e ora reiteramos: "À vista disso, mesmo para os que consideram sociedade de economia mista as empresas nas quais o Estado-membro ou Município detêm controle acionário, elas, ainda assim, sujeitas não estão ao regime das licitações públicas, devendo, antes, operar segundo as normas próprias das empresas privadas (Constituição do Brasil, art. 170 § 2º)" (Parecer in "A Natureza Jurídica da DERSA — Pareceres — Legislação", pág. 12, nº 23; RDP. 13/136, nº 23).

11. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, em parecer (RDA 86/304) que proferiu na qualidade de Consultor-Geral da República, aprovada pelo Presidente da República, elucida: "Não resta a menor dúvida sobre o regime legal desse tipo de sociedade (sociedade de economia mista), que, não obstante dela participar o Poder Público, se rege pelos princípios do direito privado, sujeita às normas baixadas para as sociedades de capital de cunho mercantil, como aliás, ensinam consagrados tratadistas: RAFAEL BIELSA, Derecho Administrativo, pág. 593; BENJAMIN VILEGA BASAVILBASO, Derecho Administrativo, Vol. II, pág. 701; RIPPER, Droit Commercial, pág. 587; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, Traité Élémentaire de Droit Administratif, pág. 602, citados por CARLOS MEDEIROS DA SILVA, em seu Parecer nº 246-T, in Pareceres do Consultor Geral da República, vol. 52, pág. 379".

12. JOSÉ NAZARÉ TEIXEIRA DIAS ressalta, de seu turno, a preocupação que se constata na esfera federal em bem caracterizar as entidades da Administração Indireta, impedindo, a todo preço, que se queira sujeitá-las às regras habituais e gerais do Serviço Público Federal, que se destinam à Administração Direta, chamando a atenção para o mani-

feito propósito da lei "em propiciar às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento e de operações idênticas às do setor privado" ("A Reforma Administrativa de 1967", 2ª ed., FGV, págs. 78/79).

13. Não distoa o magistério de CAIO TÁCITO. Respondendo consulta que lhe foi formulada pela DERSA, elucida, em parecer de 11.04.73: "As normas supletivas da legislação paulista são subsidiárias do comando maior, emanado da Constituição Federal e a sua inteligência não tolera um sentido contrário, ou revocatório, do princípio superior de que a atividade negocial das empresas do Estado deve se guiar pelos métodos da empresa privada e inspirar-se no direito comum das obrigações," para concluir: "Os princípios da licitação a serem adotados, estatutariamente, como meio de preservar a moralidade administrativa e o controle da gestão dos investimentos públicos, capitalizados na sociedade, devem ser incorporados com o comedimento necessário a não perturbar o caráter empresarial das entidades em causa."

14. Mais adiante, diz, ainda, o festejado administrativista: "O art. 3º do Decreto-Lei Complementar, nº 7, prescreve que as compras, obras ou serviços das entidades descentralizadas se façam segundo os princípios da licitação. Não se trata de submeter esses negócios jurídicos ao procedimento das licitações públicas, próprios dos órgãos da administração direta," dizendo mais: "Apenas o regime de direito privado das empresas públicas e sociedades de economia mista tem o princípio da autonomia da vontade condicionado pelo princípio da licitação," para elucidar, ainda: "De outra parte, o equilíbrio entre esses dois princípios terá como critério de aplicação prática, em cada caso, a regra do art. 80 da Lei nº 89, de 1972 (substitutiva de igual disposição do art. 79 da Lei nº 10.395, de 1970) que manda ajuizar da possibilidade e conveniência de submeter às normas sobre licitação as obras, serviços e compras das sociedades sob controle majoritário do Estado e das empresas públicas."

15. Dos ensinamentos de CAIO TÁCITO (RDA 113/350), HELY LOPES MEIRELLES ("Licitação e Contrato Administrativo", pág. 11, 2ª ed.), ANTONIO MARCELLO DA SILVA ("Modalidade de Licitação — Obrigatoriedade e dispensa", in "Estudos sobre a Lei Paulista nº 10.395/70", pág. 61 e "Contratações Administrativas", pág. 53), CARLOS S. BARROS JÚNIOR ("Concorrência Pública — Sociedade de Economia Mista", in RDA 80/395), CARLOS LEOPOLDO DAYRELL ("Das Licitações na Administração Pública", pág. 17), ADILSON ABREU DALLARI ("Aspectos Jurídicos da Licitação", pág. B) e tantos outros juristas, colhe-se, portanto: atender aos princípios da licitação significa, basicamente — assim na licitação pública "stricto sensu", como no que denominamos "licitação comercial com publicidade" —, despertar a competição dos proponentes de modo a ensejar à administração pública e seus órgãos, inclusive quando revestidos da personalidade jurídica de direito privado, oportunidade de contratar em condições vantajosas ao interesse público.

16. Para a sociedade de economia mista, empresa estatal, sociedade governamental, ou denominação que se lhe queira dar, vigora, portanto, e, em tese, o princípio da livre con-

tratação, devendo a entidade, contudo, "sempre que possível e conveniente" (art. 80, da Lei 89/72), adotar "os princípios da licitação" (DLC nº 7/69, art. 3º, III, "a").

17. Mas, a medida há de ser tomada por deliberação dos órgãos da sociedade, que incluirão a respectiva norma no estatuto social ou regulamento interno, não tendo a lei atuação direta na empresa (nosso parecer in RPG/SP, Vol. 5, pág. 107, nº 66).

18. Com flagrante pecha de inconstitucionalidade, por afrontar o disposto no art. 170, § 2º, da Lei Maior, está marcado, por conseguinte, não obstante os elevados propósitos que o animam, o projeto de lei apresentado à augusta Assembléia Legislativa pelo nobre Deputado FLÁVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, que, invés de aludir apenas "aos princípios da licitação", que, de resto já consta do DLC 7/69, pretende a seguinte redação para o atual artigo 80 da Lei nº 89, de 27.12.72: "As normas desta lei aplicam-se obrigatoriamente às obras, serviços e compras feitas pelas fundações mantidas pelo Estado, sociedades sob controle majoritário do Estado e empresas públicas estaduais, devendo constar expressamente dos respectivos editais e convites essa circunstância" (Projeto de Lei nº 218/79, in D. O. de 22.05.79, pág. 66).

19. HELY LOPES MEIRELLES, em parecer de 14.01.75, esclarece: "A DERSA, como entidade paraestatal — sociedade por ações com controle acionário do Estado — não está sujeita, para suas contratações, a qualquer das modalidades de licitação estabelecidas pelo Decreto-lei 200/67 ou pela Lei Estadual 89/72, podendo selecionar seus proponentes por sistema próprio e compatível com sua atividade empresarial, desde que não contrarie mandamento constitucional ou disposição legal de direito privado que lhe seja aplicável, e observe ao seu edital" (RDA 122/406) (grifos nossos).

20. ANTONIO MARCELO DA SILVA: "Isto quer dizer que, embora desobrigadas, aquelas pessoas de direito privado (sociedades submetidas ao controle acionário do Estado) poderão adotar o princípio da licitação e as normas da Lei nº 10.395 (atual Lei 89, de 27.12.72) como regra, em seus atos constitutivos e estatutos. Enquanto não os adotarem, continuarão a contratar diretamente (grifos nossos) ou, se entenderem conveniente, poderão instituir um sistema próprio de licitação, como regra geral ou aplicável a determinados casos" ("Estudos sobre a Lei Paulista 10.395/70", publicação do Centro de Estudos Rodoviários — CEDRO — São Paulo, 1971, pág. 9).

21. Com efeito, se o Estado se privatiza para fugir às peias que emperram a direta prestação do serviço público, será contra-senso submeter ao regime jurídico próprio da administração pública as sociedades por ações cujo controle detém.

22. Ressaltamos em estudo anterior: "Deve a empresa do Estado, no entanto, por imperativo de ordem moral, realizar, sempre que possível, licitação comercial com publicidade, fixando regulamento próprio para esse fim, que acompanhará, no que couber, as regras da licitação pública", e, adiante: "... quando o Decreto-Lei Complementar nº 7 (de 06.11.69) alude aos "princípios da licitação (art. 3º, nº III, "a")", esta reportando-se à licitação comercial, processo habitualmente adotado pelas empresas privadas, não, téc-

nicamente, à licitação pública, que apenas obriga às Secretarias de Estado e autarquias" (Parecer, in RDP 13/137, nºs 29 e 30).

23. Registre-se, porém, conforme consta do "Manual de Políticas", a DERSA adota diretriz para contratação de obras e serviços (Código AG-09-01) e do "Regulamento Provisório de Seleções", datado de 05.10.76, que agasalham os princípios gerais ora expostos.

24. O procedimento societário em vigor não contém, consigne-se, proposta de contrato por parte da DERSA. Inexiste, aí, "policitatio" ou oferta, mas apenas "invitatio ad offerendum" (CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado", Vol. VI, 1ª Parte, pág. 466, nº 550, nota 2). O anúncio, aviso ou edital resumido que publica na imprensa escrita, é simples consulta a eventuais interessados (JOÃO MENDES, INGLÊS DE SOUZA, ESTEVAM DE ALMEIDA e LAFAYETTE, Pareceres, in Revista Forense, Vol. 14, págs. 314, 316, 391 e 394, respectivamente). Agindo desse modo a empresa quer precisamente receber propostas, como, diz ORLANDO GOMES, "como no caso de alguém que deseja comprar determinado artigo e escreve às casas fornecedoras, e quem assim procede fica na posição de "oblato" e não de proponente" ("Contratos", pág. 67, nº 37).

25. Tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção e o reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária, o contrato mercantil torna-se lei entre elas: "pacta sunt servanda".

26. Preceitua o velho Código Comercial:

Art. 126 — Os contratos mercantis são obrigatórios, tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e os reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária.

27. Colocada a questão, podemos, agora, responder, em termos gerais, a consulta no início referida:

I — Os contratos celebrados pela DERSA regem-se pelas leis e usos do comércio, submetidos que estão às normas do Direito Obrigacional, ramo do Direito Privado;

II — Os aditamentos e pagamentos decorrentes desses contratos seguem igual sorte;

III — Termo de aditamento apenas tem lugar quando, no curso da avença, entendam as partes modificá-la;

IV — Medição final que, em cumprimento às cláusulas ajustadas, precisar resultados, mesmo se ultrapassar o valor estimado do contrato — original ou aditado —, obriga o respectivo pagamento, valendo a quitação como extinção da obrigação.

É o que pensamos, SMJ.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

INELEGIBILIDADE E IRREELEGIBILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL

MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.348

PREFEITO MUNICIPAL

Casos de inelegibilidade e irreelegibilidade.

Art. 151, parágrafo único, da Constituição Federal.

Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, art. 2º, inciso 1º.

O Senhor PREFEITO MUNICIPAL DE IRAÍ, objetivando um pronunciamento jurídico desta Procuradoria-Geral, formula as seguintes indagações:

- a) O Prefeito Municipal precisa renunciar ao cargo para poder concorrer a eleições municipais "como novo candidato a Prefeito?"
- b) Aplica-se a mesma regra a quem, como Presidente da Câmara de Vereadores está substituindo o Prefeito que renunciou?
- c) É constitucional o Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Iraí, estabelecendo um ano de duração para o mandato da Mesa Diretora, face às Constituições Federal e Estadual?

2. As irreelegibilidades e inelegibilidades para os cargos eletivos, matéria enfocada nas duas primeiras questões, estão normatizadas pelo artigo 151 parágrafo único da Emenda Constitucional nº 1 nos seguintes termos:

"a) a irreelegibilidade de quem haja exercido cargo de Presidente e de Vice-Presidente da República, de Governador e Vice-Governador e de Prefeito e Vice-Prefeito, por qualquer tempo no período imediatamente anterior. (grifamos)

b) a inelegibilidade de quem, dentro dos seis meses anteriores ao pleito, haja sucedido ao titular ou o tenha substituído em qualquer dos cargos indicados na alínea 'a'."

A seu turno, a Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, regulamenta a matéria explicitando em seu artigo 2º:

"Não podem ser reeleitos os que no período imediatamente anterior à eleição, hajam exercido os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador, de Prefeito e Vice-Prefeito, inclusive os nomeados pelos Governadores de Estado ou Território.

§ 1º — Não podem ser eleitos os que nos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, hajam sucedido ao titular ou o tenham substituído em qualquer dos cargos mencionados neste artigo."

Em razão do disposto na alínea "a", a irreelegibilidade atinge apenas os titulares de cargos que tenham exercido o mandato através de eleição ou por nomeação. Não se incluem neste dispositivo os substitutos e os sucessores. A estes se aplica a alínea "b", que trata das inelegibilidades, assim, os substitutos, bem como os sucessores, que venham a exercer o mandato de Prefeito e em razão de impedimento por licença do titular ou por vaga do cargo decorrente de renúncia ou morte do titular, tornam-se inelegíveis. Poderão, entretanto, concorrer ao cargo que tenham exercido na condição de substituto ou sucessor, desde que se desincompatibilizem seis meses antes do pleito.

3. Cabe também mencionar, para melhor esclarecer, que a inelegibilidade foi colocada de forma diferente na Constituição de 1967, tendo sido estabelecido naquele diploma constitucional que os sucessores se tornavam inelegíveis para o mesmo cargo, consoante disposição expressa do artigo 146, III. Para efeito deste dispositivo, os sucessores eram equiparados aos titulares e, como estes sofriam as mesmas restrições no que concerne à vedação de se candidatarem ao mesmo cargo. De acordo com o disposto no artigo retrocitado eram considerados **inelegíveis**:

"(...) quem houver exercido o cargo de Prefeito, por qualquer tempo, no período imediatamente anterior, e quem lhe tenha sucedido, ou dentro dos seis meses anteriores ao pleito o haja substituído". (grifamos)

Pela redação deste dispositivo, somente o substituto poderia se desincompatibilizar do cargo para poder concorrer na legislatura seguinte.

Pela norma constitucional vigente, tanto o substituto como o sucessor podem valer-se da desincompatibilização visando candidatar-se ao cargo que tenham exercido nesta condição.

4. Assim colocadas as premissas constitucionais e legais que regem a matéria, respondemos às duas primeiras consultas:

a) O Prefeito e o Vice-Prefeito, eleitos bem como o Prefeito nomeado são irreelegíveis para estes cargos desde que os tenham exercido, **por qualquer tempo** no período imediatamente anterior ao pleito.

b) A renúncia ao cargo, após se configurar o **exercício** não afasta o impedimento que é total no que concerne ao mesmo cargo no período subsequente.

c) Os substitutos ou sucessores do Prefeito estão fora do campo de incidência da norma da irreelegibilidade, sendo, contudo, passíveis de se tornarem inelegíveis para o cargo quando o exercerem nos seis meses anteriores ao pleito.

5. A terceira pergunta formulada pelo consulente enfoca questão relativa ao tempo de duração do mandato da Mesa Diretora da Câmara, face ao disposto na Constituição Federal, artigo 30, "h" e Constituição Estadual, artigo 152, II.

O artigo 30 da Constituição regula a matéria referente ao Congresso Nacional, dispondo sobre o funcionamento de seus órgãos integrantes, Câmara e Senado Federal. A letra "h" deste dispositivo dispõe:

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

Confrontando este dispositivo com o **caput** do artigo, infere-se de imediato que está se referindo às Câmaras do Parlamento, ou seja, Câmara Alta e Câmara Baixa.

Ademais, pela simetria constitucional estabelecida através do art. 13 da Constituição Federal e observados os parâmetros fixados pela Constituição Estadual no tocante à organização dos Municípios, as Câmaras Municipais têm competência *"para eleger a sua Mesa, elaborar seu Regimento Interno e dispor sobre sua organização e provimento dos cargos de seus quadros de pessoal e seus serviços"*. (art. 152, II, da Constituição Estadual).

De resto, nas palavras do municipalista HELY LOPES MEIRELLES, a eleição e votação do Regimento Interno da Câmara de Vereadores é matéria de cunho eminentemente administrativo dentro das corporações legislativas, constituindo o chamado *"interna corporis"*, muito embora admita a apreciação do Poder Judiciário, quando se questionar a inobservância da Lei ou do Regimento (apud *"Direito Municipal"*, pág. 655, vol. II, Edição Revista dos Tribunais, 1964).

DO EXPOSTO, concluímos:

É perfeitamente constitucional o parágrafo único do artigo 20 do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Iraí, ao estabelecer um ano de duração para o mandato da Mesa Diretora, tendo em vista que, nos termos do artigo 152, II, da Constituição Estadual, as Câmaras Municipais têm autonomia administrativa, cabendo-lhes dispor sobre a sua organização e funcionamento.

PORTO ALEGRE, 2 de abril de 1980.

PARIDADE DE VENCIMENTOS

VERENA NYGAARD BECKER
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Universidade do
Vale do Rio dos Sinos
Especialista em Direito Administrativo.

PARECER Nº 4.338

FUNCIONÁRIO DA CÂMARA. VENCIMENTOS.

O direito do funcionário da Câmara aos mesmos vencimentos de funcionário da Prefeitura depende da igualdade ou semelhança de atribuições entre os dois cargos e de previsão em lei municipal.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARCELINO RAMOS consulta esta Procuradoria-Geral indagando se, em face da legislação municipal que manda aplicar aos funcionários da Câmara, no que couber, o sistema de classificação e níveis de vencimentos dos cargos do Poder Executivo, a Secretária Administrativa da Câmara tem direito aos mesmos vencimentos do Secretário Administrativo do Executivo municipal.

1. A Lei Orgânica do Município de Marcelino Ramos e o Regimento Interno da Câmara, respectivamente, nos seus arts. 58, § 1º, e 23, § 3º, repetem, com as devidas adaptações, o preceito contido no art. 108, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe:

*"Art. 108 —
§ 1º — Aplicam-se, no que couber, aos funcionários do Poder Legislativo e do Poder Judiciário da União e dos Estados, e aos das Câmaras Municipais, os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos do serviço civil do respectivo Poder Executivo."*

Esta regra, por sua vez, completa a do art. 98 da mesma Constituição que abriga o princípio da paridade de vencimentos, nestes termos:

"Art. 98 — Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas.

Parágrafo único — Respeitado o disposto neste artigo, é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público."

Ambos os preceitos se dirigem ao legislador ordinário de cada uma das três esferas de governo, orientando-o e impondo-lhe regras e critérios a serem observados na determinação dos vencimentos dos cargos públicos.

Dentre essas regras e critérios, cumpre salientar, para os efeitos da presente consulta, aquela que, permitindo a equiparação de vencimentos entre cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, contempla o princípio da paridade.

2. Se a um cargo da Câmara correspondem funções e responsabilidades idênticas ou semelhantes às que correspondem a outro, da Prefeitura, a lei municipal pode determinar seja aquele equiparado a este, para efeitos de remuneração.

A equiparação entre cargos públicos, para efeitos de vencimentos, é permitida pela Constituição Federal nesta única hipótese, em razão do princípio da paridade que, por sua vez, mais não é, senão uma manifestação particularizada do princípio da isonomia. Se, como este último impõe — Constituição Federal, art. 153, § 1º — situações iguais devem merecer tratamento igual e situações desiguais, tratamento desigual, seria intolerável que um funcionário da Câmara, exercendo funções, tendo encargos e responsabilidades iguais ou semelhantes às de outro, da Prefeitura, percebesse remuneração inferior à deste.

É precisamente com o objetivo de evitar que isso ocorra e, por conseguinte, visando a assegurar, na prática, a observância do princípio da paridade, que a Constituição Federal manda aplicar aos funcionários da Câmara, no que couber, os sistemas de classificação e os níveis de vencimentos dos cargos da Prefeitura. Tanto uns, como outros, são funcionários municipais, nada justificando eventuais discriminações de vencimentos sem que haja desigualdade de encargos e responsabilidades.

3. Todavia, para que o funcionário da Câmara, que efetivamente exerça atribuições iguais ou assemelhadas às de cargo do Executivo, tenha direito à percepção de vencimentos iguais ao deste, é imprescindível que a lei municipal expressamente contemple esse direito.

Assim é, porque o preceito do art. 98 da Constituição Federal não é auto-executável e nem poderia sê-lo, uma vez que a determinação dos vencimentos dos cargos públicos constitui matéria privativa de lei ordinária de cada uma das três esferas de poder político.

De outra parte, não é demais sublinhar que "*cargos com atribuições iguais ou assemelhadas*", no sentido da Constituição Federal, não são os que tenham a mesma denominação — esta é, inclusive, irrelevante — mas sim, aqueles a que correspondam deveres e responsabilidades iguais ou semelhantes.

4. Em face das considerações expendidas e da legislação municipal que instrui a consulta, concluímos no sentido de que o direito da Secretária Administrativa da Câmara aos

mesmos vencimentos pagos ao Secretário Administrativo da Prefeitura depende da igualdade ou semelhança das atribuições correspondentes aos dois cargos e de expressa previsão em lei municipal, não bastando, para este efeito, os dispositivos dos arts. 58, § 1º e 23, § 3º, respectivamente, da Lei Orgânica do Município e do Regimento Interno da Câmara.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 20 de março de 1980.

ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

JOSÉ QUADRO PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.346

APOSENTADORIA

É nulo, de pleno direito, ato que concede aposentadoria com base em lei manifestadamente inconstitucional.

Na hipótese de vários atos conexos, a anulação do primeiro atinge os demais.

Impossível a formação de direito subjetivo com apoio em ato ilegal.

A Administração tem o poder-dever de desfazer os atos praticados em desconformidade com a lei, porque fatalmente serão nocivos ao interesse público; excepcionalmente, porém, face ao caso em concreto, poderá mantê-los.

O Prefeito de Sant'Ana do Livramento solicita a emissão de parecer estabelecendo diretriz a ser tomada em relação aos seguintes casos concretos:

Ainda na vigência da Constituição Federal de 1946, foi editada a Lei nº 709/66 prevendo aposentadoria proporcional ao servidor que contasse de vinte a vinte e nove anos de serviço público. Com base nela, foram inativados onze funcionários nos anos de 1966 e 1967.

Posteriormente, essa lei foi revogada mas, no ano de 1973, sob a vigência, portanto, da atual Carta Magna, foi criada a Lei nº 1.062/73 (revogada em 1979), permitindo novamente a aposentação proporcional a quem tivesse de vinte a trinta e quatro anos de serviço público. E, com fundamento nela, ocorreram vinte e seis aposentadorias.

À medida em que os cargos vagaram foram admitidos, através de concurso público, novos funcionários, sendo que alguns deles, inclusive, já estão aposentados.

Face ao acontecido e ao expendido no Parecer nº 4.168-CGE, que concluiu pela inconstitucionalidade dessa lei e a conseqüente invalidação das aposentadorias, indaga sobre a possibilidade de desfazimento desses atos, pela Administração Municipal, sem a prévia declaração de inconstitucionalidade de parte do Poder Judiciário e sem a manifestação das partes beneficiadas e, ainda, qual seria a situação dos funcionários que ocuparam os cargos vagos em decorrência dessas jubilações.

Posteriormente, oriundo da Casa Civil, veio o Processo nº 2.057/79-CGE, no qual vereador desse município solicita a tomada de providências. Por tratar-se do mesmo assunto, os processos foram reunidos.

É o relatório.

2. Preliminarmente cabe dizer que, embora sem as dimensões agora reveladas, a matéria já fora objeto de exame no Processo nº 963/79-CGE, quando, então, foi emitido o Parecer nº 4.168/79-PGE, dando pela inconstitucionalidade da Lei nº 1.062, de 3 de dezembro de 1973 e a conseqüente invalidação dos atos de aposentadoria com base nela editados.

3. De logo, cabe esclarecer que as aposentadorias decretadas de acordo com a Lei nº 709, de 26 de maio de 1966, são válidas desde que os beneficiados tenham satisfeito os pressupostos necessários à sua concessão antes de vigorar a Constituição Federal de 1967.

4. O mesmo, entretanto, não se pode dizer em relação às aposentações concedidas pela Lei nº 1.062/73. Estas, por atentarem contra a Lei Maior, são nulas de pleno direito e, por isso, podem ser desfeitas pela própria Administração Municipal conforme veremos a seguir.

5. A possibilidade de desfazimento do ato pela própria Administração constituiu-se em matéria amplamente controvertida, conforme destacou o Parecer nº 2.561-PGE, e só com o passar do tempo, à medida em que o direito administrativo foi-se libertando da influência do direito privado, é que seus contornos definitivos foram delineados.

6. A partir daí ganhou força o entendimento de que a Administração tinha por objetivo o interesse público cuja tutela justificaria a revisão daqueles atos que, por estarem viciados, não atenderiam a essa finalidade.

7. Tais vícios seriam quanto ao **mérito** do ato ou quanto à sua **legitimidade**. A presença daquele acarretaria sua revogação, enquanto a deste produziria a sua **anulação**.

8. Estabeleceu-se, então, a distinção entre essas duas figuras de desfazimento do ato administrativo: a **revogação** e a **anulação**. Aquela é praticada por razões de conveniência ou oportunidade; ao passo que esta impõe-se em virtude de desconformidade do ato com a lei. É a lição de MIGUEL REALE:

"De fundamental importância é distinguir, cuidadosamente, as duas apontadas figuras jurídicas, que compõem o instituto da "revisão dos atos administrativos", partindo-se desta noção fundamental: anula-se um ato por nele se descobrir vício ou defeito suscetível de caracterizar-lhe a invalidade desde a sua emanção (razões de legalidade); revoga-se um ato válido, mesmo quando isento de quaisquer vícios, por motivos de conveniência ou oportunidade (razões de mérito)." (Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1968, pág. 71).

9. Essa discriminação é básica para apurar-se as conseqüências dos atos viciados pois, conforme o caso, poderão ou não gerar efeitos, ainda que temporariamente. Nesse sentido prossegue o autor acima citado:

"Da apontada diferença entre anular e revogar resultam conseqüências da máxima importância, notadamente esta: como o ato nulo ou anulável, na esfera administrativa, não gera, em princípio, direitos ou situações merecedoras de amparo, a anulação ou anulamento corta o ato, cerce, "ex tunc"; a revogação, ao contrário, só priva o ato de efeitos "ex nunc", sem atingi-lo em suas conseqüências pretéritas." (Obra citada, pág. 71/72).

10. No caso dos autos, conforme se mostrou no Parecer nº 4.168/79-PGE, os atos praticados com base na Lei nº 1.062/73 são nulos de pleno direito porque calçados em regra manifestamente inconstitucional pois, como é sabido, pela atual Carta Magna o tempo de serviço exigido para a aposentadoria é de, no mínimo trinta e cinco e trinta anos, conforme se trate de servidor do sexo masculino ou feminino e somente através de lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, é que esse mínimo pode ser reduzido, de acordo com a natureza da atividade.

11. Hoje é tranqüilo o entendimento de que a Administração Pública tem o poder-dever de não aplicar leis notoriamente inconstitucionais:

"A tese de que o Poder Executivo pode e deve negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais é francamente vitoriosa." (RDA vol. 82, págs. 358/364).

E se o fizer, praticará atos nulos que deverão ser invalidados o mais rápido possível,

"(. . .) em princípio, é de interesse público que a ordem legal seja quanto antes restabelecida". (M. REALE, obra citada, pág. 45).

12. O fundamento do poder de invalidação por iniciativa da Administração Pública repousa, portanto, no princípio de autotutela do ordenamento legal, daí porque o Supremo Tribunal Federal já declarou:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (Súmula nº 473).

13. Sendo assim, os atos em exame, por serem ilegais, são nulos e incapazes de gerar direitos. Conforme diz RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA:

"Não existe validade provisória. O ato praticado em desacordo com o sistema normativo é, desde logo, nulo." (Ato Administrativo, pág. 119).

E, segundo ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL,

"A anulação tem caráter constitutivo. Opera efeitos 'ex tunc': (Extinção do Ato Administrativo, pág. 63).

Nessa condição, não pode ser convalidado:

"O ato administrativo inválido, porque seu conteúdo é incompatível com a 'moldura legal', não pode ser convalidado." (Obra citada pág. 72).

14. Essa orientação está embasada no sistema adotado pelo direito constitucional norte-americano, conforme frisou o Parecer Normativo nº 47 da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro:

"Nesse problema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, há que se pôr desde logo em destaque a existência, no direito constitucional, de dois grandes sistemas:

1. *de tipo europeu, das chamadas constituições flexíveis, em que a lei inconstitucional se reconhece existência e são garantidas as suas conseqüências jurídicas até a constatação de sua inconstitucionalidade, que opera 'ex nunc';*

2. *o sistema norte-americano, em que uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei, tem essa declaração, necessariamente, efeitos 'ex nunc', pois a lei expedida em contravenção com a Constituição não existe para o direito e nenhum resultado produz." ("Pareceres Normativos da Procuradoria-Geral do Estado", vol. 2, pág. 13, ed. 1978, Suplemento ao vol. 33).*

15. Por outro lado, pelo fato de serem nulos os atos praticados com apoio em lei inconstitucional, não há que se perquirir sobre a eventual infringência de direitos subjetivos através do seu desfazimento pela Administração. Conforme é assente na jurisprudência,

"Para dar origem a direito subjetivo será necessário que o ato administrativo não padeça de nenhum vício, que a legalidade dos fatos em que se baseia não tolere contestação razoável". (RDA, vol. 81, pág. 190).

"O ato administrativo, praticado em desconformidade com a lei, não pode gerar direito. Quando anulados não se priva ninguém de direitos, porque o que se fez, com o repúdio do ato, foi o restabelecimento do império da lei e a restauração do princípio da legalidade." (GABINO BRAGA, Derecho Administrativo, pág. 301, in RDA, vol. 73, pág. 122).

"Há que distinguir entre a revogação e a anulação do ato administrativo, pela própria Administração pública: a primeira, cabível sempre que do ato ainda não nas-

ceu um direito subjetivo; a segunda, podendo ocorrer se o ato violou a lei, caso em que, por isso mesmo, nenhum direito poderia ter dele nascido." (Voto do Ministro LUIÍS GALLOTTI, in RDA, vol. 53, pág. 171).

"De compreender-se é dessarte que o ato administrativo contrário à lei ou praticado sem base em lei, quando, por sua natureza, a ela deveria estar vinculado, é, em princípio, suscetível de anulação pela própria autoridade administrativa pois dele nenhum direito pode ter nascido.

Dessa sorte, impende acolher-se que é facultado à Administração Pública anular os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois só na hipótese de ter sido esta obedecida é que deles poderia nascer um direito público subjetivo (Ac. do Supremo Tribunal Federal de 06.04.53, in RDA, vol. 48, pág. 130/132)" (Parecer nº 07, item nº 39, publicado no DOE de 24.09.65, pág. 6, da autoria de JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA).

"Não há direito adquirido contra a lei". (Ac. do STF de 11.06.52, in RDA, vol. 38, págs. 259/260)."

"Restaurar o império das leis só merece encômios e não censuras, quem restaura o império da lei não viola direito líquido e certo, pois este não existe contra a lei ou com violação da lei. Nem se fale em direito adquirido. Ato nulo não o gera (quod nullum est, nullum effectum producit." (Rev. For. V. 210, pág. 182).

16. Em conseqüência do exposto, vê-se que nenhum direito têm os ocupantes dos cargos que foram declarados vagos em razão da aposentadoria dos seus titulares. Sucede que a anulação dos atos principais (aposentadorias motivadoras da vacância dos cargos) envolve, automaticamente, o desfazimento dos atos-conseqüência (nomeações para os cargos supostamente vagos). É uma decorrência lógica da aplicação do princípio da restituição integral da ordem jurídica lesada, conforme mostra a seguinte ementa:

"Ao Poder Executivo é facultado anular os seus próprios atos, quando ilegais.

A anulação de ato inicial importa a dos atos conseqüentes." (RDA vol. 79, pág. 223).

17. De outra parte, é igualmente possível o desfazimento desses atos sem a prévia manifestação do Poder Judiciário ou dos interessados, conforme demonstrou o Ministro LUIÍS GALLOTTI no seguinte voto:

"Não concordo em que os Poderes Legislativo e Executivo não possam anular seus próprios atos, quando os consideram inconstitucionais. Entendo que podem

fazê-lo: apenas a palavra derradeira, a respeito, caberá sempre ao Poder Judiciário, se oportunamente provocado. O Insigne Francisco Campos (Direito Constitucional, 1956, vol. I, pág. 442-443) mostra que os Tribunais só opinam sobre a inconstitucionalidade das leis por ocasião de aplicá-las aos casos concretos; cada Poder, assim, tem a contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência; recusar, por conseguinte, ao Poder Legislativo ou Executivo a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude de sua interpretação tomar decisões, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do país ou do Estado o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de formação e obstrução permanentes. Acrescenta que a Constituição reconhece manifestamente aos Poderes Executivo e Legislativo a faculdade de interpretá-la e de decidir, de acordo com a sua interpretação, as questões relativas à esfera de competência de sua autoridade. E, citando a lição de Black e outros, concluiu que esses Poderes não são apenas autorizados, mas necessitados e compelidos a julgar por si mesmos da constitucionalidade dos seus atos." (RDA, vol. 79, pág. 226).

18. Por último, embora a Administração tenha o poder-dever de não aplicar lei evidentemente inconstitucional e de rever os atos ilegais, situações ocorrem que, pelo longo decorrer de tempo e pela presunção de legitimidade que têm os atos administrativos, é preferível mantê-los ao invés de anulá-los. É o que diz SEABRA FAGUNDES:

"A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos." (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Forense, Rio, 1957, 3a. ed. pág. 61).

20. No caso dos autos, por exemplo, dentre os efeitos decorrentes da anulação dos atos em exame despontaria, pela repercussão que provocaria, o da necessidade de devolução dos vencimentos auferidos, desde o início. Entretanto, tal hipótese pode ser afastada pelos motivos acima enunciados e, sobretudo, pelo dever moral que a Administração Municipal teria de reconhecer a real e efetiva prestação de serviços pelos funcionários ocupantes desses cargos, em benefício do Município.

21. Certas vezes, dependendo das circunstâncias, a jurisprudência chega a admitir a convalidação de atos nulos, conforme se vê pela seguinte ementa:

"O funcionário que, por longo tempo, exerceu o cargo sob aparências de regularidade, faz jus à validação da nomeação, com efeito retroativo." (Apelação Cível nº 90.549, de S. Paulo, RDA, vol. 59, pág. 154).

22. Por ser, no caso em exame, evidente a boa-fé dos funcionários irregularmente nomeados e face a presunção de legitimidade dos atos administrativos, certamente a medida mais justa seria aquela que ressaltasse os efeitos dos atos objetos de nulidade, pois, acima de tudo isso, está o interesse público, capaz, por si só, de justificar essa medida.

23. Conforme ensina DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

"Sendo ato declaratório, a anulação atuará 'ex tunc' remontando à origem do ato, abrangendo, em princípio, todos os efeitos produzidos e obstando a produção de quaisquer outros. Dissemos 'em princípio', pois a regra enunciada como 'o que é nulo não produz efeitos' sofre temperamento em Direito Administrativo diante do superior 'interesse público'. O interesse público ressalva do alcance da anulação os efeitos que beneficiaram terceiros de boa-fé, em razão da presunção de legitimidade. Não obstante a anulação declarada, tais efeitos são mantidos íntegros no mundo jurídico em atenção àqueles valores." (Curso de Direito Administrativo, Forense, 2a. ed., 1974, pág. 147).

24. FACE AO EXPOSTO e respondendo objetivamente às perguntas da autoridade consulente, informamos:

a) O Poder Executivo Municipal, em obediência ao princípio da legalidade, pode anular os atos de aposentadoria creditados com base na Lei nº 1.062/73 e, conseqüentemente, nulos serão, também, os posteriores atos de nomeação para os cargos declarados vagos em decorrência dessas aposentações, sem que para tal haja a necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário ou das partes interessadas.

b) Uma vez anulados tais atos, os atuais ocupantes dos cargos fatalmente teriam de ser afastados do serviço público, bem como estariam obrigados a devolver todos os vencimentos até então percebidos. Todavia, pelas circunstâncias que o caso apresenta, os funcionários atingidos estariam, certamente, desobrigados de efetuar essa restituição. Além disso, a Administração Municipal poderá decidir, em atenção ao interesse público, pela manutenção dos atos de nomeação. Para tanto, contudo, deverão ser criados, através de lei, os cargos necessários.

É o parecer, S. M. J.
Porto Alegre, 2 de abril de 1980.

TERRENOS URBANOS

RENITA MARIA HULLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 068/78

Os Municípios podem estabelecer padrões urbanísticos e, entre estes, dimensões mínimas de terrenos para edificação, como decorrência de sua competência para disciplinar o uso e ocupação do solo urbano.

Foi endereçada a esta Superintendência de Desenvolvimento Urbano e Administração Municipal (SURBAM) consulta subscrita pelo Sr. Prefeito Municipal de S. A., sobre questões relacionadas com o artigo 8º da Lei Municipal nº 452, de 18 de maio de 1976 (texto da Lei anexado à consulta).*

Essa Lei institui o chamado "*Plano Diretor da Cidade*" (art. 1º) e "*dispõe sobre o uso e ocupação do solo, sistema de verdes públicos, de recreação e proteção paisagística, sistema viário e o que mais se relacionar com o bem-estar da população*" (art. 2º).

O artigo 8º da Lei nº 452/76 está assim redigido:

Art. 8º -- Nenhum desmembramento de terreno será autorizado se dele resultar terreno com menos de 12 (doze) metros de frente ou menos de 300m² (trezentos metros quadrados) de área.

Expõe o consulente que, em face desse dispositivo, a Divisão de Finanças da Prefeitura, a quem está afeto o setor de cadastro (de contribuintes), enfrenta problemas relativos a solicitações de certidões negativas (de débito), para fins de alienação de áreas de terra em dimensões inferiores as do art. 8º em questão.

Informa ainda o Sr. Prefeito que não são fornecidas as certidões em tais casos e que, não obstante, o Cartório de Registro Civil (Tabelionato) lavrou escrituras públicas de venda de imóveis com dimensões inferiores às previstas na lei, criando um impasse junto ao Registro de Imóveis da Comarca que se nega a registrar tais escrituras em obediência à legislação municipal.

Parecer emitido pela Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Renita Maria Hüllen, quando em exercício na Superintendência do Desenvolvimento Urbano e Administração Municipal (SURBAM), órgão integrante da Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas. Publicado no Boletim Informativo dos Municípios, out/nov. de 1979, ano 2, nº 3, da referida Secretaria.

Que, diante dessas circunstâncias, os interessados teriam manifestado a intenção de ingressarem em juízo sob a alegação de a legislação municipal estar ferindo o direito de propriedade, pretendendo a decretação de inconstitucionalidade da mesma.

Por fim, indaga-se na consulta:

"a. É constitucional a Lei Municipal nº 452, de 18 de maio de 1976, que fixou módulo mínimo para desmembramento de imóveis localizados no perímetro urbano?"

b. Em caso afirmativo, as escrituras elaboradas sem observância desta Lei serão nulas de pleno direito?"

c. Em caso negativo, é necessário a revogação da disposição legal que trata do assunto por outra Lei, ou simplesmente se desconsidera tal dispositivo?"

Considerando o teor da Lei nº 452/76 e, em especial, de seu artigo 8º, cujos termos são os mais genéricos possíveis, impõe-se exame casuístico para verificação de incidência ou não dessa lei sobre os fatos concretos ocorridos e bem assim para um pronunciamento sobre a constitucionalidade da exigência em foco posta no diploma municipal.

Em razão disso, foi solicitado o fornecimento de dados concretos, para apreciar-se as circunstâncias que particularizam os fatos e assim proceder ao estudo quanto ao tratamento jurídico a ser dispensado a esses casos verificados na vida municipal.

Atendendo essa solicitação, o Sr. Prefeito trouxe à colação dois casos de parcelamento de áreas de terra que serão objeto de análise (documentos anexados ao expediente).

No Município existe um loteamento, constituído de várias quadras (identificadas por letras), divididas em lotes de terreno (identificados por algarismos).

Através dos documentos apresentados, verifica-se que os lotes numerados do loteamento foram subdivididos, resultando áreas com dimensões inferiores às previstas no art. 8º da Lei Municipal nº 452/76.

Em data de 11/7/77, mediante escritura pública de compra e venda, foi alienado, pelos donos do dito loteamento, um terreno urbano, sem benfeitorias, constituído de uma parte do lote de terreno nº 3 e uma parte do lote nº 4, ambos da quadra G, resultando uma unidade com a área de 216 m², medindo 9 metros de frente por 24 metros de frente a fundos.

Os mesmos loteadores, em 12/7/77, celebraram outro contrato de compra e venda, mediante escritura pública, cujo objeto é um terreno urbano, sem benfeitorias, "perten-

cente ao lote nº 4, da quadra G", com 204 m² de área, medindo 8,50 metros de frente por 24 metros de frente a fundos. Essa escritura foi outorgada como cumprimento do contrato de promessa de compra e venda celebrado em 08/11/76, onde fora estipulado o pagamento de parte do preço no ato e o restante em 8 prestações mensais sucessivas.

Passaremos ao estudo do problema do parcelamento do solo urbano.

Para correto enfoque do assunto, cabe aqui colocar certas premissas relativamente aos valores morais, liberdade e propriedade, protegidos pelo nosso sistema jurídico.

Para isso, valemo-nos de um texto de Celso Antônio Bandeira de Mello, em que aborda o tema "poder de polícia":

"Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade estejam entrosados com a utilidade coletiva, de tal modo que não impliquem uma barreira capaz de obstar a realização dos objetivos públicos.

Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as expressões daqueles, porém, tal como admitidos em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade — é a brilhante observação de Alessi — uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade." (grifos nossos). (In Apontamentos sobre o Poder de Polícia, Revista de Direito Público nº 9, pág. 55).

O sistema normativo jurídico brasileiro, ao consagrar os valores liberdade e propriedade, traça os respectivos perfis do direito de liberdade e do direito de propriedade. Assim como o direito de liberdade não corresponde a liberdade absoluta, o direito de propriedade também não corresponde a poder absoluto sobre as coisas objeto desse direito individual consagrado pelo sistema.

"A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-a aos interesses coletivos designa-se "poder de polícia". A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos." (Celso A. B. Mello, obra citada, pág. 57).

Genericamente essas limitações impostas pelo "poder de polícia" são chamadas de limitações administrativas. "Correspondem a configuração da área de manifestação legítima, isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tuteladas pelo sistema normativo. É precisamente esta a razão pela qual as chamadas limitações administrativas à pro-

priedade não são indenizáveis. Posto que através de tais medidas de polícia não há interferência onerosa a um direito, mas tão só definição que giza suas fronteiras, inexistente o grave que abriria ensanchas a uma obrigação pública de reparar." (Celso A. B. Mello, artigo citado, RDP nº 9, pág. 57).

Para uma visão mais precisa do tema, cabe referir que, numa acepção mais limitada da expressão "poder de polícia", temos o chamado "poder de polícia administrativa", que se traduz nas intervenções do Poder Executivo na esfera privada para ajustar a ação dos particulares aos interesses sociais, seja mediante atos normativos ou intervenções em concreto.

"Por vezes os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delimitados na lei; outras vezes, dentro dos limites legais, incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado." (Celso A. B. de Mello, RDP nº 9, pág. 55).

Essa margem de liberdade dada ao Administrador para ajustar a norma aos fatos concretos é designada de poder discricionário, o qual é exercido mediante execução de atos administrativos, ou atos normativos em que são pormenorizadas normas gerais.

Isso posto, infere-se, quanto ao direito de propriedade, que ele é tutelado pelo nosso sistema normativo jurídico como um direito do indivíduo, o qual direito não se traduz em poder absoluto sobre a coisa que é seu objeto, mas sim é um direito (poder) condicionado às chamadas "limitações administrativas". Estas constituem a expressão do "poder de polícia" em sentido amplo, pelo qual se ajusta a propriedade aos interesses coletivos, através do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo.

As "limitações administrativas" são postas na lei, algumas vezes, de forma absoluta, não dando margem a julgamento discricionário do Administrador Público, que deve aplicá-las aos fatos que se subsumem às hipóteses fáticas previstas nas normas jurídicas.

Outras vezes, pelo teor da lei, a aplicação das "limitações administrativas", postas de forma abstrata e genérica, depende de juízo discricionário do Administrador. Este considerando as circunstâncias, determinará se, quando, ou como devem ser aplicadas em cada caso concreto, ou fixará, discricionariamente, regras pormenorizando o conteúdo da lei mediante ato normativo.

Tanto na aplicação das "limitações administrativas" em que a ação do Administrador está vinculada à lei, quanto em sua aplicação de forma discricionária, manifesta-se o chamado "poder de polícia administrativa".

Eis aí, em linhas gerais, o campo de abrangência do denominado "poder de polícia" e das chamadas "limitações administrativas", bem como a esfera de atuação do "poder de polícia administrativa".

Passaremos, agora, ao exame da competência para edição de normas que fixem as chamadas "limitações administrativas" à propriedade.

Consideraremos, em especial, a competência para impor condições para o parcelamento do solo urbano. A exigência legal de determinadas dimensões mínimas no parcelamento constitui "limitação administrativa", com o sentido com que é tomada a expressão pelos juristas — limitação de polícia, manifestação do poder de polícia em sentido amplo, compreendendo os atos do Poder Legislativo. As normas contendo imposições referentes ao parcelamento do solo urbano inserem-se em uma vasta categoria de limitações administrativas que são as limitações urbanísticas.

As três entidades jurídicas de capacidade política, União, Estados e Municípios, desempenham atividades de Polícia Administrativa. Cumpre averiguar quais os campos de atuação correspondentes a cada uma delas no tocante a imposições urbanísticas.

Como critério fundamental, Celso Antônio Bandeira de Mello aceita como válida a afirmação de Hely Lopes Meirelles, segundo a qual é competente para exercer o "poder de polícia administrativa" a pessoa política que tem competência para legislar sobre a matéria.

Temos para nós que esse critério comporta exceções, entendendo que existem hipóteses em que a competência nesse campo se cinge ao âmbito do Poder Executivo Municipal, como, por exemplo, a matéria de trânsito e tráfego. Sendo que esse particular não interfere no deslinde da problemática enfocada neste trabalho, não interessa determo-nos sobre ele.

Para Hely Lopes Meirelles o poder de polícia é uma faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Considera ele o poder de polícia um poder inerente a toda Administração.

Entendemos ser de maior rigor científico a conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello retroexposta. De certo modo, o conceito de poder de polícia dado por Meirelles coincide com a acepção mais limitada do poder de polícia dada por Celso Antônio que é o chamado "poder de polícia administrativa".

Em última análise, Meirelles dá a mesma abrangência que Celso Antônio ao poder de polícia, pois fala em competência legislativa para criação de limitações urbanísticas, dizendo que são imposições de ordem pública emanadas do poder de polícia, que tanto podem ser impostas por lei como por decreto de qualquer das três entidades constitucionais: União, Estados e Municípios. Nesse entender há como que uma reformulação implícita de seu conceito de Poder de polícia (ver Direito Municipal Brasileiro — Ed. Revista dos Tribunais — 3ª edição — págs. 530 e 592).

Entendemos, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que todas as limitações urbanísticas derivam da lei, ora de forma imediata, ora mediata. Que o poder de polícia administrativa é um poder que se exerce com amparo nas normas jurídicas.

Feitas essas ressalvas, vamos valer-nos da doutrina de Hely Lopes Meirelles, para a abordagem do tema limitações urbanísticas.

Concordamos com a opinião desse jurista ao afirmar que *"compete à União o estabelecimento do Plano de Urbanismo e as imposições de normas gerais de urbanismo, que assegurem ao País a unidade de princípios essenciais à integração e ao desenvolvimento nacionais dentro do regime federativo, mas que permitam a flexibilidade das normas de adaptação dos Estados-membros e Municípios para atendimento das peculiaridades regionais e locais, no uso de suas autonomias político-administrativas (Constituição da República, arts. 13 e 15)"*. (In Direito Municipal Brasileiro — Ed. Rev. dos Tribunais, 3ª edição — 1977 — págs. 601 e 602).

A propósito observa Meirelles que *"a União, até hoje, não editou qualquer norma geral de urbanismo, pela qual pudessem os Estados-membros e Municípios pautar sua ação planificadora e a regulamentação edilícia"* e que a União e os Estados-membros descuram das imposições urbanísticas, deixando esse encargo às Municipalidades, esquecidos de que o assunto é da competência concorrente das três esferas governamentais, e que jamais poderá ser eficientemente provido pela ação restrita e isolada das entidades locais (Obra citada, págs. 603 e 608).

Prossegue esse autor acentuando que:

"Enquanto temos uma legislação federal e estadual razoável em matéria sanitária e assuntos de tráfego e trânsito, que são conexas e dependentes do urbanismo, nada temos sobre a ordenação espacial do território brasileiro, a não ser as raras normas municipais sobre traçado e construções urbanas e os Planos Diretores que estão sendo elaborados pelos Municípios mais adiantados". (Obra citada, págs. 608/609).

Em outro trecho Meirelles manifesta este entendimento:

"A competência dos Municípios em assuntos de urbanismo é ampla, e decorre do preceito constitucional que lhes assegura autonomia em tudo que concerne ao seu peculiar interesse e à organização dos serviços públicos locais (Constituição da República, art. 15). Visando o urbanismo, precipuamente, à ordenação espacial e à regulação das atividades humanas que entendem com as quatro funções sociais — habitação, trabalho, recreação, circulação — é óbvio que cabe ao Município editar normas de atuação urbanística para o seu território, especialmente para a cidade, provendo concretamente todos os assuntos que se relacionem com o uso do solo urbano, as construções, os equipamentos e as atividades que nele se realizam e dos quais dependem a vida e o bem-estar da comunidade local."

Prossegue dizendo:

"As atribuições municipais, no campo urbanístico, desdobram-se em dois setores distintos: o da ordenação espacial, que se consubstancia no Plano Diretor e nas normas de uso e ocupação do solo urbano e urbanizável, abrangendo o zoneamento, o loteamento e a composição estética e paisagística da cidade; e o controle da construção, incidindo sobre o traçado urbano, os equipamentos sociais, até a edificação particular nos seus requisitos estruturais, funcionais e estéticos, expressos no Código de Obras e normas complementares."

Quanto ao fundamento da competência municipal em matéria urbanística, transcrevemos outro trecho de Hely Lopes Meirelles, em que externa esta opinião:

"A competência do Município para a ordenação espacial de seu território, notadamente no que concerne ao uso do solo urbano, se apóia no preceito genérico da Constituição da República que expressamente consagra o princípio da função social da propriedade (art. 160, III), e quanto ao controle das edificações embasa-o no Código Civil que sujeitou o direito de construir aos regulamentos administrativos (art. 572), dentre os quais se incluem os expressos nas normas edilícias da Construção." (In Direito Municipal Brasileiro - Ed. Rev. dos Tribunais - 3ª edição - pag. 609).

O art. 572 do Código Civil é do seguinte teor:

"O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo, o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos."

Com relação à opinião de Meirelles, expressa no trecho recém transcrito, é de focalizar-se a objeção de outros juristas, entre os quais Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Diz este último, assim como a maioria dos doutrinadores de Direito Administrativo, que o fundamento do poder de polícia das construções está na própria Constituição Federal, no artigo 160, III, onde se estabeleceu o princípio da função social da propriedade e não no artigo 572, do Código Civil. Prossegue esse autor dizendo que, por força desse princípio constitucional, as pessoas administrativas de Direito Público, dentro de suas respectivas esferas de competência, podem ordenar as construções de modo a adequar o exercício da liberdade de construir ao aspecto do interesse público que lhes caiba prosseguir. Que o Código Civil poderia, perfeitamente, ter omitido a parte final do dispositivo do artigo 572 e, ainda assim, o ordenamento público seria possível e estaria suficientemente lastreado em nível constitucional. (In *"O Município e o Direito Urbano"* — Publicações do IBAM — 1974 — pag. 76).

O poder de polícia (em sentido amplo) para criação das chamadas normas edilícias tem seu fundamento na Constituição, sendo que o art. 572 do Código Civil é de ser tido apenas como uma reafirmação da competência decorrente da Lei Maior.

No dizer de Hely Lopes Meirelles, o controle das construções se exercita sob dois aspectos: o coletivo, para o ordenamento urbano (da cidade em seu conjunto); o individual, para adequação da estrutura à função da obra.

Em ambos os aspectos mencionados, esse controle é manifestação do poder de polícia em sentido amplo, conforme a colocação de Celso Antônio Bandeira de Mello e outros autores, entre os quais Ruy Cirne Lima.

Importante é anotar que mesmo os que atrelam a polícia das construções ao art. 572 do Código Civil admitem expressamente que uma norma local de polícia administrativa prescreva área mínima para se poder edificar. Como exemplo, citamos o jurista Daimo de Abreu Dallari, que se manifesta a respeito, com apoio no jurista italiano Lourenzo Meucci, no artigo intitulado "Legislação Municipal e o Direito de Construir", publicado na Revista de Direito Público nº 14 (pág. 53 e 54).

A respeito de tal norma legal afirma Daimo Dallari:

"Desde que emitida como complementar do Código Civil, por disposição expressa deste, aquela norma tem exatamente a mesma autoridade e o mesmo alcance das demais normas civis.

Esta última hipótese é exatamente a que se verifica em relação à legislação brasileira, podendo-se, portanto, dizer que o legislador civil emitiu uma norma em branco, cabendo a cada Município preenche-la, de acordo com as peculiaridades locais." (fonte citada. pág. 54).

Os Municípios têm competência para impor limitações urbanísticas. Entre estas, as que dizem com o parcelamento ou fracionamento do solo urbano, como decorrência do poder de polícia sobre o uso e ocupação do solo.

Observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

"Na esfera de competência municipal dominam os problemas de urbanismo, reclamando, entre todas as demais formas de atividade administrativa, um permanente e polimorfo exercício do poder de polícia.

Destaca-se, pela importância, a polícia do uso da terra — imposição de zoneamento e controle do parcelamento — por condicionar vários outros institutos." (In "O Município e o Direito Urbano" — publicação do IBAM — 1974 — pág. 70).

Esse autor, como se vê, entende caber ao Município competência para o controle do parcelamento do solo. Também ele entende que à União compete editar normas gerais e planos nacionais de urbanismo. Que aos Estados-membros incumbe a imposição de normas e planos regionais de urbanismo sem invadir a competência da União e dos Municípios. Que a estes competem as minudências das normas e planos locais. Que o Plano Dire-

tor Municipal deve ser o produto final de uma elaborada cadeia normativa, em que todos os aspectos do uso do solo devem ser considerados, desde os de segurança nacional, passando pelos ecológicos, até os de mera conveniência da população de bairros, avenidas e ruas. (fonte citada, pág. 73).

Explicita Diogo de Figueiredo Moreira Neto que:

"Os tratos de terras admitirão subdivisão até alcançarem dimensão mínima prevista em norma ou, se não existir, no plano que os abranja — é o parcelamento. A subdivisão é ato de vontade privado ao qual o Direito Administrativo apenas adere com reconhecimentos específicos pelos institutos do desmembramento e do loteamento; o primeiro, sem urbanização, e o segundo, com uma urbanização particular que deverá ser consentida concretamente pelo poder público." (mesma fonte, pág. 74).

Pelo texto transcrito, constata-se que esse autor admite inclusive que possam ser exigidas medidas mínimas para os terrenos urbanos, mesmo inexistindo previsão em lei, desde que os terrenos estejam abrangidos por um plano urbanístico.

Vamos ater-nos agora ao Município de Santo Augusto. Admita-se, só para argumentar, que não existisse qualquer dispositivo legal sobre dimensões mínimas de terrenos. Ainda assim, poderia essa limitação ser imposta, para fins de edificação, através de um plano urbanístico, ou planos setoriais urbanísticos.

Possui o Município de Santo Augusto um conjunto de leis, editadas para apoiar um plano urbanístico concreto, que são as seguintes, conforme referido na consulta: Lei nº 452 que instituiu o Plano Diretor (cópia anexa ao expediente); Lei nº 453 que é o Código de Obras; Lei nº 454 que dispõe sobre loteamentos (cópia fornecida); e Lei nº 455 que delimita o perímetro urbano.

Os Municípios, indiscutivelmente, possuem competência para exercer a polícia do uso da terra, ou regular o uso e ocupação do solo, como se diz mais corretamente. No exercício desse poder de polícia, podem estabelecer uma série de normas disciplinando o uso do solo urbano. Essas normas, fatalmente, devem conduzir a limitação no parcelamento do solo, em função de seu uso e ocupação. Assim é que se legitima a exigência de dimensões mínimas de terrenos para edificação, para atendimento de certos fins. Promove-se o interesse coletivo mediante o desenvolvimento ordenado, cuidando-se dos aspectos estéticos, funcionais, de segurança, salubridade, etc., aos quais interessam as dimensões dos terrenos.

Em nosso entender, não podem os Municípios impor genérica e abstratamente dimensões mínimas de terrenos, a exemplo da União que impôs módulo mínimo para as áreas utilizadas nas atividades agrícolas. Mas podem os Municípios impor esse tipo de restrição, agindo sobre a realidade concreta, impondo padrões urbanísticos.

Existindo plano de urbanização oficial, como existe no Município de S. A., disciplinando em concreto o uso do solo no território municipal, a exigência de dimensões mínimas de terrenos surge como um corolário natural do ordenamento dos espaços urbanos e das construções que sobre eles aderem, assim como das atividades em geral.

Muitos autores de Direito Administrativo costumam referir-se a normas jurídicas que disciplinam a urbanização, falando em lei do Plano Diretor, lei de zoneamento, lei de loteamentos, etc., para exemplificar o conteúdo dessas normas. Entretanto, não existe razão jurídica para que esses assuntos sejam tratados separadamente através de leis especiais. Essa prática, ao invés de facilitar a apreensão do conteúdo das normas jurídicas, pode dificultar essa operação, por não oferecer uma fonte de consulta sistematizada das normas urbanísticas.

A propósito do dizer de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual, modernamente, prefere-se a designação de Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, em vez de Plano Diretor (da cidade), é de ser lembrado que a questão não é simplesmente de designação, mas de conteúdo ou abrangência. É um plano concreto de desenvolvimento que é instituído por lei, para que as normas legais o apoiem na sua concretização.

Com exceção das codificações, as leis não devem ser identificadas formalmente por nomes, mas sim por números apenas, devendo constar nas respectivas ementas a matéria que regulam. Porém, de qualquer maneira, a ementa, ou o nome que acaso lhe tenha sido atribuído, não produzem qualquer efeito na aplicação da lei, pois o que se deve considerar, realmente, é o seu conteúdo.

Algumas das disposições das Leis 452 e 454 do Município de Santo Augusto (ambas de 18 de maio de 1976) seriam melhor entendidas pelos interessados, se reunidas ou fundidas no mesmo diploma legal.

Entre estas conta-se o artigo 8º da Lei nº 452/76 (lei que institui o Plano Diretor e dá outras providências), onde se fala em desmembramento de terreno, sem atribuir à palavra "desmembramento" um sentido específico como o faz a Lei nº 454/76, a qual trata dos loteamentos. Na Lei 454/76 o vocábulo "desmembramento" significa subdivisão de área em lotes para edificação, aproveitando-se o sistema viário sem abertura ou prolongamento de vias ou logradouros públicos. A Lei 454/76 distingue "desmembramento" de "loteamento". Essa lei considera loteamento urbano a subdivisão de área em lotes destinados à edificação de qualquer natureza (art. 1º).

Também o artigo 3º da Lei nº 454/76, que trata dos loteamentos, contém dispositivo genérico, que melhor se situaria em diploma legal em que figuram diretrizes gerais e não no de normas que deveriam ser específicas dos loteamentos. O artigo 3º da Lei nº 454/76, é complemento do artigo 8º da Lei nº 452/76, referentemente à necessidade de aprovação pela Prefeitura de "todo o fracionamento de características urbanas".

Vamos transcrever os dispositivos que interessam para fixar a correta interpretação do artigo 8º da Lei nº 452/76, de Santo Augusto.

O artigo 8º mencionado integra a lei que institui o plano diretor da cidade e fixa normas para sua implantação. Tem a seguinte redação:

Art. 8º — Nenhum desmembramento de terreno será autorizado se dele resultar terreno com menos de 12,00 metros de frente ou menos de 300 m² de área.

Lê-se no artigo 1º da Lei nº 454/76, a qual disciplina os loteamentos:

Art. 1º — Para fins desta lei adotam-se as seguintes definições:

1 — Loteamento urbano ou para fins urbanos, considera-se a subdivisão de área em lotes destinados a edificação de qualquer natureza (...)

Parágrafo 1º — Não se considera loteamento, mas simples desmembramento, a subdivisão de área urbana em lotes para edificação, desde que seja aproveitado o sistema viário oficial da cidade ou vila, e não se abram novas vias ou logradouros públicos, nem se prolonguem ou modifiquem os existentes.

Vê-se, assim, que "desmembramento" é parcelamento diferente do "loteamento". O desmembramento só se dá em área já urbanizada. Os terrenos dos loteamentos devem obedecer, quanto a limites mínimos, as dimensões previstas no art. 8º da Lei nº 452/76 (exigidas para os loteamentos, através do art. 24 da Lei nº 454/76) e ainda dimensões mínimas especiais para as esquinas de quadras, conforme o artigo 25 da Lei nº 454/76.

Constata-se também através da Lei nº 454/76 (artigo 1º), que o art. 8º da Lei nº 452/76, ao exigir dimensões mínimas, o faz em função da edificação, pois tanto o "loteamento" como o "desmembramento" constituem subdivisão (parcelamento) do solo urbano para fins de edificação.

A Lei nº 452/76, considerada isoladamente, não leva facilmente a essas inferências. Conforme referimos retro, a separação dos assuntos urbanísticos nas leis dificulta a inteligência das normas e, conseqüentemente, o atendimento pelos particulares das exigências nelas contidas.

Após fixado o sentido da palavra desmembramento, deve-se procurar integrar o artigo 8º da Lei nº 452/76 com as demais normas desse diploma.

Tem-se, assim, pelo artigo 5º, que não serão autorizadas construções sem o atendimento da exigência do artigo 8º.

Com efeito, reza o artigo 5º:

Não serão realizadas obras públicas de qualquer natureza nem autorizadas construções ou obras particulares na área urbana de Santo Augusto em desacordo com o Plano Diretor, sem prejuízo das demais exigências, legais ou regulamentares, aplicáveis às construções.

Também o artigo 7.

Também o artigo 7º integrado ao artigo 8º conduz ao entendimento que as dimensões mínimas são exigíveis sempre que o terreno se destine a qualquer construção e não considerando isoladamente a divisão para constituição de unidades de terra juridicamente autônomas.

O artigo 7º da Lei nº 452/76 estabelece:

Art. 7º — Nenhuma construção nova será permitida no Município em terreno menor de 12,00 m de frente sobre a via pública ou com menos de 300 m² de área.

Se o disposto no artigo 7º estivesse fundido com o conteúdo do artigo 8º, mais fácil seria a apreensão de ambos, que devem ser combinados.

O artigo 7º, além disso, não pode ser sempre aplicado em sua literalidade. Não pode incidir sobre situações consolidadas legitimamente antes da vigência da Lei nº 452/76, tais como, edificação autorizada e constituição de unidades de terreno juridicamente autônomas.

Diz o artigo 3º da Lei nº 454/76:

Todo o fracionamento de características urbanas deverá ser justificado na sua necessidade e submetido ao parecer dos órgãos técnicos competentes (Assessoria de Planejamento e Controle e Secretaria de Obras), ficando a critério da Prefeitura Municipal a aprovação.

O **desmembramento** certamente é um fracionamento. Como o dispositivo diz que todo fracionamento de características urbanas deve ser justificado em sua necessidade e depende de aprovação, conclui-se que ele abrange o desmembramento.

Conclui-se daí que todo o desmembramento deve ser "*justificado em sua necessidade*", entendida em termos essa justificação, eis que o nosso sistema jurídico protege fundamentalmente a livre iniciativa. Deve ser solicitada autorização para o parcelamento, em vista do uso e/ou ocupação, declinando o interessado, nessa ocasião, o uso que pretende fazer do terreno. Caso não se destine à construção, poderá inclusive ter dimensões inferiores às mínimas previstas no artigo 8º da Lei nº 452/76, dependendo do uso a ser dado.

Feita a integração das normas das Leis n.ºs 452 e 454/76, conclui-se que é inadmissível, a partir da vigência dessas leis, o **parcelamento de terrenos ou glebas**, situados em área municipal já dotada de sistema viário e logradouros públicos (= desmembramento) (nos quais aceda qualquer tipo de edificação, ou para fins de qualquer tipo de construção), do qual parcelamento resulte unidade em dimensões inferiores a 12 metros de testada e 300 metros quadrados de área. Que, em parcelamentos realizados em desacordo com essa exigência quanto a dimensões, não poderá ser admitida a edificação. Outrossim, tem-se que, para qualquer fracionamento (inclusive o "*desmembramento*"), deve ser requerida autorização prévia à Prefeitura, declarando o interessado o uso a que se destina o terreno a ser constituído (se para construção ou outro uso).

A atividade do Município no exercício do poder de polícia não se exerce propriamente em função do direito de propriedade considerado em si. Ao Município não importa se o particular, que realize ou pretenda realizar edificação em terreno ou gleba urbana, seja ou não proprietário desse terreno ou gleba, para impor-lhe as limitações urbanísticas. Estas limitações atingem igualmente o proprietário e o possuidor (possuidor é o que tenha de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade — art. 485 do Código Civil). As limitações urbanísticas incidem também sobre o enfiteuta e o concessionário de uso do imóvel. Outrossim, é de ser levado em conta que o contrato de promessa de compra e venda, assim como o de cessão desta, asseguram quase sempre direitos de uso do solo ao contratante.

Nos parcelamentos físicos do solo, decorrentes de todos esses institutos jurídicos, deve incidir a restrição de dimensões mínimas, estabelecida na lei local para fins de edificação.

O controle do Poder Público municipal referente ao parcelamento do solo deve ser efetivado com abstração dos atos jurídicos constitutivos dos institutos jurídicos mencionados. Esse controle deve incidir sobre a divisão física das áreas para efeito de uso e ocupação do solo.

Cabe aos interessados no uso e ocupação do solo efetivar o parcelamento com observância das normas que estabelecem as limitações relativas a dimensões, para que possam fazer dos terrenos todos os usos admitidos na lei local.

Nos fracionamentos feitos em desacordo com as normas municipais, cabe à Prefeitura negar licença para edificação, dando, assim, cumprimento à lei.

Quanto aos casos de parcelamento de que trata a consulta (conforme aditamento verbal e documentos apresentados, efetuados em dimensões inferiores às mínimas previstas no artigo 8º da Lei nº 452/76), para dar cumprimento à legislação municipal, a Prefeitura deverá proibir a edificação.

Pelo contexto da legislação municipal, é de tirar-se a ilação de que nos terrenos em questão poderão ser admitidos apenas usos que não requeiram qualquer construção.

Queremos ainda esclarecer que a Prefeitura não pode negar o fornecimento de certidões negativas de débito destinadas a negociação de bens imóveis. A aplicação das limitações urbanísticas em geral, no que se incluem as exigências quanto a dimensões, deve ser feita pela Prefeitura através de proibições e autorizações. Na hipótese do parcelamento, não autorizará construções, se desatendidas as dimensões mínimas, e embargará as obras não autorizadas.

Por fim, às indagações formuladas respondemos, em síntese:

Quesito a) "É constitucional a Lei Municipal nº 452 (art. 8º), de 18 de maio de 1976, que fixou módulo mínimo para desmembramento de imóveis localizados no perímetro urbano?"

Não se pode dizer que o artigo 8º da Lei nº 452/76 tenha fixado "módulo mínimo" para desmembramento de imóveis, mas sim dimensões mínimas para fins de edificação. O dispositivo deve ser entendido nesse sentido, estando, assim, em harmonia com a Constituição. O Município pode estabelecer dimensões mínimas para os terrenos edificáveis ou com edificações, como decorrência de sua competência para disciplinar o uso e ocupação do solo urbano.

Quesito b) "Em caso afirmativo, as escrituras elaboradas sem observância desta Lei serão nulas de pleno Direito?"

A resposta ao quesito anterior não foi afirmativa, porém a pergunta subsequente não está inteiramente prejudicada. Embora as escrituras que tenham por objeto terrenos em dimensões inferiores às previstas no artigo 8º da Lei nº 452/76 não legitimem o uso normal dos terrenos que é a edificação, produzem todos os efeitos para fins de transmissão desses, que poderão ser usados só para fins que não requeiram construção.

Quesito c) "Em caso negativo, é necessário a revogação da disposição legal que trata do assunto por outra lei, ou simplesmente se desconsidera tal dispositivo?"

Este quesito ficou prejudicado pelas respostas anteriores. Entretanto sugerimos modificação na legislação, para tornar mais explícito o sentido da lei, relativamente a "desmembramentos" para edificação e que atinjam terrenos com edificação

É o parecer, sub censura.

Porto Alegre, 27 de dezembro de 1978.

LEI SUELY

RECURSO EXTRAORDINARIO

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

OBJETO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM PEDIDO DE REAPRECIÇÃO DA
MATÉRIA PELO PLENÁRIO DO S.T.F. EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DA
COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL (CF, art. 119, inciso III, "a", "c" e "d", e
RISTF, art. 12, parágrafo único, "b").

Questões Constitucionais e Federais Relevantes:

1. Impossibilidade de reduzir-se, para quem de 35 anos, mediante outorga de tempo fictício, sem que lei complementar de iniciativa do Presidente da República o preveja, o tempo de serviço para a aposentadoria. Violação dos arts. 101, III, e 103, combinado com art. 13, V, da CF.
2. Inexistência de direito adquirido contra a Constituição. Impossibilidade de seu surgimento tendo por objeto a qualificação que, num determinado momento, antes da aquisição da vantagem, a lei tenha dado aos requisitos necessários à sua aquisição (v.g.: tempo de serviço em relação à aposentadoria). Violação e negativa de vigência aos arts. 153, § 3º, da CF, e 6º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil). Pedido de reapreciação da matéria do direito à qualificação ao tempo de serviço pelo Plenário do S.T.F. em razão da alteração da composição do tribunal na hipótese de entender-se necessário enfrentá-la para o provimento do recurso (RISTF, art. 12, parágrafo único, "b").
3. Impossibilidade de surgimento de direito a averbar (= anotar) o implemento de requisito de vantagem sem que a lei o tenha dito. Violação e negativa de vigência dos arts. 153, § 3º, da CF, e 6º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil).
4. Impossibilidade de proteger-se com mandado de segurança o que não seja direito. Violação e negativa de vigência dos arts. 153, § 21, da CF, e 1º da Lei nº 1.533/51.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos dos embargos infringentes nº 30.563, em que figura como Embargante, sendo Embargado A. S. B., vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO contra o venerando acórdão que rejeitou os embargos, fazendo-o em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos.

I — DO CABIMENTO DO RECURSO

1. O venerando aresto recorrido houve por bem rejeitar os embargos para, como fizesse o aresto embargado, reconhecendo ao Recorrido o direito adquirido ao cômputo do tempo ficto para a aposentação outorgado pela revogada lei estadual nº 4.585/63, deferir-lhe a averbação de tal tempo.

2. O Recorrente, conforme se pode verificar, simultaneamente com a oposição dos embargos infringentes, interpôs recurso extraordinário contra o aresto embargado, fazendo-o tanto da parte em que, por unanimidade, rejeitaram-se as preliminares como da em que, no mérito, negara-se por maioria provimento à apelação.

Fê-lo, quanto a esta última parte, "ad cautelam", em face da Súmula 597 do S.T.F., que afirma a inadmissibilidade de embargos infringentes na apelação de mandado de segurança, pois, adotada a tese da Súmula, e não conhecidos os embargos, o prazo para o apelo extremo contra o julgamento do mérito ter-se-ia iniciado com a publicação do acórdão da apelação.

Ocorre que, agora, em face do conhecimento dos embargos infringentes pelo Egrégio 2º Grupo de Câmaras Cíveis, aquele recurso ficou prejudicado quanto a esta última parte, pois, no que tange a ela, só agora esgotou-se a instância ordinária (Súmula 281, S.T.F.).

3. Desta forma, vê-se o Recorrente na contingência de interpor novo recurso extraordinário, agora contra o aresto que rejeitou seus embargos infringentes, recurso, no entanto, que, como é óbvio, pois o venerando aresto recorrido não mais fez que repetir os fundamentos do aresto embargado, deverá ser, no essencial, reprodução do anteriormente interposto.

II — DO CABIMENTO PELA LETRA "a"

a) Da Violação dos Artigos 101, III, e 103 Combinados com o Art. 13, V, da Constituição Federal

4. Ao reconhecer o direito ao cômputo ficto atribuído pela Lei nº 4.585/63, o venerando acórdão não mais fez do que admitir a redução, para alguém dos trinta e cinco anos, do tempo de serviço necessário à aposentação voluntária, com o que violou, de modo flagrante, os artigos 101, III, e 103, combinados com o art. 13, V, da Constituição Federal, que, salvo "lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República", não o permitem.

5. Sob este aspecto é lapidar a lição do Ministro LEITÃO DE ABREU, extraída de seu voto RE 92.881, "verbis":

"Quando, em 20 de junho de 1967, revogou essa lei, o legislador paulista ajustou, nesse ponto, a ordem jurídica local à norma exarada na Constituição Federal de 1967. Nesta, depois de se fixar, no artigo 100, as regras quanto ao tempo de serviço para a aposentadoria, referindo-se sem nenhuma dúvida, exclusivamente, a serviço público, estabeleceu, no § 2º, desse preceito: "Atendendo a natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I, do art. 101." Corolário inevitável desse mandamento constitucional era a proibição de se acrescentar à antiguidade do servidor por via legislativa, que não fosse a federal, tempo de serviço ficto ou prestado na esfera privada, pois que, se isso fosse permitido, se poderia por via indireta ou oblíqua, realizar aquilo que a Constituição proíbe, ou seja, reduzir o tempo de serviço para a aposentadoria, tempo fixado nessa Carta Política. Na Constituição vigente, Emenda 1, tornou-se ainda, no art. 103, mais estrita ou rigorosa a proibição. "Lei complementar" — estatui esse preceito — "de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para a aposentadoria, transferência para a inatividade e disponibilidade". Em face, pois, quer do art. 100, § 2º, da Constituição de 1967, quer do art. 103, da vigente Constituição, a Lei nº 6.898, de 1962, ainda que não tivesse sido revogada, em 20 de julho de 1967, a Lei nº 9.825, seria, quando menos, ineficaz, de modo que, de nenhum modo, poderia ser contado para a aposentadoria o tempo de serviço, de caráter privado, que mando imputar na antiguidade funcional do servidor público." ("in" R.T.J. 79/277, e fls.).

6. O exposto, como se vê, tem perfeita aplicação à espécie. Ao admitir o cômputo de tempo ficto, — note-se: no caso sequer se trata de serviço efetivamente prestado, ainda que não público, mas de serviço fictício, irreal — o venerando aresto admitiu a redução do tempo para a aposentação, o que só à "lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República" era dado fazer. Violou, pois, como se disse, os artigos 101, III, e 103, e art. 13, V, todos da Constituição Federal, esse último o que impõe aos Estados-membros a obediência dos primeiros.

b) Da Violação ao Art. 153, § 3º, da Constituição Federal e da Negativa de Vigência ao Art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil)

7. De outra parte, ao reconhecer ao Recorrido direito adquirido a averbar o tempo ficto previsto na Lei nº 4.585/63 e, mais, de computar tal tempo para a aposentadoria, o venerando aresto violou o art. 153, § 3º, da Constituição Federal, e negou vigência ao art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657 (L.I.C.C.), pois reconheceu como direito adquirido, protegendo-o como tal, o que direito adquirido não era.

b.a.) Da Inexistência de Direito Adquirido Contra a Constituição

8. A ordem constitucional vigente, como se viu, não admite cômputo de tempo ficto, exceto se, o que não é o caso, estabelecido em "lei complementar da iniciativa exclusiva do Presidente da República" (EC 1/69, art. 103).

9. Ora, como se sabe, não pode haver direito adquirido contra a Constituição, exatamente porque é ela mesma que o garante. Assim, incidindo, a Constituição corta, cerce, tudo o que contra ela se põe.

10. E, no caso, estabelecendo em trinta e cinco anos o tempo para a aposentação e vedando a redução exceto nos casos que previu, a Constituição cortou toda a possibilidade de aposentadoria com menos tempo, ainda que direito adquirido a isso se tivesse.

11. Portanto, já por isso, não havia como pudesse o venerando acórdão reconhecer ao Recorrido direito adquirido a tal aposentação.

b.b.) Da Inexistência de Direito Adquirido à Averbação de Tempo Ficto Estabelecido na Lei nº 4.585/63

12. De outra parte, e tirante a discussão sobre o direito à contagem, não havia como se pudesse vislumbrar na Lei nº 4.585/63 direito à averbação (= à anotação nos registros da Administração) do tempo ficto por ela outorgado. Ainda que se reconhecesse aquele, que, até por disposição constitucional, inexistente, disso não poderia resultar, como corolário necessário, o reconhecimento desse, que exige dispositivo **expresso, claro, incontroverso**, no caso inexistente.

13. É que, sendo o tempo ficto simples elemento do suporte fático da vantagem, não se pode admitir que, como regra geral, numa estonteante e ineficaz explosão de burocratismo ("mera averbação não dá nem tira direito algum", T.F.R., Ag. 31.239, D.J.U. 14 de outubro de 1975), a Administração esteja obrigada a anotar em seus registros o implemento de cada um dos requisitos dos direitos e vantagens de seus servidores embora tal implemento não seja ainda suficiente para fazer nascer qualquer direito.

14. Na verdade, pretender averbar tempo ficto (= acréscimo ao tempo real em razão da ocorrência do fato "a" ou "b"), sem que, com ele, se aperfeiçoe a vantagem de que é requisito, é, "mutatis mutandis", a mesma coisa que pretender averbar, por exemplo, a participação em operações bélicas, a conclusão de determinado curso, etc., pelo único e tão-só motivo de que, embora não completados os demais, tais fatos sejam requisitos para aquisição de tal ou qual vantagem.

15. Não fica difícil compreender que, a vingar essa orientação, com a multifacetada gama de direitos e vantagens deferidos aos servidores, e com a infinidade ainda maior de requisitos necessários à sua aquisição, a Administração quase de outra coisa não se poderia ocupar que... analisar e anotar requisitos de vantagens! E, o que é pior, um tanto kafkianamente, de vantagens que poderiam... **nunca vir a ser adquiridas!**

16. Desta forma, como se vê, do só fato de a lei atribuir acréscimo de tempo (= tempo ficto) para aquisição de determinada vantagem não se pode extrair o direito, que é **outro**, de averbar esse tempo antes de aperfeiçoados todos os requisitos da vantagem. Tal direito, por ser excepcional, por contrariar a regra geral de que os requisitos de uma vantagem devem ser apreciados **quando de sua concessão**, tal direito, se outorgado, deve vir expresso, claro, incontroverso, na lei.

17. E, "data venia", isso não ocorria na Lei nº 4.585/63. Nela atribuíam-se, **tão-só**, direito a acréscimo de tempo. Nunca o de averbar tal acréscimo, até porque isso seria autêntico "bis in idem", pois todos os requisitos — assiduidade e bom comportamento — necessários ao surgimento do direito já **deveriam constar da ficha funcional do servidor**.

b.c.) Da Inexistência do Direito ao Cômputo do Tempo Ficto

18. De outra parte, o direito mesmo ao cômputo do tempo ficto previsto na Lei nº 4.585/63 inexistia, quer porque, como já se viu, contrapunha-se ele à ordem constitucional vigente, quer porque, revogada que fora aquela lei, a permanência ainda agora de tal direito se contraporá ao regime estatutário a que se submete o servidor público.

19. Cabe, antes de tudo, notar, pois a isso deu-se grande relevância no aresto recorrido, que a espécie não tem exata similitude com as demais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e trazidas à colação a fls. 37 a 96.

Cuidava-se ali de cômputo de tempo de serviço particular, ou seja — e aqui o ponto fundamental — tempo de serviço **efetivamente prestado**, e, como tal, **diverso** daquele a que o servidor pretendia agregá-lo para a aquisição da vantagem. Apenas se faz qualificar juridicamente esse serviço — repita-se: **efetivamente prestado** — como sendo, ele também, suscetível de gerar o direito à vantagem.

Aqui, no entanto, não. Inexiste "plus" de tempo de serviço; apenas, por uma ficção legal, se acresceu de "x" o tempo do funcionário, sem que, no entanto, tal "x" se constituísse efetivamente tempo de serviço, ainda que não-público. No suporte fático do acréscimo não está, aqui, serviço, mas, tão-só, o puro e simples cumprimento dos deveres funcionais de assiduidade e bom comportamento.

Ora, é evidente que, se a tese esposada pela maioria (maioria de **um voto**, votando vencedores os eminentes Ministros ELOY DA ROCHA e RODRIGUES ALCKMIN, que **não mais integram o Tribunal**) do Supremo Tribunal Federal pode ser aceitável, inobstante discutível, nas hipóteses dos acórdãos trazidos à colação, em que se cuidou de serviço **efetivamente prestado**, inobstante particular, e, como tal, em que apenas se **qualificou** juridicamente esse serviço, tal não pode ocorrer no caso dos autos, em que não há simplesmente aquela qualificação, mas outorga de tempo de serviço que **não existiu**, em flagrante contrariedade aos artigos 101, III e 103, da Constituição do Brasil, que não permitem a redução, senão por lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República, dos limites de tempo para a aposentadoria.

20. De qualquer forma, e "data venia", entende o Recorrente que razão assistia à tese vencida no Supremo Tribunal Federal, pelo que, em razão da alteração na composição daquele Egrégio Pretório (a tese foi vencida, como se disse, por um voto, e os votos vencedores, Ministro ELOY DA ROCHA e Ministro RODRIGUES ALCKMIN, não mais integram o Tribunal), e na hipótese de que se entenda necessário enfrentá-la para dar-se provimento ao recurso, pede-se seja ela novamente submetida ao Plenário, nos termos facultados pelo art. 12, parágrafo único, "b", do Regimento Interno do S.T.F.

21. É que, como já se disse, submetido o servidor a regime estatutário, não parece compatível com a natureza desse regime a formação de direito adquirido à qualificação que, em determinado momento, antes da aquisição da vantagem, a lei tivesse dado a um dos requisitos necessários à sua aquisição, pois, e isso nunca se pode perder de vista, o tempo não mais é do que um dos requisitos para a aquisição da vantagem.

22. Ora, se, em razão da natureza estatutária do vínculo, se admite que a lei possa aumentar o tempo necessário à aposentadoria, se se admite que possa inclusive suprimir tal fato como requisito, como não admitir o menos, ou seja, a desqualificação do que antes qualificava como requisito?

23. Demais, se se admite o direito à qualificação de tempo de serviço, que, repita-se, é simples requisito para a aquisição da vantagem, tem-se de admitir também, por coerência lógica e jurídica, o direito à qualificação de todos os demais requisitos, pois razão não haveria para que isso ocorresse apenas em relação àquele (tempo de serviço) e não a esses. Pense-se então na hipótese de vantagem para cuja aquisição fosse necessário, entre outros, o requisito da conclusão de curso com determinado currículo. Admitir-se-ia também que, realizado o curso, o servidor adquirisse o direito à sua qualificação pela lei da época da sua realização, de tal sorte que, para o deferimento da ainda não adquirida vantagem, a lei nova não pudesse exigir novo currículo? Evidentemente, não! A tanto conduz, no entanto, em rigor de lógica, a tese majoritariamente sufragada no RE 82.881-SP!

24. Certo, a tese vencida no S.T.F. poderá ocasionar a frustração de expectativas que, do ponto de vista estritamente individual, deveriam merecer proteção. Mas, como se sabe, a relação de função pública não se funda em interesses individuais, mas no interesse público. Esse é que, informando o direito administrativo, fundamenta o regime estatutário a que se submete o servidor. E é inegável que, em tal regime, e em prol daquele interesse, a teoria dos direitos adquiridos sofre considerável atenuação.

25. Seja como seja, depois do exaustivo debate travado no julgamento do RE 82.881-SP (fls. 41-97), seria superafetação tudo o que se tentasse acrescentar àquilo que, com proficiência de mestres, os votos vencedores e vencidos lançaram sobre o tema do direito adquirido à qualificação do tempo de serviço.

Nunca é demais, no entanto, repetir a lição do Ministro LEITÃO DE ABREU:

"Diante desses princípios; consagrados entre nós jurisprudencialmente, com o apoio da "communis opinio" dos nossos publicistas, cabe concluir que a lei nova, pela qual se modifiquem os pressupostos exigidos para a aposentadoria, tem aplicação imediata aos servidores que, até o advento da nova lei, não hajam reunido os requisitos para a inativação, sem que se possa falar, se desfavorável o novo provimento legislativo, em direito adquirido. Como o tempo de serviço é fato complexo, da configuração de cujos elementos depende o nascimento do efeito jurídico, consistente no direito à aposentadoria, cumpre reconhecer-se como legítima a incidência imediata da lei nova, que modifique o critério relativo à apuração do tempo de serviço, sem que a isso se oponha, por inaplicável diante do regime da função pública, a regra "tempus regit factum", uma vez que este, na espécie, como fato complexo, não se completou." (cf. voto proferido no RE 82.881-SP, "in" R.T.J. 79/276, e fls.).

26. Assim, como se vê, não havia como vislumbrar qualquer direito adquirido do Recorrido quer à averbação quer ao cômputo mesmo do tempo ficto, pelo que, reconhecendo-os, e protegendo-os como tais, o venerando aresto não só negou vigência ao art. 6º do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) como ao § 3º do art. 153 da Constituição Federal.

c) Da Violação ao Art. 153, § 21, da Constituição Federal e Negativa de Vigência ao Art. 1º da Lei nº 1.533/51

27. Estabelece a Constituição Federal que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por "habeas corpus" (artigo 153, § 21)".

O mesmo, de resto, se dispõe no art. 1º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

28. Ora, inexistindo os direitos para cuja proteção o venerando aresto deferiu o mandado de segurança, o que foi exaustivamente examinado na alínea anterior (alínea "d"), é evidente que violou ele também o artigo 153, § 21, da Constituição Federal, e negou vigência ao referido art. 1º da Lei nº 1.533/51, que repita-se, um e outro, outorgam "mandamus" para a proteção de direito.

29. Desta forma, é indiscutível o cabimento do recurso pela alínea "a" do inciso III do art. 119 da Constituição Federal.

III – DO CABIMENTO PELA LETRA "c"

30. Mas, cabível pela letra "a", o apelo extremo é também admissível pela alínea "c" do permissivo constitucional.

31. Isto porque, tendo sido sustentada a contrariedade da Lei nº 4.585/63 à ordem constitucional vigente, mais especificamente aos artigos 101, III, 103 e 13, V, da Constituição do Brasil (cf. razões de apelação, item 11, fls. 129), o venerando aresto, deferindo

o "mandamus", rejeitou tal arguição, dando, portanto, por "válida" a lei local (art. 119, III, c, CF).

32. Certo, não se confunde validade com eficácia, e, poder-se-ia argumentar, ao reconhecer o direito adquirido resultante da Lei nº 4.585/63, o aresto teria emitido juízo sobre a eficácia, e não a validade, da lei.

Mas, parece evidente, inobstante empregue o termo "validade", o permissivo constitucional abrange também o só juízo de eficácia, pois o que se pretende com ele é submeter ao Supremo Tribunal Federal a aplicação que se tenha feito de lei local, se e quando essa tenha sido contestada em face da Constituição.

IV – DO CABIMENTO PELA LETRA "d"

33. Mas, ainda pela alínea "d" do permissivo constitucional tem cabimento o recurso, eis que, decidindo como decidiu, o venerando aresto divergiu da interpretação que têm dado aos supra-referidos dispositivos federais outros Tribunais do País, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

Da Divergência Quanto a não Aquisição de Direito a Tempo de Serviço

34. Com efeito, ao reconhecer ao Recorrido direito adquirido ao tempo ficto outorgado pela Lei nº 4.585/63, cuja revogação é incontroversa, o venerando acórdão dissentiu também de vários julgados de outros Tribunais do País, inclusive o S.T.F., que afirmam ser a lei da época de sua concessão a que rege a aposentadoria.

Eis as decisões:

"Aposentadoria. Sujeição ao império da lei vigente ao tempo da concessão, se não foi requerida anteriormente. Segurança denegada. Recurso não provido (...).

É certo, como asseverou o acórdão recorrido, que a lei que regula as vantagens da aposentadoria é a vigente ao tempo da concessão (...)". (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Mand. Seg. 9.614-PI, in Referências da Súmula do STF, vol. 18, pág. 90).

"A fundamentação contida no acórdão recorrido é impecável.

A aposentadoria se rege pela lei vigente ao tempo da retirada do serviço público." (Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação cível nº 165.131, Rel. Des. RODRIGUES PORTO, in Rev. Trib. 197/99).

35. Ora, está implícito nas decisões transcritas, como, aliás, na própria Súmula 359 do S.T.F., onde se estabelece que os proventos da inatividade se regulam pela lei do tempo

em que o servidor reuniu os requisitos necessários, que a lei que rege a aposentação, inclusive quanto aos requisitos a ela exigíveis, de que o tempo de serviço é – e pode até não deixar de sê-lo! – um deles, é a época em que foram todos eles reunidos. Antes, há simples expectativa de direito em relação à aposentadoria; e, se o há, com muito mais razão deverá havê-lo em relação a seus requisitos.

36. Assim, aqui também, é manifesta a discrepância do venerando aresto com os acórdãos arrolados e com o que, implicitamente, se contém no enunciado da Súmula 359 do S.T.F.

37. E não se invoque o acórdão proferido no RE 81.882-SP e os que lhe seguiram para afastar o cabimento do apelo extremo, pois se é certo que, sendo decisão do Tribunal Pleno do Pretório Excelso, aquele primeiro acórdão se constituiria em princípio em óbice ao cabimento pela alínea "d" (Súmula 286), não menos certo é que, de um lado, como já se examinou, tais decisórios não têm exata similitude com a hipótese dos autos, e, quando assim não fosse, foram eles tomados pela maioria de um voto do Supremo Tribunal, votando vencedores os eminentes Ministros ELOY DA ROCHA e RODRIGUES ALCKMIN, que não mais o integram. E, como se sabe, o só fato da mudança operada na composição do Tribunal é suficiente para colher-se nova manifestação do Pleno (R.I. do S.T.F., art. 12, II, "b").

V – DA ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA

38. Inobstante entenda desnecessário o incidente em mandado de segurança, o Recorrente argui, na forma e para os efeitos do art. 308, do R.I., do S.T.F., a relevância das questões federais acima deduzidas.

39. Relevantíssimos são os temas de direito federal suscitados no recurso.

A impossibilidade constitucional de redução do tempo de serviço, ainda que mediante atribuição de tempo fictício, e do surgimento ao servidor, em face do regime estatutário, de direito à qualificação de requisitos de vantagens, a inexistência, como regra geral no direito administrativo, de um direito a averbar o implemento de requisitos de vantagens ainda não adquiridas, fato, esse último, que transformaria a Administração num autêntico "arquivo", todos esses temas falam por si sós. Basta aflorá-los para sentir-lhes a gravidade e repercussão. E, conseqüentemente, a relevância suficiente, mais do que suficiente, para que sobre eles se pronuncie o mais alto Tribunal do País.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ADMITIR o presente recurso, abrindo-se vista às partes para as razões, e, de qualquer forma, admitido ou não o recurso, DETERMINAR O PROCESSAMENTO DA ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA, na forma e para os efeitos do art. 308 do RISTF, para que, dando-lhe provimento, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reforme a decisão embargada para, prejudicadas as preliminares

de nulidade suscitadas no outro recurso extraordinário (art. 249, § 2º, CPC), que é aqui expressamente reiterado, julgar a ação integralmente improcedente.

REOUER, outrossim, o traslado para o instrumento da argüição de relevância, além das peças indicadas no recurso extraordinário interposto anteriormente, (a) daquela petição de recurso extraordinário, (b) do aresto proferido nos embargos infringentes (ora recorrido) e (c) da presente petição.

Nestes Termos Pede Deferimento.

PORTO ALEGRE, 25 de abril de 1980.

DESPACHO NO RECURSO EXTRAORDINARIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS AUTOS
DOS EMBARGOS INFRINGENTES
Nº 30.563
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
ANYR SOARES BARRETO

2º GRUPO CÍVEL
PORTO ALEGRE
RECORRENTE,
RECORRIDO.

I. ANYR SOARES BARRETO, Consultor-Jurídico do Instituto de Previdência do Estado impetrou mandado de segurança contra ato do presidente daquela autarquia pretendendo obter a averbação, em seus assentamentos funcionais, do tempo de serviço facultado pelo art. 1º e § 1º da Lei nº 4.585/63, durante o período que medeia de seu ingresso no serviço público até a data da revogação da Lei pela de nº 5.846/69. Afirma ter adquirido direito ao acréscimo de tempo, de 1/6 por ano de serviço trabalhado, estando ao amparo do § 3º, do art. 153, da Constituição Federal. Diz também, que não se aplica ao caso o princípio sumulado pelo S.T.F. na referência nº 359.

A negativa da autarquia funda-se no fato de que o pedido do servidor foi extemporâneo, eis que já revogada a chamada "Lei Suely", concessiva da vantagem. E, mesmo que averbado tivesse sido o referido tempo, milita contra o postulante o princípio da contemporaneidade da aposentadoria, pois esta só teria efeitos se as condições legais da época da aposentadoria lhe permitissem.

A segurança foi concedida, em primeiro grau de jurisdição, entendendo o MM. Juiz "a quo" que se tratava não de direito expectativo à aposentadoria, mas de forma de contagem de tempo de serviço estadual. Nestes termos a lei nova não poderia prejudicar o direito adquirido de contagem, pela determinada forma legal, do tempo de serviço já prestado ao Estado.

Em segundo grau de jurisdição foi reapreciado o feito em reexame necessário com apelações do IPERGS e do Estado do Rio Grande do Sul, que ocorreu espontaneamente.

Argüi o Estado a prefacial de nulidade do processo por falta de sua citação, desobedecendo o Art. 19 da Lei nº 1.533/57, bem como o artigo 65, da Lei nº 5.255/66, com a redação da Lei nº 5.549/67. No mérito, diz que a averbação não dá nem tira direito algum e que não é lícito obter, via mandado de segurança, antes do pedido de aposentadoria, a averbação de tempo feito em flagrante contrariedade aos artigos 101, III e 103 da Constituição Federal. Mesmo se existisse direito à averbação, estaria este prescrito, eis que decorridos mais de cinco anos da revogação da Lei nº 4.585/63, argüida a exceção correspondente.

A Egrégia 4ª Câmara Cível, depois de rejeitadas as preliminares por unanimidade de votos, negou provimento às apelações, confirmando a sentença sob reexame, por maioria, em decisão resumida pela ementa de fl. 152, *in verbis*:

“Funcionário autárquico. Averbação do acréscimo de tempo de serviço ficto, decorrente da implementação dos requisitos de assiduidade e boa conduta funcional. Caráter de premiação. Se na vigência da lei estadual nº 4.585/63, satisfizesse o impetrante todos os seus requisitos, fez jus “a um bem jurídico, que se incorporou, imediatamente, ao seu patrimônio, consubstanciando direito adquirido que Lei posterior não pode desrespeitar”. Segurança concedida. Sentença confirmada. Voto vencido.”

Deste acórdão foram opostos embargos declaratórios (fls. 174) que foram rejeitados (fls. 180 e seguintes).

Da parte não uniforme do julgado, o Estado interpôs embargos infringentes. E, de todo o decisório, em face do enunciado nº 597, da Súmula de jurisprudência do S.T.F., interpôs recurso extraordinário.

Sustentou, neste último recurso, que o venerando aresto da 4ª Câmara Cível, da forma como decidiu, (I) relativamente às preliminares, (1ª) negou vigência ao art. 19, da Lei nº 1.533/51, pois admitiu correta a falta de citação dos litisconsortes necessários como eram a autarquia e o Estado, e (2ª) ao art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, combinado com o art. 2º, do Decreto-Lei nº 4.592/42, por não ter declarado a prescrição do direito à averbação que, se existisse, teria nascido há mais de cinco anos da propositura do “writ”. (II) No mérito, sustenta, em resumo, que o acórdão: (1ª) violou o art. 101, III c/c 103 e 13, V, da Constituição Federal, quando admitiu a redução do tempo de serviço necessário à aposentadoria; (2ª) violou o § 3º, do art. 153, da mesma Carta e negou vigência ao art. 6º da LICC, admitindo e protegendo como tal o que direito adquirido não era; (3ª) violou e negou vigência, respectivamente, aos arts. 153, § 21, da Constituição Federal, e 1º, da Lei nº 1.533/51, concedendo mandado de segurança sem que houvesse direito a ser protegido. Diz, ainda, que a decisão (III) julgou eficaz norma local (Lei nº 4.585/63) contestada face à Constituição e (IV) deu às normas federais, cuja vigência foi negada, interpretação diversa da que tem sido dada por outros tribunais do país, inclusive o S.T.F.

Com isto, afirma o cabimento do apelo extremo com arrimo nas alíneas a), c) e d), do art. 119, III, da Constituição Federal, havendo sido todas as matérias prequestionadas quando não no acórdão embargado nos embargos declaratórios para tal fim opostos os quais, inobstante rejeitados, tiveram tal préstimo consoante jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal.

Por ordem foram, inicialmente, apreciados os embargos infringentes em que o Estado sustentou, em preliminar, o cabimento do recurso. No mérito, reafirmou o descabimento do mandado de segurança e a inexistência do direito ao acréscimo de tempo, quer por contrapor-se à ordem constitucional vigente, quer por já ter sido revogada a lei concessiva tanto por outra lei ordinária como pela própria Constituição.

Os embargos foram respondidos, com a arguição preliminar de seu descabimento.

Decidiu o 2º Grupo de Câmaras Cíveis (fls. 268 e seg.) rejeitar a preliminar e os embargos assim ementando sua decisão:

“Funcionário do Instituto de Previdência do Estado. Abrangido pela denominada Lei Suely, no período de sua vigência, e verificadas as condições essenciais à existência do direito, incorporou-se ele ao patrimônio do servidor, gerando efeito imutável por lei posterior”.

Com o conhecimento dos embargos infringentes, foi renovado o recurso extraordinário e a arguição de relevância da questão federal pelo Estado, em petição de fls. 281 e seguintes, onde é pedida a reapreciação da matéria pelo plenário do STF, na conformidade do art. 12 e parágrafo único, do RISTF.

O recurso foi impugnado.

Parecer do Ministério Público opina pelo não seguimento do recurso.

II. Visando contornar o óbice regimental cogitado no art. 308, IV, alínea d), do Regimento Interno do Sumo Pretório, arguiu o Estado recorrente violação aos artigos 101, III, combinado com os artigos 103 e 13, V, bem assim ao art. 153, §§ 3º e 21, da Magna Carta.

Sustenta que ao se reconhecer, para efeitos de aposentadoria, o cômputo de tempo de serviço previsto na Lei nº 4.585/63 (Lei Suely), resultaram vulneradas as normas constitucionais que vedam tal contagem, comprometido que foi o tempo mínimo para a aposentadoria aos 35 anos, exceto se por lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República se operasse tal redução, do que não cogita a espécie. Daí a violação à norma maior. Assim, a chamada “Lei Suely”, no mínimo, seria ineficaz frente a princípio insculpido na Constituição, à qual devem se submeter os Estados-membros.

As decisões deste Tribunal de Justiça tanto junto à Câmara Cível (por maioria), quando do julgamento da Apelação Cível, como do Grupo (por unanimidade), por ocasião dos Embargos Infringentes, foram de que embora a lei concessiva da vantagem de tempo ficto (Lei nº 4.585/63) tivesse sido revogada por outra lei ordinária (Lei nº 5.846/69), permaneceu eficaz no período de sua vigência, ainda que seus efeitos somente viessem a se projetar em momento posterior, mesmo após sua revogação. Vingou o princípio “*lex regit factum*”.

A proibição da contagem de tempo ficto de serviço, que importaria na redução para aquém de 35 anos de serviço público necessário à inativação, adveio somente com a edição da Emenda Constitucional nº 1/69 cuja entrada em vigor se deu a 30 de outubro do mesmo ano, sendo assaz importante frisar que tal disposição não encontrava vedação correspondente nas Constituições que a antecederam, quando da plena vigência da chamada “Lei Suely”. Essa foi revogada, expressamente, pela Lei nº 5.846, no dia posterior à en-

trada em vigor da EC 1/69. Assim que, se conflitante a lei estadual frente a mandamento constitucional, o seria de modo efêmero (por 24 horas), não se podendo fazer retroagir o princípio, para inquirir de inconstitucional, norma legal ordinária, que convivia harmoniosamente com o ordenamento jurídico então vigente.

A concessão da segurança foi para que, até a vigência da lei, se garantisse ao impetrante a contagem do tempo que lhe teria sido concedido. Não há, "*data venia*" do ilustre Procurador do Estado, como se possa entender tenha restado violado dispositivo constitucional que, na prática, só se tornou operante após a revogação da lei estadual que lhe seria conflitante. No particular, oportuna passagem da Câmara julgadora quando asseverou: "*Daí porque, seja porque revogada pela Constituição a lei ordinária estadual, ou no plano da lei ordinária, igual a de uma lei ordinária por outra, o certo é que o acórdão assegura ao impetrante o direito de contar, para efeito de aposentadoria, o tempo de serviço que a lei estadual nº 4.585, de 1963, outorgar enquanto vigente esteve*" (fls. 188).

Nada mais fez o venerando aresto recorrido do que aplicar a garantia constitucional prevista no parágrafo 3º, do art. 153, aduzido de violação, porque a lei nova não poderia comprometer o direito adquirido.

No caso "*sub judice*", o funcionário reuniu os requisitos na vigência de lei anterior para obtenção da vantagem. Realizado o fato, o direito dele emergente incorporou-se ao patrimônio do servidor público. Nenhuma relação tem o direito adquirido à averbação do respectivo tempo de serviço ficto, com o princípio da lei que regula a aposentadoria. Uma coisa é o direito à contagem de tempo de serviço; outra, o direito a aposentar-se.

De forma sucinta a tese do direito adquirido sustentada pelo colendo Tribunal de Justiça deste Estado, diz que a qualificação jurídica desse tempo é regida pela lei vigente no momento em que ele é prestado, isto é, a lei que rege a aposentadoria ao exigir determinado tempo de serviço, há que considerar sua existência como de serviço público, de conformidade com as leis que o caracterizaram nos diversos momentos em que foi sendo prestado. Essa exegese vem encontrando franca acolhida junto ao Pretório Excelso como se vê do RE 82.881-SP (RTJ 79/268). No mesmo sentido, inclinou-se aquela Augusta Corte no RE 87.730, também de São Paulo, sendo Relator o eminente Min. Leitão de Abreu, onde apregoa que "*A lei posterior que revoga essa contagem, não pode retroagir para suprimi-la em relação aos que adquiriram esse direito ao cômputo, na vigência da legislação permissiva.*"

Em sintonia com esse entendimento, o recorrido fez juntar as manifestações exurgidas quando do julgamento do RE 82.883-SP, que culminou em imprimir idêntica conclusão.

Nas demais oportunidades em que a Corte Maior foi chamada a dirimir controvérsias envolvendo o mesmo tema, foi coerente com a orientação esposada anteriormente, como ocorreu no RE 85.740 (RTJ 88/262), asseverando o insigne Min. Cunha Peixoto

que "*O Pretório Excelso já decidiu que o tempo de serviço prestado pelo funcionário já se integrara ao patrimônio do servidor, configurando direito adquirido inviolável de ser atingido retroativamente por lei posterior que venha a revogar o benefício.*" Nessa oportunidade foram invocados como precedentes os RREE 82.881-SP, antes mencionado, e 83.751-8A.

Significativa, sem dúvida, a passagem na Representação 983-SP, onde o Pleno da mais alta Corte (RTJ 91/769) afirmou o direito adquirido ao tempo de serviço assim juridicamente qualificado "*... a qualificação jurídica do tempo ou a constituição do direito adquirido são realidades e conceitos que se perfazem sob a regência de uma lei que se revogou, para valerem sob a vigência da lei revogadora.*"

O argumento de que inexistente direito adquirido frente à Constituição só é válido se entendido em sintonia com princípio de igual nível qual seja, da irretroatividade das leis, consagrado em garantia constitucional, o que se está a preservar no caso vertente, como afirmou o decisório impugnado, a fls. 276, invocando o magistério de Cunha Gonçalves. A contagem de tempo ficto de serviço público está inserida na tradição brasileira até a entrada em vigor da EC 1/69, jamais esteve sob suspeita, sendo oportuna a lembrança feita pelo venerando aresto que julgou a apelação que ensejou os embargos, quando foi trazido o exemplo mais marcante, como é o caso da licença-prêmio convertida em tempo dobrado de serviço.

O reconhecimento da pretensão do impetrante como direito, via de consequência, permite-lhe a proteção através do "*writ*", tornando-se insustentável a alegação de violação ao art. 153, § 21, da Constituição Federal.

III. Ilésa, portanto, a Magna Carta descabe o apelo derradeiro com fulcro nas alíneas a) e d), do permissivo constitucional, eis que incide o óbice regimental previsto no art. 308, IV, letra d), do Regimento Interno do Excelso Pretório, abarcando a expressão genérica "*litígio*", mesmo o mandado de segurança, porque "*in casu*", o fulcro da discussão gira em torno de direito emergente de relação estatutária, sem o comprometimento de seu vínculo. Não possui, portanto, pertinência à espécie o inciso III, do mesmo diploma regimental.

IV. No entanto, cabível o apelo excepcional sob a égide da alínea c), do art. 119, III, do texto constitucional, eis que se julgou válida lei local (4.585/63), contestada face à Constituição, assim considerada a primeira oportunidade em que se manifestou o litisconsorte passivo, ora recorrente, satisfeito que foi, em consequência, o princípio sumulado do prequestionamento (verbete nº 356 da Súmula do S.T.F.). Não há como se cogitar de eventual nulidade do feito, porque ausente o prejuízo, uma vez que ocorrendo espontaneamente ao processo, argüiu o litisconsorte sedizente necessário as teses de direito, propiciando a manifestação deste Colegiado em duas oportunidades, recorrendo, inclusive, extraordinariamente.

A título de imprescindível esclarecimento — ainda que já aflorado — reitera-se que a lei nº 4.585/63, inquinada de inconstitucionalidade, fora revogada por lei de igual hierarquia no dia 31 de outubro de 1969. E a norma constitucional que teria sido afrontada, passou a vigir no dia 30 de outubro do mesmo ano, assim que a discussão em torno da constitucionalidade ou não se cinge ao diminuto lapso de 1 único dia.

Dou seguimento, pois, ao apelo extremo, com amparo no art. 119, III, alínea c) da Constituição Federal.

Processe-se a arguição de relevância da questão federal, observadas as cautelas de estilo.

Abra-se prazo, sucessivamente, às partes para razões.

Publique-se. Intime-se.

PORTO ALEGRE, 15 de agosto de 1980.

Paulo Beck Machado,
Vice-Presidente.

O CASO JIM'S IMPUGNAÇÃO DE EMBARGOS

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Civil na Universidade do
Vale do Rio dos Sinos

A execução fiscal pode prosseguir contra o devedor, independentemente da decretação de sua falência, ou não. O procurador da Fazenda Pública tem poderes para intervir no leilão, arrematando os bens penhorados sem exhibir o preço. Acórdãos do TJRS e do STF ratificando poderes da Fazenda Pública em execuções fiscais.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA SEGUNDA VARA
DA FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial abaixo firmado, nos embargos à execução fiscal promovida contra JIM'S COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA., vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência expor e requerer o que segue:

1 — Improcedem os embargos. O simples fato de a devedora embargante impugnar o montante devido, apenas nos acessórios — juros e correção monetária — arriscando-se, quanto ao principal, apenas a uma tímida análise da possível iliquidez de seu montante, equivale quase à confissão.

2 — Matéria onde o exame do mérito lhe era amplamente franqueado pelo art. 745, C.P.C., nisso a devedora mais não fez do que se queixar da atual conjuntura econômica que vive o país, e agredir a legislação estadual que infringiu (leis nºs 6.537/73 e 5.443/67) fls. 2/4.

3 — Tais "motivos", à evidência, não elidem a responsabilidade da embargante, pelas graves obrigações fiscais de que cogita execução, podendo-se concluir, então, que os embargos ora impugnados, se auto-limitaram a pedir do Judiciário tão-somente uma diminuição do valor das multas, e da correção monetária que à embargante estão sendo cobradas.

4 — Mesmo aí, todavia, nem a jurisprudência de que se socorreu a embargante para demonstração do óbvio — o Judiciário, em sua soberania constitucionalmente garantida pode julgar sobre o valor de uma determinada punição pecuniária — poderá ela se salvar dos acréscimos de seu débito fiscal.

5 — É que, "data venia", talvez nem haja necessidade da perícia requerida pela embargante, para se concluir ter o credor agido na mais estrita observância da legislação pertinente, mesmo em relação àqueles lançamentos contestados pela embargante.

6 — Contra a dívida inscrita sob nº 791008 de que é objeto o anexo do auto de lançamento de fls. 27 desses embargos a certidão 47/77, não compreende, em seu montante, qualquer multa confiscatória, como afirma a devedora; o sistema de graduação de penalidades, da legislação estadual, ao contrário do que repetidamente afirma a embargante, vem evoluindo, até, em favor dos contribuintes. E a disposição federal do C.T.N., de maior hierarquia, art. 106, inc. II, letra b), da qual também se socorre a embargante, justamente no sentido de se ver beneficiada com um menor valor das sanções que lhe foram aplicadas, antes pelo contrário, ajuda a demonstrar a lisura com que o credor agiu:

"Art. 106 — A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

- I —
- II — *Tratando-se de ato não definitivamente julgado:*
 - a)
 - b) *quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo.*"

Ora, a par de comprar sem nota, vender sem nota, e, com isso, faturar altíssimos lucros sem o recolhimento de um tostão de imposto sequer, ao credor, obrigou o último, como fartamente noticiou a imprensa local, até com ilustração de fotografias, a fazer cessar o seu comércio ilegal usando dum rigor tal que nem o aparato policial dispensou.

Agui contra ela arbitrariamente? Não. Cada vez que o credor faz isso, reage contra os maus comerciantes, em favor daqueles que, pontualmente, pagam os seus impostos e, por isso mesmo, ficam sem condições de competir com os sonegadores que se apropriam, indebitamente, do valor do imposto que incide sobre suas operações.

Se, com fraude agiu a devedora, solertemente ocultando aquelas operações de circulação de mercadorias, pelas quais deveria ter pago o imposto devido e não o fez, deve estar agradecida até pela graduação da multa que lhe foi aplicada.

7 — A contestação que a embargante oferece à dívida inscrita 321230 (fls. 12 dos autos da execução — certidão 53/77) ainda é menos consistente. Ela vê contradição, entre a referida certidão e a "planilha do exator" juntada a fls. 25. É uma alegação fraquíssima, "data venia". O documento oficial, que corporifica o crédito fiscal, documentalmente, é a certidão de dívida. A "planilha", o Exator a elabora e fornece para qualquer devedor que vá à Secretaria da Fazenda e queira saber quanto deve. Nem se pode lhe reconhecer foro de documento oficial; não raro resulta de consulta sumária ao computador sem recuperação, justamente, daqueles dados que a máquina possui sobre o valor das penalidades pecuniárias ou de outros acessórios que nela foram programados.

8 — A diferença — irrisória por sinal — entre os valores que figuraram como devidos no "termo de apreensão" das mercadorias da devedora e aqueles que a execução cobra, a retificação do auto de lançamento 18576039, feita, também, em tempo hábil e antes da expedição da certidão de dívida respectiva, tudo quanto, enfim, a devedora embargante alega a partir do item 3 (três) de seu arrazoado (fls. 5) para "provar" a "iliquidez" do crédito do embargado, servem, isso sim, para demonstrar que a instância administrativa cumpriu o seu papel: Depurou o crédito, somou, diminuiu, mediu e, somente depois de ele estar legalmente nivelado ao vulto da sonegação investigada, é que foi objeto de lançamento, expedição de certidões de dívida fiscal para execução.

Diante do exposto, impugnados os embargos interpostos pela devedora, requerendo o credor se lhe faculte, também, o uso de todo o gênero de provas para fundamentar o que alega, especialmente documentos e periciais, pede e espera de V. Exa. sejam os EMBARGOS rejeitados, prosseguindo-se na execução fiscal até a expropriação dos bens penhorados tantos quantos bastem à total satisfação do débito, reforçando-se a penhora, caso haja necessidade, condenando-se a devedora, a pagar, além do pedido, na execução, e seus acréscimos, também as custas processuais e os honorários de advogado do embargado.

PORTO ALEGRE, 3 de junho de 1977.

ATA DE LEILÃO

Aos nove (9) dias do mês de dezembro do ano de um mil e novecentos e setenta e sete (1977), às quatorze (14,00) horas, no prédio de nº 151, salas do 3º e 4º andares, eu, Domingos Mário Syrpa, leiloeiro oficial, nomeado e autorizado por alvará do Exmo. Sr. Dr. Sérgio de Carvalho Moura, Juiz de Direito da Segunda Vara da Fazenda Pública Estadual, a proceder ao LEILÃO dos bens penhorados nos Autos da Execução Fiscal nº 72.481, que o Estado do Rio Grande do Sul move contra Jim's Comércio do Vestuário Ltda., procedi ao pregão dos referidos bens conforme autos-de-penhora. Obedecendo à norma de que leilão é a forma de venda de bens a quem mais der e maior lance oferecer, iniciei a venda diante de grande número de interessados. A maior oferta foi da firma MACIA PRETER, estabelecida na Rua dos Andradas, nº 1684, Inscrição 096/0428836 e C.G.C. 87141818/0001-02 e que foi de Cr\$ 311.300,00 (TREZENTOS E ONZE MIL E TREZENTOS CRUZEIROS). — Na ocasião o Dr. Jacques Tavora Alfonsin, Consultor Jurídico do Estado, baseado no Artigo nº 69, parágrafo 2º do CPC, ofereceu lance igual ao do maior acima referido, dizendo-se disposto, até a superar àquele lance, eis que, segundo ele, o valor dos bens penhorados é muito superior e o prejuízo do credor, a valer o lance de MACIA PRETER, seria muito grande. Em face disso, ficou encerrado o leilão, cientificados todos os presentes, submetendo-se à decisão de V. Exa. o incidente criado pelo Sr. Dr. Consultor Jurídico do Estado. — Em tempo: Acima, onde se lê o endereço do local onde foi efetivado o leilão, faltou dizer que o número lá referido e respectivos andares, se localizam na Avenida Farrapos, nesta Capital, prédio do DECAM. — Do que, para constar, lavei a presente Ata, que lida e achada conforme vai por mim assinada e pelo Sr. Dr. Consultor Jurídico do Estado. Porto Alegre, 9 de dezembro de 1977.

Domingos Mário Syrpa
Leiloeiro Oficial

Jacques Tavora Alfonsin
Consultor Jurídico do Estado

RÉPLICA DO ESTADO

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

(Embargos à Execução Fiscal nº 72.492)

OBJETO: RÉPLICA À ARGUMENTAÇÃO DE LEILOEIROS E SÍNDICO DA MASSA FALIDA. RATIFICAÇÃO DE POSIÇÃO ASSUMIDA PELO CREDOR, EM LEILÃO, NA PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES E DIREITOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial abaixo firmado, nos autos de embargos à execução fiscal nº 72.492, movida contra JIM'S COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA., vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, expor e requerer o que segue:

1. Em resumo, as alegações do Senhor Leiloeiro, a fls. 91, são de que os bens penhorados foram vendidos a MACIA PRETER. Caso contrário a venda deveria ser feita pelo art. 705 do CPC. Para o mesmo leiloeiro, "falece" ao procurador do credor "competência para avaliar para mais ou para menos as mercadorias em uso ou desuso, desconhecendo o seu real valor de custo e as suas possibilidades de revenda..."
2. Para o Senhor Síndico (fls. 93/94) o concurso de preferências se estabelece é na Vara de Falências, para lá devendo ser arrecadados os bens penhorados.
3. Basta a leitura de um artigo do CPC para responder, cabalmente, a objeção do Senhor Leiloeiro — é o 690, § 2º:

"Art. 690 — A arrematação far-se-á com dinheiro à vista, ou a prazo de três dias, mediante caução idônea."

§ 2º — O credor, que arrematar os bens, não está obrigado a exibir o preço; mas, se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro em três dias, a diferença sob pena de desfazer-se a arrematação; caso em que os bens serão levados à praça ou ao leilão à custa do credor."

4. Diz o leiloeiro, em defesa de MACIA PRETER, um dos licitantes, que, caso o leilão devesse seguir outra disciplina do que a que conferisse ao referido licitante, direito aos bens arrematados, dever-se-ia observar o art. 705, CPC. Esse artigo, porém, simplesmente elenca as obrigações do leiloeiro, em nada ferindo a disposição do art. 690, § 2º, do mes-

mo CPC, invocado pelo representante do credor, em pleno leilão (veja-se a ata de fls. 90 e retificação de fls. 89).

5. Nos "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VII, pág. 107, CELSO NEVES dissipa qualquer dúvida na análise do art. 690, § 2º, sobre o direito que cabe ao credor de arrematar sem exhibir o preço, para ele uma verdadeira "adjudicação":

"A transferência coativa, essa permanece; não obstante a arrematação seja pelo próprio exequente, a benefício do crédito exequendo. Por isso, é que não está obrigado a exhibir o preço, certo como é que a conversão se dá para que possa ser pago. Na hipótese da primeira parte do texto, o que ocorre, em verdade, é o recebimento dos bens, em lugar de dinheiro. Admite o credor o "aliud pro alio", afastada a conversão, que é própria da arrematação. Com isso, a figura que se compõe é, mais da adjudicação, do que de arrematação, em sentido próprio." (grifos do autor).

6. Quanto ao fato de o Senhor Leiloeiro entender "incompetente" o representante judicial do credor para estimar valores de bens, apesar da subjetividade e álea que existe numa afirmação dessas, é oportuno que se recorde aqui — os autos comprovam isso — que o tal representante do credor não compareceu ao leilão desprovido de qualquer assessoria quanto a valores de bens. De fls. 51 a 56 desses autos de embargos, especialmente, os órgãos técnicos — fazendários do credor (será que esses também não têm competência para saber de preços??) já tinham fornecido ao representante judicial do credor estimativa bem detalhada dos bens penhorados e depositados.

7. A alegação do Senhor Leiloeiro de que os bens já se encontravam fora de moda, talvez tenha sido copiada das próprias alegações do "incompetente" representante judicial do credor, o qual, a fls. 49/50, justamente baseado nas informações dos órgãos técnicos da Secretaria da Fazenda quanto a valores, tentava apressar a alienação dos bens penhorados... Ainda que o "fora de moda" fosse levado em conta, porém, vê-se que o lance de MACIA PRETER, a valer, significará um alto negócio para esse licitante, e um péssimo negócio para o credor, tal a distância entre ele, e o valor aproximado dos bens (fls. 51 e seguintes).

8. Quanto à argumentação do Senhor Síndico a fls. 93/94. Também para todo o seu arrazoado, basta a leitura de um artigo do CTN:

"Art. 187 — A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento.

Parágrafo único — O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I — União.

II — Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e "pro rata".

III — Municípios, conjuntamente e "pro rata"."

O que quer dizer isso?

Nada mais do que uma síntese de mais de um século de discussão doutrinária e jurisprudencial, muito bem analisada por JOSÉ DA SILVA PACHECO, "Tratado das Execuções", volume "Execução Fiscal", pág. 230 da edição de 1976:

"Assim, interpretada a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em confronto com os dispositivos anteriores, mencionados no texto da exposição acima, verifica-se:

a) que o crédito fiscal ou tributário prefere, no caso de falência, a todos os outros créditos, menos o resultante da legislação do trabalho, nos termos do art. 449 da Consolidação das Leis do Trabalho;

b) que essa preferência é exercida no Juízo da Fazenda, se o Juízo de falência não o quiser reconhecer;

c) que todos os bens da massa falida respondem por ele;

d) que a natureza das garantias atribuídas por lei ao crédito tributário não altera a natureza deste, e, desta forma, ainda que perecesse ou não prevalecesse a garantia, persistiria o privilégio do crédito."

9. Se o Senhor Síndico da Massa está interessado, então, em fazer valer outras possíveis preferências, ao crédito aqui ajuizado, deveria, quando menos, ter conferido as alegações da própria devedora, de fls. 2 a 6 desses embargos, para verificar que, quando eles foram ajuizados, as penhoras já estavam prontas, e ela não se encontrava em falência tanto que não acusa este estado, nos referidos embargos.

10. Além de denunciar muito tarde as tais preferências, então o Senhor Síndico quer, com elas, levar todo o acervo diligentemente arrecadado pelo credor para colocá-lo à disposição de um juiz incompetente para decidir a respeito dessas preferências, pelo menos no estado atual em que já se encontra esta execução, com penhora e com início da expropriação.

11. O credor não tem culpa da desídia de terceiros no patrocínio dos próprios interesses e tem todo o direito de fazer valer a sua própria diligência.

12. Inúmeras são as manifestações dos Tribunais tanto do Rio Grande do Sul como de outros Estados, em abono da tese do credor, não existindo, hoje, qualquer dúvida a mais, sobre o privilégio do foro fazendário em relação ao da falência no caso de discussão sobre qualquer concurso de preferência:

"A cobrança do crédito fiscal não se subordina ao juízo universal da falência. A Fazenda Estadual tem o direito de cobrar seus créditos fiscais por meio de exe-

cução, sem se habilitar no processo de falência. **CONCESSÃO OE SEGURANÇA CONTRA ATO OO JUIZ OA VARA DE FALÊNCIAS, OUE LEVE A LEILÃO BEM PENHORAADO EM EXECUÇÃO FISCAL.**" (Mandado de Segurança nº 19.317, 4ª Câmara Cível TJRS, Relator Des. JORGE RIBAS SANTOS, "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS", vol. 39, pág. 150).

A posição do Supremo Tribunal Federal:

"RE nº 79.456, 1ª Turma, Rel. Min. DJACI FALCÃO.

Inclinou-se a decisão no sentido de que "se a penhora é anterior à decretação da falência, continua o bem diretamente vinculado à administração do Juízo Federal até liquidação final. Se, porém, a decretação da falência é anterior à ordem da penhora, esta se faz no rosto dos autos da falência e não diretamente sobre determinado bem da Massa, continuando normalmente seu curso o executivo fiscal, até julgamento final. Negativa de vigência do direito positivo não caracterizada. O acórdão paradigma não se presta à configuração do dissídio jurisprudencial. (Súmula 291). Recurso extraordinário não conhecido." (Íntegra deste acórdão na "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 72, págs. 578 e seguintes. Data 5-11-74).

"RE 82-114, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO LEITÃO OE ABREU.

Executivo fiscal. A Fazenda Pública possui ação própria para cobrança de suas dívidas fiscais, não podendo ser compelida a fazer valer seus créditos, em caso de falência, no juízo falimentar. Aplicação do art. 187 "caput" do CTN. Recurso extraordinário conhecido e provido." (Ementa deste acórdão no "Diário da Justiça da União", de 1º de julho de 1977, pág. 4.452. Data do acórdão: 29-4-77).

Assim, numa verdadeira síntese da argumentação do credor embargado, quer quanto às argumentações do Sr. Leiloeiro, quer quanto às do Sr. Síndico da Massa, vale repetir, para remate do que aqui se expôs, o que ensina SÉRGIO S. FADEL (que até melhor explicita a "adjudicação"), "Código de Processo Civil Comentado", ed. 1974, pág. 63:

"Se, na praça ou leilão, o próprio credor exequente licitar e exercer o direito de arrematação, que é público (não confundir com a adjudicação, que ocorre quando não haja licitante) por valor igual ou superior ao do edital, não estará obrigado a pagar à vista o preço, devendo fazê-lo, todavia, em três dias, depositando a diferença entre o valor do seu lance e o seu crédito, devidamente apurado nos autos."

Reitera, assim, a Vossa Excelência, que se lhe defira expedição da carta de arrematação (no DECAM — Departamento de Compras do Estado — até em leilão privado obterá maiores valores pelos bens penhorados, ou, se isso não acontecer, até suas obras sociais darão melhor destino aos bens leiloados pelo valor ridículo que o Senhor Leiloeiro quer impor) e se reforce a penhora sobre os bens indicados a fls. 49/50 para futura expropriação.

PORTO ALEGRE, 20 de fevereiro de 1978.

RAZÕES DO AGRAVADO

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMº SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL.

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: MASSA FALIDA DE JIM'S COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.
AGRAVADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

OBJETO: Se a própria agravante reconhece que as penhoras em favor das execuções fiscais do agravado são anteriores à decretação de falência, no foro privilegiado do agravado é que tem que se discutir qualquer preferência, não no Juízo da falência. A posição do STF.

MERITÍSSIMO SENHOR JUIZ, MERITÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES:

Chega a causar espécie que o Senhor Síndico da Massa Agravante ponha por terra, no preâmbulo mesmo do seu arrazoado (fl. 2 deste agravo) todo o objeto de seu recurso, de resto, não muito compreensível, pois se limita a afirmar (fl. 5) que quer reforma da "respeitável decisão", não se sabe se para levar o processo à Vara de Falências ou dar razão ao leiloeiro que não admitiu a arrematação do credor.

Com efeito, diz ele (fl. 2 do agravo) que "Antes da decretação da falência" ...o Estado moveu contra a devedora as execuções tais e tais.

E é bom que se frise, também, que antes dessa mesma falência, o credor ora agravado já tinha efetivado a penhora sobre todos os bens, afinal leiloados e por ele arrematados; conforme as certidões cujo traslado, por cópia, pediu ele integrassem este instrumento, vê-se que a penhora se deu no dia 18 de março de 1977 (fls. 25/32 dos autos da execução).

Ora, conforme se vê à fl. 78 dos autos dos embargos opostos pela devedora, (trasladada para este instrumento), a falência foi decretada dia 2 de maio de 1977 e, até hoje, mais não fez o Senhor Síndico, "data venia", do que alegar que existem outros créditos capazes de ter preferência sobre o do agravado.

Jamais forneceu os montantes desses créditos, não disse de qual Fazenda se originavam, limitou-se a pregar que o Juízo "universal" da falência era quem possuía competência para decidir a respeito do destino desses bens.

Apenas agora, nas suas razões de agravo, esgrime uma comunicação aleatória, feita pelo Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal de Porto Alegre avisando que existem execuções do INPS contra a falida. O documento está datado de 29 de setembro de 1977.

Mas e daí? Se aquela autarquia federal tem foro privilegiado, também, está perdendo o seu tempo se não usa desse foro. Assim como o agravado ela pode penhorar até mesmo bens que tenham sido recolhidos à disposição do Juízo falimentar, agora, inclusive mediante penhora no rosto dos autos da falência, conforme ensina o próprio STF conforme acórdão citado à fl. 25 deste instrumento pelo próprio agravado. Se ela estivesse interessada em pleitear sua preferência relativamente ao produto dos bens penhorados pelo ora agravado, ela teria concorrido com o ora agravado, no Juízo de Fazenda, onde este, no uso mais legítimo de seus direitos, (art. 187 CTN) veiculou a sua pretensão de execução e efetivou penhoras. Se não avisou o Juízo onde se encontrava ajuizada ação contra devedora dela, é problema seu, que nem ao Síndico a rigor interessa.

Quer quanto ao direito que o credor ora agravado tinha de arrematar, em pleno leilão, os bens penhorados, quer quanto à inteira procedência de sua pretensão de levar esses bens à expropriação sem depender de outra autorização que não a do MM. Juízo da Vara onde ajuizara a sua execução, pede vênias o agravado para dar como aqui transcritas, para não cansar este Egrégio Colegiado, as mesmas razões que ofereceu em defesa da carta de arrematação que, afinal, lhe foi deferida, razões essas que o próprio agravante pediu traslado e já constam deste instrumento a fls. 20/26, cópias que são das peças de fls.: 98/104 dos autos dos embargos.

Conforme se lê a fl. 25 do arrazoado supra referido, dois acórdãos do próprio STF dão inteira cobertura aos autos processuais promovidos pelo ora agravado sob inteira aprovação do MM. Juízo da Vara onde corria a execução fiscal por ele promovida e onde foram efetivadas as penhoras.

Ao contrário, portanto, do que dá a entender o Senhor Síndico, o direito de o credor proceder como procedeu é mansamente admitido pelo Excelso Pretório.

E também não é verdade que o STF tenha julgado segundo o entendimento do Senhor Síndico, conforme ele apregoa em suas razões de agravo à fl. 5, citando, inclusive, o número do R.E. em que isso teria acontecido (81.164). O agravado prova que isso não é verdade, fazendo juntar a estas razões cópia xerox autêntica do tal R.E. nº 81.164 publicado na R.T.J. vol. 76, págs. 913 e seguintes, o qual trata de matéria estranha ao presente processo...

Parece oportuno lembrar-se, afinal, que a posição defendida pelo agravado, em defesa dos seus interesses, aqui, também tem inteiro apoio de vários julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do próprio Estado do Rio Grande do Sul.

Exemplos:

Ap — 3678, 2ª Câm. Cível Esp. rel. Des. Emilio A. M. Gisckow, Rev. RJTERGS, 1968, nº 9 pág. 239.

AP — 8801, 3ª Câm. Cível, rel. Des. Paulo B. Veloso, idem 1969, nº 17, pág. 174.

AP — 10437, 2ª Câm. Cível Esp., rel. Des. Alaor Terra, idem, 1970, nº 22, pág. 177.

AP — 9007, 4ª Câm. Cível, rel. Des. Antonio Augusto Uflacker, idem, 1972, nº 31, pág. 185.

MS 19317, 4ª Câm. Cível, rel. Des. Jorge Ribas Santos, idem, 1973, nº 39, pág. 150.

Com tais subsídios, e com as peças cujo traslado para cá pediu, pede e espera o Agravado se negue provimento ao recurso interposto pela Massa Falida.

PORTO ALEGRE, 15 de maio de 1978.

ACÓRDÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Execução fiscal. Massa falida.
A Fazenda Pública não está sujeita a disputar seu crédito na falência.
Decisão mantida. Agravo desprovido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 30.834

PORTO ALEGRE

MASSA FALIDA JIM'S, COMÉRCIO
DO VESTUÁRIO LTDA.,

AGRAVANTE;

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

AGRAVADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, unanimemente, em 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, integrados neste o relatório retro e as notas taquigráficas anexas, em negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exm^o Sr. Des. José Barison.

Porto Alegre, 13 de setembro de 1978.

JULIO MARTINS PÔRTO
Presidente

PIO FIORI DE AZEVEDO
Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 30.834 PORTO ALEGRE

MASSA FALIDA JIM'S, COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA., AGRAVANTE;

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, AGRAVADO.

O DR. PIO FIORI DE AZEVEDO (Leu o relatório).

VOTO

O DR. PIO FIORI DE AZEVEDO (RELATOR) — Sr. Presidente. Postos em leilão os bens penhorados nos autos da execução fiscal que o Estado do Rio Grande do Sul move contra Jim's, Comércio do Vestuário Ltda., como se vê da cópia da ata a fls. 16, a firma Macia Pretter foi quem ofereceu o maior lance, na importância de Cr\$ 311.300,00. Na ocasião, insurgindo-se contra o baixo valor ofertado, o Dr. Consultor Jurídico do Estado, presente, ofereceu lance igual, dizendo-se até disposto a superá-lo. O leilão foi encerrado, lavrando-se ata assinada pelo leiloeiro oficial e pelo Consultor Jurídico do Estado e submentendo-se o incidente à apreciação judicial.

Após ouvidos o leiloeiro oficial, o síndico da massa falida, o qual requereu a arrecadação do produto do leilão para ser instaurado o concurso de preferência entre os créditos do Estado e da União, o exequente, que pediu a expedição de carta de arrematação, e o Dr. Promotor Público, que subscreveu as razões do Estado autor, o magistrado decidiu deferindo o pedido do Estado e indeferindo os demais pedidos.

Daí o agravo interposto pelo síndico visando a que o produto do leilão seja arrecadado para, no âmbito da falência, ser submetido ao concurso de preferência previsto no art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Inobstante o elogiável zelo do síndico, tenho que razão não lhe assiste. O agravado, a fls. 34, arrolou julgados deste Tribunal com o entendimento de que os créditos da Fazenda Pública não estão sujeitos à habilitação na falência. O primeiro acórdão citado, de lavra do então juiz, hoje eminente Des. Emílio M. Gischkow, a quem tenho a honra de neste momento estar substituindo, tem a seguinte ementa: "*Executivo fiscal contra massa falida. A Fazenda Pública não está sujeita ao concurso falimentar. Pode prosseguir na execução já iniciada no juízo privilegiado, ou proporá, nesse juízo, contra a massa falida, a que no caso couber*". (RTJRGS, vol. 9/239).

Na mesma esteira desse há diversos outros arestos. Veja-se a "*Revista de Jurisprudência*" do Tribunal de Justiça do RS, vol. 17/174, 22/177, 31/185 e 39/150.

Não há notícia nos autos de créditos trabalhistas. Há apenas o registro, através de ofício do Juiz Federal da 1ª Vara, por cópia a fls. 8, de execuções fiscais movidas pelo

INPS. A existência de créditos do INPS não induz a que se transfira ao juízo falimentar o produto do leilão, para que nele se instaure o concurso de preferências. É a lição de José da Silva Pacheco, em "*Tratado das Execuções*", vol. 4, edição de 1967, pág. 355, sufragada pelo voto do eminente Des. Jorge Ribas Santos no último acórdão que citei e do qual colho um trecho (RTJRGS, 39/154): "*Não tem amparo em lei o despacho do Dr. Juiz da Vara de Falências, pretendendo levar a leilão, na falência, um bem que se acha penhorado em executivo fiscal promovido pelo Estado. O INPS, pelas vias legais adequadas, fará valer seu direito no momento que julgar oportuno. Não compete ao juiz dar os caminhos para as partes defenderem seus direitos. Aqui, o que está em jogo é um ato do juiz da falência, manifestamente ilegal. Por isso, concedo a segurança para cassar o despacho do juiz da falência, que determinou o leilão, na falência, do bem penhorado no executivo fiscal*".

Guardadas as diferenças entre as hipóteses em julgamento, a lição que extraio é a de que esta correta a decisão que indeferiu a arrecadação do produto do leilão para a instauração de um concurso de preferência no juízo falimentar. Não está sujeita a Fazenda Pública Estadual a ir disputar seu crédito na falência.

São as razões, Sr. Presidente, que me levam a confirmar a decisão recorrida e negar provimento ao agravo.

O SR. PRESIDENTE (DES. JULIO MARTINS PÔRTO) — Também nego provimento. Entendo que a decisão do juiz está correta, de acordo com a legislação e com a própria jurisprudência citada por V. Ex^a.

O DES. JOSÉ BARISON — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. JULIO MARTINS PÔRTO) — Agravo de Instrumento nº 30.834 de Porto Alegre — Negaram provimento.

IMPUGNAÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

RECORRENTE – MASSA FALIDA DE JIM'S COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.
RECORRIDO – O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

OBJETO – Se o acórdão recorrido não nega o direito de preferência entre as Pessoas de Direito Público, limitando-se a sublinhar o foro privilegiado de cada uma delas, não pode prosperar Recurso Extraordinário que atribui ao acórdão coisa que ele não decidiu.

MERITÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE.

A Massa Falida recorrente, desde a interposição do seu agravo de instrumento, está equivocada quanto aos fatos. Isso acarreta, como consequência inafastável engano, também, quanto ao Direito aplicável à espécie.

Com efeito, o acórdão de que ela recorre, como a sentença de primeiro grau já o fizera, limita-se a dar cabal cumprimento a uma disposição legal do CTN inteiramente pertinente à espécie; a ementa do referido acórdão (fl. 65) podia ser substituída, simplesmente, pela singela disciplina do art. 187 CTN, justamente aquela que é tida como violada pelo Recorrente. Tal dispositivo de lei garante à cobrança do crédito tributário não estar sujeita a concurso de credores e **habilitação em falência**...

Os incisos do 187, por outro lado, onde mais se apegam o recorrente, garantem o respeito à ordem de preferência entre ditas pessoas de Direito Público:

“Parágrafo único – O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas de direito público, na seguinte ordem:

- I – União;*
- II – Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e “pro rata”.*
- III – Municípios, conjuntamente e “pro rata”.*

Nada mais claro. Entretanto, para a recorrente isso aí equivale a, *verbis*:

"Existente o juízo falimentar, neste, inafastavelmente, deverá ser instaurado o concurso de preferência entre as Fazendas. Se assim não fosse restaria sem o menor controle a preferência estabelecida em lei, se as Fazendas, à margem do Juízo falimentar, fizessem diretamente suas cobranças". (fl. 74).

Raciocínio completamente equivocado como se vê. Em nenhum momento, da leitura do art. 187 seus incisos, do CTN, pôde-se tirar tal conclusão. Isso equivaleria a identificar os incisos do 187 como revogação do "caput".

Aliás, a questão é tão antiga, que já não comporta mais discussão, sendo, hoje, não só no TJRS (como o comprova a lista de acórdãos que o ora recorrido juntou à fl. 34), como no TFR e no STF, pacífica a orientação de que o chamado concurso de preferência entre as pessoas jurídicas de direito público, mesmo quando se estabelece em torno de créditos contra as falências, se faz fora do processo de falência, num dos foros privilegiados das pessoas jurídicas de direito público, de preferência, é claro, no foro da Justiça Federal, onde tramitam as execuções da União.

Nesse sentido:

RE 79.456 1ª Turma STF, Rel. Min. Djaci Falcão, acórdão transcrito, na íntegra, no vol. 72, R.T.J., páginas 578 e seguintes, cuja ementa também está, na íntegra, à fl. 25 destes autos.

RE 82.114, 2ª Turma STF, Rel. Min. João Leitão de Abreu, acórdão que teve sua ementa transcrita, na íntegra, no Diário da Justiça da União, edição de 1º de julho de 1977, pág. 4452, e que também foi copiada a fls. 25 destes autos.

O mais incisivo:

Conflito de Jurisdição 6.078 Rel. Min. Cunha Peixoto. Suscitante. Tribunal Federal de Recursos. Suscitado. Tribunal de Alçada do Estado.

Decisão: Conheceram do conflito e deram pela competência do Tribunal suscitado. Decisão unânime — Tribunal Pleno em 15 de junho de 1977. Ementa — Executivo fiscal estadual. Intervenção do INPS, protestando por preferência. Cuidando-se de concurso de credores ou de preferência, a competência, em qualquer instância, é do juiz da ação principal."
(Diário da Justiça da União de 12.9.77, pág. 6167).

Ora, no caso nem o INPS, nem a União, por seus doutos e diligentes procuradores, vieram aos autos da execução do Estado, que chegou até o leilão, alegando qualquer pre-

ferência. Agora, em pleno recurso extraordinário, quer o síndico da Massa, visando até rediscutir prova, o que é vedado pela "Súmula" 279 do STF, arrastar para dentro do processo falimentar nem se sabe bem o que, pois os bens arrematados pelo credor recorrido já tiveram seu destino definitivo. E quer fazer isso juntando habilitações de crédito trabalhistas que não foram objeto de prequestionamento em nenhum momento (fls. 76 a 92).

Se é para discutir prova, então, seria o caso de se perguntar: Por que o Sr. Síndico não executa tais créditos sobre outros bens da Massa que não os arrematados pelo credor recorrido?

Por que o Sr. Síndico da Massa, quando ainda era tempo, antes de o Estado credor fazer a arrematação, não tratou de tomar as medidas que a entendia cabíveis, não para dizer que o Estado não poderia continuar executando onde estava, mas provocar ofício de juiz para juiz, penhora no rosto dos autos da execução ...e outros meios capazes de salvaguardar os créditos para os quais, agora, sem titularidade para tal, quer, tardiamente, proteger?

Com tais subsídios, com o mais que dos autos consta, pede e espera o credor recorrido se negue seguimento ao recurso interposto.

PORTO ALEGRE, 2 de janeiro de 1979.

DESPACHO NO RECURSO EXTRAORDINARIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS AUTOS
DA APELAÇÃO CÍVEL
Nº 30.834
MASSA FALIDA JIM'S COMÉRCIO DO
VESTUÁRIO LTDA.,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

2ª CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE
RECORRENTE;
RECORRIDO.

Vistos os autos.

1. Em 17 de março de 1977, o Estado do Rio Grande do Sul ajuizou, contra a sociedade mercantil denominada JIM'S Comércio do Vestuário Ltda., executivo fiscal para a cobrança de Cr\$ 1.932.826,87, em razão do que a devedora teve seus bens penhorados no Juízo da Fazenda Pública Estadual. Mais tarde, em 2 de maio do mesmo ano, sobreveio a falência da executada, decretada pelo MM. Juiz da Vara de Falências e Concordatas da Comarca de Porto Alegre. Em 17 de outubro seguinte, o Sr. Síndico da Massa Falida de JIM'S Comércio do Vestuário Ltda. entrou nos autos da ação executiva pedindo que os bens penhorados fossem levados à praça, através de leiloeiro, no que foi atendido. Quando do leilão, o Estado credor cobriu o maior lance feito, no valor de Cr\$ 311.300,00, e requereu, após, com fundamento no art. 690, § 2º, do Código de Processo Civil, a expedição de carta de arrematação, independentemente da exibição do preço. A pretensão foi acolhida. Inconformada, a Massa Falida, por seu síndico, interpôs agravo de instrumento postulando fosse o produto do leilão posto à disposição do Juízo da Falência, por isso que, havendo créditos trabalhistas habilitados e ações de INPS intentadas contra a Massa, cumpria fazer o rateio, observada a prelação dos respectivos créditos. Mantida a decisão pelo Juízo "a quo" e confirmada pelo órgão recursal, sob o fundamento de que a Fazenda Pública não está sujeita ao Juízo da falência e não estava comprovada a existência dos alegados créditos trabalhistas, manifestou a Massa Falida recurso extraordinário, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, sustentando violação do art. 187 do Código Tributário Nacional. Juntou diversos documentos comprobatórios da habilitação de créditos trabalhistas no processo da falência. Oferecida pelo Estado a impugnação de fl. 94, emitiu a douta Procuradoria Geral da Justiça o parecer de fl. 99, opinando pela não admissão do apelo.

2. O recurso extraordinário interposto pela Massa Falida é inviável: o art. 187 do Código Tributário Nacional disciplina a prelação dos créditos da União e suas autarquias. Tal matéria não foi objeto de decisão. Sequer foi ventilada no decisório recorrido.

O requisito do prequestionamento não foi observado (Súmula, verbetes 282 e 356).

De outra parte, não ocorreu a alegada violação do mencionado dispositivo legal. A penhora foi anterior ao decreto de falência. O Estado, como credor que é, podia lançar no leilão dos bens que fizera penhorar, sem a obrigação de exibir o preço, porque o valor não é superior ao seu crédito (Código de Processo Civil, art. 690, § 2º).

NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO.

Registre-se e intimem-se.

PORTO ALEGRE, 25 de janeiro de 1979.

JÚLIO COSTAMILAN ROSA
No exercício da Presidência

ARQUIVAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AG 77.441 — RS — Agte. Jim's Comércio do Vestuário Ltda. (Massa Falida de) (Adv. Deolindo Lima Júnior). Agdo. Estado do Rio Grande do Sul (Adv. Jacques Távora Alfonsin).

Despacho: 1. Do exame do acórdão recorrido, verifica-se que este, na realidade, se fundou na circunstância de que, não estando a Fazenda Pública Estadual sujeita ao concurso falimentar, não pode o síndico — e isso porque ao INPS é que, pelas vias legais, cabe fazer valer seu direito — obter a arrecadação do produto do leilão de bem penhorado anteriormente à falência, e em executivo fiscal, para a instauração de concurso de preferência no juízo falimentar. O acórdão recorrido, portanto, não negou possa haver concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público, mas, sim, que a existência de créditos do INPS não induz a que se transfira, a requerimento do síndico da massa falida, o produto do leilão ao juízo falimentar, para que nele se instaure o concurso de preferência. Dessa questão processual não trata o artigo 187, parágrafo único, tido como violado. 2. Em face do exposto, nego seguimento ao presente agravo. Brasília-DF, 24 de setembro de 1979. (a). Min. Moreira Alves, Relator.

ERRO JUDICIÁRIO RAZÕES DE APELAÇÃO

AVANI V. RIGO BUSATO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

APELANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
APELADO: E.C.S.
OBJETO: Razões de apelação

EGRÉGIA CÂMARA

Impõe-se a reforma da r. decisão de primeiro grau, pois, ao apreciar o feito, julgou contrariamente à doutrina e jurisprudência dominante do país.

Com efeito, ingressou o apelado com Ação Ordinária de Indenização para haver a importância de um salário mínimo mensal, por cada mês a mais em que esteve privado de sua liberdade, alegando ter ocorrido erro judiciário que ocasionou danos morais e materiais. A responsabilidade do Estado decorria de ato omissivo quanto às providências à restituição de sua liberdade.

No decurso do feito, evidenciou-se a inexistência de danos materiais, pois o autor, sendo beneficiário da previdência social, não sofreu qualquer restrição ou diminuição em seus ganhos.

Não obstante o reconhecimento pela sentença recorrida da inocorrência de prejuízos materiais, houve por julgar procedente o pedido, em desacordo com toda uma gama de excelentes julgados que assim têm entendido:

“Não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material.” (Ac. do Supremo Tribunal Federal — in O DANO MORAL E A SUA REPARAÇÃO de Wilson Melo da Silva, pág. 413.

Seguindo, na mesma monografia temos:

“O dano moral pode ser reparado pecuniariamente somente quando haja reflexos patrimoniais.” — Ac. do T.J. de Minas Gerais, pág. 413.

“O dano moral deve ser reparado quando deixa reflexos patrimoniais, tal como acontece na falsa calúnia que acarreta ao caluniado atmosfera de pesada desconfiança e de restrições que lhe dificultam ou impossibilitam o exercício de qualquer atividade.” — Ac. T.J. de Minas Gerais — pág. 413.

Ainda:

"Em face da lei positiva, o dano moral só é reparável quando o traumatismo sofrido deixa resíduo material afetando a atividade econômica da vítima." Ac. T. J. de Minas Gerais — pág. 412.

2. Discordamos, data vênia, com a r. sentença recorrida que desconheceu de circunstâncias que definem a irresponsabilidade do Estado face aos fatos, e que se encontram presentes no caso "sub judice".

Assim, a irresponsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes é defendida por quase a unanimidade dos julgados, inclusive do Pretório Excelso.

Adotando essa linha de pensamento, Pfeiffer sustentou que a irresponsabilidade se deve:

"a — à existência de remédios legais à disposição da parte, para fazer cessar ou desviar o dano;

b — à independência dos juízes em todos os seus atos. Se o Estado não influir nesses atos, conseqüentemente não lhe cabe responsabilidade por eles." (in José de Aguiar Dias — DA RESPONSABILIDADE CIVIL, pág. 640.

Ainda, Hely Lopes Meirelles em Direito Administrativo Brasileiro consignou que:

"Salvo na hipótese única do art. 630 do Código de Processo Penal, as decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento às partes, por eventuais danos que acarretem. Essa doutrina é tradicional no direito pátrio e está remansada na jurisprudência de nossos tribunais, em atenção à coisa julgada e à liberdade decisória dos magistrados, que não poderiam ficar à mercê de responsabilizações patrimoniais pela falibilidade humana de seus julgamentos."

Em José de Aguiar Dias — Da Responsabilidade Civil, pág. 636, destacamos mais:

"Assinala-se, de outra parte, a tendência para incluir no âmbito da irresponsabilidade dos atos exercidos pelo juiz, pelos seus auxiliares ou pelos auxiliares da justiça, mesmo quando não impliquem preparação ou execução de julgamento. Noutras palavras, por esse critério, a irresponsabilidade se estenderia aos atos de jurisdição graciosa e aos praticados pelos subordinados diretamente à autoridade judiciária."

Por sua vez, Carlos Maximiliano apud COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1946, vol. III, pág. 259, não deixou qualquer dúvida quando assim se manifestou:

"Ao contrário, os juízes podem ser processados e punidos, livre, entretanto, o erário de ressarcir o dano resultante das sentenças. A irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém da independência da magistratura, prerrogativa esta que tem como conseqüência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade."

Seguem o mesmo pensamento entre outros: Pedro Lessa, Eduardo Espíndola, Carvalho Santos. E mesmo a minoria que aceita a responsabilidade do Estado pelos atos judiciais curva-se para isentá-la nas hipóteses de atos materialmente normais da função jurisdicional, vale dizer, só o fazem para estender àqueles faltosos ou danosos devido ao mau funcionamento do aparelho judiciário. Ex.: a paralisação de processo em cartório, a demora na prolação da sentença, etc.

Através da documentação inclusa aos autos, verificamos que a prisão do apelado foi legal, não tendo decorrido do mau funcionamento do judiciário. A denúncia igualmente esteve correta e o indiciado, em momento algum do processo, requereu o relaxamento da prisão, alegou, isso sim, insanidade mental, o que, por certo, obrigou a uma medida mais demorada, obstaculizando a obtenção de sua liberdade.

3. Aceitar, no caso "sub judice" a responsabilidade do Estado pura e simplesmente como fez a sentença recorrida, sem considerar as peculiaridades que envolveram o caso, significa impor ao apelante a obrigação de reparar pecuniariamente uma pessoa cuja inércia, desleixo, desinteresse, contribuiu grandemente para a limitação de sua liberdade.

Tinha o denunciado condições de a qualquer momento fazer cessar o confinamento, solicitando fosse arbitrada a fiança, vez que a denúncia decorria de lesões leves, ou ainda, requerer o relaxamento da prisão. Não só deixou o apelado de assim proceder como também não indicou advogado para sua defesa, não obstante afirmar que o faria, razão por que foi-lhe dado um defensor dativo. Revela salientar, ainda, que a própria peça vestibular reconhece a culpa do autor em não obter anteriormente sua liberdade, visto que aponta a "omissão do advogado de defesa" como causa. Ora, se culpa cabia ao referido profissional que representava outro senão o próprio autor, como então responsabilizar o Estado?

Já José de Aguiar Dias não deixa dúvidas quando assim se expressa na pág. 678, in DA RESPONSABILIDADE CIVIL:

"Admite-se como causa de isenção da responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso."

Continuando, diz ainda:

"De qualquer forma, entende-se que a culpa da vítima exclui ou atenua a responsabilidade do agente, conforme seja exclusiva ou concorrente."

4. Finalmente, uma indagação urge que se faça: diante do comportamento indiferente do autor, teria realmente ocorrido dano moral?

Importantíssimo o exame do comportamento do denunciado e, principalmente a maior ou menor ressonância dos fatos em seu espírito, a maior ou menor repercussão deles em face à sociedade.

A leitura do exame psiquiátrico (fls. 49 e seguintes) não deixa dúvidas quanto à inexistência de dano moral, visto que, em momento algum de seu depoimento perante o examinador, deixou o apelado transparecer a menor mágoa, dor, vergonha por estar preso, nem ansiedade por obter a liberdade. Sua dor estava voltada para os problemas familiares.

E, em relação à sociedade, poderíamos afirmar que houve alguma mudança? A pena imposta ao recorrido como culpado continua a mesma. A prisão não foi ilegal, tanto que foi confirmada pelo juiz quando impôs uma condenação.

Ademais, não há como confundir prisão processual com prisão penal. A primeira é uma medida cautelar imposta em benefício da sociedade e muitas vezes do próprio indiciado. O ilustre signatário da contestação de fls. 60/61 esteve correto quando defendeu que:

"Prisão em flagrante é um instrumento processual, medida que não necessariamente pressupõe condenação final, pois está a amparar-se em conteúdo ético".

Assim sendo, e por todos os argumentos acima expostos, espera o Apelante — Estado do Rio Grande do Sul, que o Egrégio Tribunal reforme a sentença de primeiro grau, para determinar a improcedência da ação e a condenação do autor nas cominações legais, para que haja assim.

JUSTIÇA

PORTO ALEGRE, 18 de abril de 1980

A CORREÇÃO MONETÁRIA E O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

DE FRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.

OBJETO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM SUSCITAÇÃO DA RELEVÂNCIA DA
QUESTÃO FEDERAL (CF. art. 119, III, letra "d" e RISTF, art. 308 "caput").

QUESTÃO FEDERAL RELEVANTE:

Princípio da reserva legal, como informativo da exigibilidade da correção monetária.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da Ap. Cível nº 33.956, em que figura como apelante, sendo apelado BILMAR CREMONINI, vem, perante V. Exa., muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, interpor, como por interposto tem, recurso extraordinário contra o r. acórdão, de fls. 56 "usque" 60, que negou provimento à apelação, do ora recorrente, objetivando a exclusão da "correção monetária" que integrou o preceito condenatório da sentença de primeiro grau. E o faz mediante as razões que, a seguir, articuladamente, passa a expor.

I — A DECISÃO RECORRIDA

1. A decisão recorrida negou provimento à apelação (e ao reexame necessário)

"confirmando-se a respeitável sentença por suas próprias razões". (cf. ac. fls. 5).

Sucedo que a parte da sentença originária que foi objeto da irrisignação do Estado, via recurso de apelação, não traz nenhuma fundamentação. Há simples edição de preceito condenatório.

"Verbis":

"Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a ação, para que seja retificado ..., com o pagamento dos atrasados, acrescidos de juros moratórios, contados da citação, e correção monetária, como forma de atualizar o valor do débito." (Cf. sentença fls. 40 "in fine")

Consiste, pois, a fundamentação da aplicabilidade de critério valorístico ao pagamento das diferenças vencidas em decorrência do reconhecimento parcial do pedido, nas próprias razões da veneranda decisão de segunda instância. Esteia, o acórdão recorrido, a concessão de "correção monetária" "no caráter alimentar de salários, proventos ou vencimentos, e ainda por se 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". E logo a seguir asseve, como razão de improvemento da apelação: "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. fls. 60 dos autos, fls. 5 do acórdão).

2. A simples enunciação das razões que assoalham a decisão, que ora se enfrenta na instância extraordinária, evidencia o quanto o acórdão construiu para manter o critério valorístico, divergindo, assim, da jurisprudência, amplamente dominante no Supremo Tribunal Federal, que à exceção dos débitos de valor, acolhe o princípio da reserva legal como informativo da exigibilidade da correção monetária.

Pelo que, sendo relevante a questão federal, é cabível contra o acórdão, recurso extraordinário, nos termos da alínea "d", do item III, da Constituição Federal e "caput" do art. 308 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

II — DO CABIMENTO DO RECURSO (letra d)

3. A r. decisão recorrida discrepa, como já se disse, da orientação dominante, amplamente, no S.T.F., que, máxime, nos débitos de vencimentos e proventos, tem elidido a aplicação da correção monetária, ou qualquer outro critério valorístico, forte no princípio da reserva legal.

4. Exemplo, atual, desta orientação encontra-se no acórdão prolatado no R.E. nº 85.708-PR, publicado na RTJ, nº 87, pág. 251, no qual foi relator o eminente Min. Leilton de Abreu.

Vem assim ementado o aresto:

FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Procedência da ação ordinária visando colocação em disponibilidade em face da extinção do cargo. Não incidência de correção monetária quanto a vencimentos atrasados.
. Conhecimento e provimento, em parte, de um dos recursos para mandar excluir a correção monetária.

5. Esta decisão vem na esteira de outras tantas que definem o sentido iterativo das manifestações do STF em torno da questão da correção monetária.

Com exceção aos débitos de valor, aos quais se tem concedido correção monetária para compor a integralidade de sua expressão, na forma da SÚMULA 562, a orientação do aresto citado é dominante.

Assim, no RE. nº 72.558, publicado na RTJ, nº 63, pág. 743, o aresto fez sentir. Veja-se da ementa:

DEMISSÃO baseada no Ato Institucional nº 1, de 1968. Inocorrência de negativa de vigência do § 4º do art. 7. Aplicação da correção monetária sem amparo em lei e com divergência do entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal. Recurso provido para excluir a correção monetária.

6. No mesmo sentido, o acórdão recentemente publicado na RTJ, nº 88, pág. 354, **ampliamente**.

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.

Não se caracteriza, na espécie, negativa de vigência da regra inserida no art. 21 do Código de Processo Civil. Descabimento de correção monetária conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário provido em parte. (Cf. R.E. nº 89.735 RJ — Rel. Min. Djaci Falcão)

Do voto do relator consta o seguinte esclarecimento que aproveita ao presente recurso.

No que se refere à correção monetária, tem razão a recorrente, pois foi admitida sem lei que a autorize. Vale realçar que aqui não se trata, por outro lado, de indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito (SÚMULA 562). O acórdão contraria a jurisprudência invocada pela recorrente (fls. 372 a 380)."

(Ibidem, pág. 359).

7. Tem, ainda, por nomear ao confronto, dentre outros, o aresto no RE. nº 73.201 GB, 1ª Turma "in" RTJ nº 62, pág. 483 e seguintes. Rec. Extraordinário 68.196, SP "in" RTJ, nº 56, pág. 858, (Tribunal Pleno).

8. Colacione-se como divergentes do acórdão recorrido os seguintes arestos originários de Tribunais da mesma hierarquia dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

"O Estado não está sujeito a pagamento acompanhado de correção monetária, a não ser em casos especiais e regulados por lei." (Apelação Cível nº 90.885, 1ª Câmara Cível, T. J., RJ., Jurisprudência Brasileira, Correção Monetária, 1977, pág. 219).

"Correção monetária — Princípio a ser aplicado de maneira restrita. Os problemas gerados pela inflação acarretam a instabilidade monetária. Contudo, o equilíbrio deverá ser procurado através de regulamento legislativo, para que a correspondente correção se aplique, senão nos casos determinados. Evitar-se-á, assim, seja ela também a causa de efeitos imprevisíveis." (R.T., nº 403/224).

"Correção monetária — Conceito. Aplicabilidade dependente de lei que a determine ou de cláusula contratual." (R.T., vol. 389/243).

9. Na espécie, sabe-se, não há lei que determine a aplicação de qualquer critério valorístico no pagamento de vencimentos ou proventos atrasados.

Pelo que, nos estritos termos da Súmula 291, está rigorosa e amplamente comprovado o dissídio não só porque a jurisprudência colacionada adere e respalda fortemente o princípio da reserva legal como informativo da exigibilidade da correção monetária, como também, dela se vê, especificamente se tem negado correção monetária em débitos de vencimentos ou proventos em atraso.

Decidindo, como decidiu, o acórdão recorrido conflita frontalmente com a jurisprudência dominante no Egrégio Supremo Tribunal Federal o que enseja o recebimento do apelo extremo, relevante que seja a questão federal suscitada.

III — DA QUESTÃO FEDERAL RELEVANTE.

10. Os proventos ou vencimentos do funcionalismo estadual, tal qual os de funcionários federais, não são débitos salariais que exsurgem de contratos nos quais estes entes públicos se sujeitem a considerações particularizadoras para cada um dos contratados.

CIRNE LIMA apreendeu com acuidade a questão quando em seus "PRINCÍPIOS" enfatizou qual a determinação básica que subjaz às relações entre funcionário e a função pública. Diz, textualmente que ambas, a disciplina legal da função pública e a da profissão de funcionário, embora independentes,

... são informadas pelo princípio da justiça distributiva."

Do que faz decorrer magistralmente. "Verbis":

"De outro lado, desprendê-las, a ambas, de seu princípio informativo comum e baixá-las ao terreno da justiça comutativa, será ignorar que, nessa ordem de relações, o Estado tem diante de si a totalidade de seus nacionais (art. 184, Const. Fed.) considerada como coletividade, e não indivíduo por indivíduo, singularmente. Será, portanto, forçar o Estado ao contrato, quando deveria usar da Lei, não para obrigar mas para regular. (Cf. Princípios, § 20, nº 5, passim)"

11. À toda evidência, pois, o negócio jurídico de pagamento, mormente de vencimentos e proventos, é ato vinculado ao que a lei, a este respeito fixa. As eventuais variações corretivas dos vencimentos são as leis e não como quer o acórdão recorrido as que levem em consideração a depreciação da moeda, apurável ao momento do pagamento.

Está aqui presente, justamente, a razão maior pela qual a Corte Planaltina tem se fixado no princípio na reserva legal relativamente à tese do valorismo.

Não há, por este aspecto, aproximação possível com o salário, em que o contrato é fonte de exigência do critério "comutativo" de justiça. O engano, a discrepância está justamente em que o caráter alimentar, posto em realce para enfatizar a necessidade de dar-se a cada um o que é devido, deixa em segundo plano aquilo que no negócio jurídico de pagamento, em direito administrativo, mormente no que concerne a vencimentos e proventos, é fundamental: sua conformação aos critérios de atribuição legal.

12. Este, pois, o vertedouro da questão de relevância federal, para a espécie.

Ao manter, firmemente, o princípio da reserva legal o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal da Nação Brasileira, em decorrência de sua indeclinável vocação de guarda da constituição, mediatiza vigorosamente o princípio da harmonia e independência dos poderes não permitindo que a solução de questões singulares menoscabe as grandes questões nacionais, que envolvem necessariamente os demais poderes.

A constituição atribui à União a competência exclusiva para gerir o sistema monetário (C.F., art. 8º, item XVII, letra j). Geratriz da questão em exame, a inflação é epifenômeno deste sistema.

Como fato social, afeta a todos quantos estão inseridos na vida de relações, na sociedade brasileira. Portanto, obviá-la para esta ou aquela classe de negócios, este ou aquele tipo de crédito é questão de planejamento e ordenamento nacionais delegada a outros poderes. É, portanto, questão que deve ser solucionada no plano da justiça distributiva, como tem visto o STF e não no plano da justiça comutativa como pretende o acórdão impugnado.

13. Toda esta problemática, subjacente à questão suscitada no presente apelo extraordinário que tem origem justamente na insensibilidade do acórdão recorrido a estas questões maiores da nacionalidade, foi, por igual, bem sentida no acórdão anteriormen-

te referido e que, por oportuno, agora, se repete, naquilo que diz com o seguimento do discurso do recorrente: ((... Os problemas gerados pela inflação acarretam a instabilidade monetária. Contudo, o equilíbrio deverá ser procurado através de regulamento legislativo, para que a correspondente correção se aplique, senão nos casos determinados. ... (Cf. R.T., 403/224))

14. O tema da correção monetária e os critérios de sua atribuição são da mais alta relevância, não só para as questões de vencimentos e proventos, como também para outras áreas em que por força da pressão inflacionária está ele sempre presente. Interessa não só a esta unidade da federação, como ademais, aos territórios, e à União. Mas interessa muito mais ao povo brasileiro como um todo, que sofre diuturnamente as mazelas decorrentes da inflação, e contra o qual certamente se descontinuará mais este privilégio cometido pelo acórdão recorrido.

A manutenção do princípio da reserva legal é a garantia de que, nesta área, por força da coerência do STF, como tribunal constitucional da nação brasileira, forte no princípio da justiça distributiva, não se criará dois brasis: dos sujeitos ao padecimento da pressão inflacionária e dos mitigados destes efeitos.

15. Argüi, pois, o recorrente, nos termos e para os efeitos do art. 308 do R.I.S.T.F., a relevância da questão federal suscitada como causa de exclusão da inadmissibilidade do recurso.

ISTO POSTO,

requer se digne V. Exa. de determinar o processamento do presente recurso, e negado o seguimento em decorrência da letra d), do item IV, do art. 308 do R.I.S.T.F., o processamento da ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA para efeitos de acolhimento pela instância extraordinária e conseqüente seguimento do recurso interposto.

Superada favoravelmente ao recorrente a fase preliminar (juízo de admissibilidade) pede o provimento do apelo extraordinário para mandar excluir a correção monetária do preceito condenatório da sentença de primeiro grau, confirmada pelo acórdão recorrido.

Indica para a formação do instrumento da relevância as seguintes peças:

1. *Inicial, fls. 2 a 4;*
2. *Ato de reforma e fixação dos proventos, fl. 10;*
3. *Resposta do demandado, fls. 16 "usque" 19;*
4. *Sentença de fls. 39 e 40;*
5. *Razões de apelação fls. 42 e 43;*

6. *Contra-razões do Ministério Público, fl. 46;*
7. *PARECER da Procuradoria da Justiça, fls. 50/51;*
8. *RELATÓRIO, fls. 52 a 54;*
9. *ACÓRDÃO RECORRIDO, fls. 56 "usque" 60.*

NN. TT.

P. Deferimento.

PORTO ALEGRE, 09 de setembro de 1980

ÍNDICE

ALFONSIN, Jacques Távora. O caso Jim's	213
ANISTIA — por Eunice Rotta Bergesch — Parecer 4398/PGE.	89
APOSENTADORIA — Anulação de atos administrativos, por José Quadros Pires — Parecer 4346/PGE	173
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Férias de Membro do Magistério — Parecer 4396/PGE.	113
ARZUA, Heron. Aspectos Constitucionais do Empréstimo Compulsório	35
ATOS ADMINISTRATIVOS — Anulação de por José Quadros Pires, — Parecer 4346/PGE	173
AZEVEDO, Marília de Oliveira. Casos de inelegibilidade e irrelegibilidade de prefeito municipal. Parecer 4348/PGE	165
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. Desvio de Função. Parecer 4393/PGE	109
BECKER, Verena Nygaard. Paridade de vencimentos. Parecer 4338 PGE	169
BERGESCH, Eunice Rotta. Anistia. Parecer 4398/PGE	89
BULLINGER, Martin. Telecomunicação e liberdade de informação.	23
BUSATO, Avani Rigo. Erro Judiciário	235
CASTRO, Silva La Porta de. Negócio Jurídico sob condição resolutiva — Parecer 4415/PGE	117
CONTRATO DE GERENCIAMENTO. Novo sistema para a realização de obras públicas. Hely Lopes Meirelles	127
CORREÇÃO MONETÁRIA — Princípio da reserva legal, por Defrancisco Gallichio.	239
COUTO E SILVA, Almiro. Cálculo de Diárias. Parecer 4327/PGE.	63
DENUNCIÇÃO DA LIDE — O Estado em juízo e a por Telmo Candiota da Rosa Filho.	53
DESVIO DE FUNÇÃO, por Rosa Maria Peixoto Bastos. Parecer 4393/PGE	109
DIÁRIAS — Cálculo, por Almiro do Couto e Silva. Parecer 4327/PGE.	63
DIEHL, Walter José. A taxa C.D.O.	135
EMPRESAS PÚBLICAS. Contratações das Empresas governamentais, por Orlando Carlos Gandolfo	157
EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO — Aspectos constitucionais do, por Heron Arzua	35
ERRO JUDICIÁRIO — Razões de apelação, por Avani V. Rigo Busato	235
EXECUÇÃO FISCAL — Prosseguimento independente da decretação da falência, por Jacques Távora Alfonsin	213

FÉRIAS DE MEMBRO DO MAGISTÉRIO, por Rosa Maria de Campos Aranovich. Parecer 4396/PGE	113
FLORESTA — Natureza jurídica, por Juraci Perez Magalhães.	47
FUNDO ESTADUAL DE SAÚDE — Pagamento de vantagem suplementar a servidores, por Marisa Soares Grassi. Parecer 4310/PGE	81
GALLICCHIO, DeFrancisco. A correção monetária e o princípio da reserva legal	239
GANDOLFO, Orlando Carlos. Contratações das Empresas governamentais.	157
GERENCIAMENTO — Contrato de, por Hely Lopes Meirelles	127
GRASSI, Marisa Soares. Fundo Estadual de Saúde. Parecer 4310/PGE.	81
GRATIFICAÇÃO ADICIONAL. Lei de Anistia, por Eunice Rotta Bergesch. Parecer 4398/PGE	89
GRIFFA, Norberto Luis. Linguagem, gramática e direito	11
HULLEN, Renita Maria. Terrenos Urbanos.	181
INELEGIBILIDADE E IRRELEGIBILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL, por Marília de Oliveira Azevedo. Parecer 4348/PGE.	165
INFORMAÇÃO — Telecomunicação e liberdade de, por Martin Bullinger.	23
INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA — Renovação, por Ana Maria Ferrugem de Oliveira. Parecer 4311/PGE.	123
IRGA. A taxa C.D.O., por Walter José Diehl e Cláudio Otávio Xavier	135
LEAL, Caio Martins. Lei Suely.	197
LEI SUELY, por Caio Martins Leal.	197
LICENÇA À GESTANTE — Convocação para regime especial de trabalho, por Jorge Alberto Diehl Pires. Parecer 4262/PGE	67
LINGUAGEM, GRAMÁTICA E DIREITO, por Norberto Luiz Griffa	11
MAGALHÃES, Juraci Perez. A floresta e sua natureza jurídica.	47
MAGISTÉRIO,— Férias, por Rosa Maria de Campos Aranovich. Parecer 4396/PGE	113
MAGISTRATURA — Cálculo de Diárias, por Almiro do Couto e Silva, Parecer 4327/PGE	63
MEIRELLES, Hely Lopes, Contrato de Gerenciamento — Novo sistema para a realização de obras públicas.	127
MOURA, Eliana Donatelli. Terrenos Marginais, ou reservados. Parecer 4368/PGE	95
OBRAS PÚBLICAS,— Contrato de gerenciamento, por Hely Lopes Meirelles	127
OLIVEIRA, Ana Maria Ferrugem de. Renovação da instância administrativa. Parecer 4311/PGE.	123
PARCELAMENTO DO SOLO URBANO, por Marino Pazzaglini Filho.	43
PARIDADE DE VENCIMENTOS, por Verena Nygaard Becker. Parecer 4338/PGE	169
PLANO DIRETOR DA CIDADE. Terrenos urbanos, por Renita Maria Hüllen.	181
PAZZAGLINI FILHO, Marino. Parcelamento do Solo urbano	43
PREFEITO MUNICIPAL — Inelegibilidade e irrelegibilidade, por Marília de Oliveira Azevedo. Parecer 4348/PGE.	165
PIRES, Jorge Alberto Diehl. Licença à gestante. Parecer 4262/PGE.	67

PIRES, José Quadros. Anulação de atos administrativos. Parecer 4346/PGE	173
REGIME ESPECIAL DE TRABALHO. GRATIFICAÇÃO. Licença à gestante, por Jorge Alberto Diehl, Parecer 4262/PGE	67
RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO,— Razões de apelação, por Avani Rigo Busato	235
RENOVAÇÃO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, por Ana Maria Ferrugem de Oliveira. Parecer 4311/PGE.	123
RESERVA LEGAL — Princípio da, por DeFrancisco Gallicchio	239
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. Taxa de serviços diversos. Parecer 4401/PGE	71
REQUISIÇÃO DE CERTIDÃO PARA JUNTA COMERCIAL — Procuradoria da República, por Mercedes de Moraes Rodrigues. Parecer 4401/PGE	71
ROSA FILHO, Telmo Candiota da. O Estado em juízo e a denúncia da lide.	53
SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. Terrenos marginais ou reservados, por Eliana Donatelli de Moura. Parecer 4368/PGE	95
SOLO URBANO. Parcelamento do, por Marino Pazzaglini Filho.	43
SOLO URBANO,— Dimensão mínima de terreno para edificação, por Renita Maria Hüllen.	181
TAXA CDO, por Walter José Diehl	135
TAXA DE SERVIÇOS DIVERSOS, por Mercedes de Moraes Rodrigues,— Parecer 4401/PGE.	71
TELECOMUNICAÇÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, por Martin Bullinger	23
TERRENOS RESERVADOS,— Servidão administrativa, por Eliana Donatelli de Moura. Parecer 4368/PGE.	95
XAVIER, Cláudio Otávio. A taxa C.D.O.	135

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado é uma publicação quadrimestral 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 Láo Dexheimer



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag