

revista da  
consultoria  
-Geral

estado do rio grande do sul

**REVISTA DA**

**CONSULTORIA-GERAL**

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RCGERS	Porto Alegre	v. 4	n. 8	p. 1 a 360	1974
--------	--------------	------	------	------------	------

Revista da Consultoria Geral Estado do Rio Grande  
do Sul. v. 1- . n. 1- . Dez. 1971-  
Porto Alegre, 1971-  
v. 23 cm. quadrimestral.

CDU 34(05)



Catálogo pela  
Equipe de Pesquisa e  
Documentação da CGE.

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

**EUCLIDES TRICHES** — Governador do Estado

**Orlando Giraldi Vanin** — Consultor-Geral

**COMISSÃO DE REDAÇÃO**

**Valdacyr Santo Scomazzan** — Coordenador

**Ellen Gracie Northfleet** — Assistente

**José Maria Rasa Tesheiner**

**Jorge Arthur Morsch**

**Dilma Macedo Machado**

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

Alvim, Arruda	Cumulação de Ações, Reconvenção e Litispendência . . . . .	13
Arzua, Heron	Método de Cálculo do Imposto Municipal sobre Serviços . . . . .	33
Barbi, Celso Agrícola	Ação Declaratória Principal e Incidental . . . . .	45
Cabral, Armando Henrique Dias	O Ato-condição no Contrato Tácito de Emprego Público . . . . .	63
Costa, Antonio Tito	Posturas Municipais e o Novo Código de Processo Civil . . . . .	71
Cunha, Mauro	Desapropriação — O mais singular Instituto Jurídico . . . . .	75
Fagundes, Miguel Seabra	O Título "Dos Recursos" em o Novo Código de Processo Civil . . . . .	83
Freitas, Luiz de Gonzaga Gomes de	Desapropriação — Aquisição Originária ou Derivada . . . . .	97

Gomes, Arthur Carlos A. Pereira	ISS — Taxatividade Parcial da Lista . . . . .	109
Meirelles, Hely Lopes	Desapropriação para Urbanização . . . . .	121
Moreira, José Carlos Barbosa	O Procedimento Ordinário no Novo Código de Processo Civil . . . . .	137
Morsch, Jorge Arthur	Alíquota do ICM na Operação que destina mercadorias ao consumidor localizado em outro Estado . . . . .	157
Oliveira Franco Sebrinho, Manoel de	Os Novos Instrumentos Operacionais da Administração . . . . .	163
Tácito, Caio	Regime Jurídico Constitucional dos Servidores Municipais . . . . .	173
Vanin, Orlando Giraldi	13.º Salário aos Servidores Públicos Regidos pelo Estatuto . . . . .	183
Wald, Arnaldo	Caixa de Previdência e Assistência de Funcionários de Banco . . . . .	197

**PARECERES**

Cabral, Armando Henrique Dias	Férias . . . . .	225
Ferreira, Nilo Damasceno	Fiança . . . . .	235
Filippi, Adaury Pinto	Maioria Simples . . . . .	240
Hüllen, Renita Maria	Licença Prêmio . . . . .	248
	Suplente de Vereador . . . . .	250

João, Paulo Germano	Sociedades de Economia Mista (acompanhado de ofício do Sr. Consultor-Geral do Estado) . . . . .	255
Moura, Ana Maria Landell de	Secretário Municipal - Verba de Representação . . . . .	271
Pires, Jorge Alberto Diehl	Tradutores Públicos e Intérpretes comerciais . . . . .	277
Sá, Ney	Gratificação pela Elaboração de Trabalho Técnico ou Científico . . . . .	283
Soares, Mário Nunes	Orçamento . . . . .	287
	Férias e Licença Prêmio . . . . .	293

**TRABALHOS FORENSES**

Tesheiner, José Maria Rosa	Mandado de Segurança . . . . .	299
----------------------------	--------------------------------	-----

**JURISPRUDÊNCIA**

Restituição pela Fazenda Pública Estadual de importância recolhida em executivo fiscal	Mandado de Segurança n.º 21.837 — T.J.R.G.S. . . . .	303
Inconstitucionalidade em tese de Lei Municipal. Legitimação para sua arguição e competência para o julgamento. Dispensa de concurso para a primeira investidura em cargo público	Representação n.º 19.523 — T.J.R.G.S. . . . .	306
Bons antecedentes	Habeas-corpus n.º 4.207 — Tribunal de Justiça do Ceará . . . . .	327

Inaplicabilidade do princípio da isonomia para o efeito de o judiciário aumentar vencimentos de funcionários públicos	Apelação Cível n.º 19.471 — T.J.R.G.S. .... 330
Funcionário Público — Enquadramento — Reenquadramento e Reclassificação	Apelação Cível n.º 19.831 — T.J.R.G.S. .... 333
Imposto sobre Circulação de Mercadorias — Sonegação fiscal	Agravo de Petição n.º 18.608 — T.J.R.G.S. 337
Imposto sobre Circulação de Mercadorias — Mercadoria importada destinada à incorporação ao ativo fixo da empresa	Agravo de Petição n.º 19.196 — T.J.R.G.S. 342
Taxa de Conservação e Melhoramento de Estradas	Agravo de Petição n.º 20.699 — T.J.R.G.S. 344
Convocação da Câmara de Vereadores, em caráter extraordinário, pelo próprio presidente do órgão legislativo	Sentença do Juízo da 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre 348
Verba de Representação	Sentença do Juízo da 1.ª Vara da Comarca de São Leopoldo, RS. .... 355

**DOCTRINA**

## CUMULAÇÃO DE AÇÕES, RECONVENÇÃO E LITISPENDÊNCIA (\*)

Arruda Alvim (\*\*)

Prezados colegas. Vou dividir esta palestra de acordo com a própria divisão do tema a mim proposto — “Cumulação de Ações, Reconvenção e Litispendência”. E vou adotar uma forma de exposição visando, é evidente, a não trazer quaisquer informações de caráter primário porque todos as possuem, mas tentar apresentar as distinções e as similitudes que me parecem existir a respeito de quaisquer destes institutos, tendo em vista a disciplina que deu o legislador de 1939 e o do novo Código.

### CUMULAÇÃO DE AÇÕES

De maneira que, o primeiro ponto, que me incumbe cuidar, é o da Cumulação de Ações no regime do Código de 1939, com vistas ao Código de 1973.

A primeira observação a ser feita é a de que a cumulação de ações, tanto quanto o litisconsórcio, quanto, ainda, a chamada concorrência de ações, não são propriamente fenômenos anormais do processo, mas poderíamos dizer, com maior exatidão, que são fenômenos pouco rotineiros, porquanto na realidade processual o que se observa é um autor demandar contra um réu, tendo em vista um único objeto litigioso. No entanto, baseado em uma série de razões, economia processual, harmonia de várias decisões, admite-se, desde há muito tempo, na história do Direito e no Direito Comparado, a Cumulação de Ações, o Litisconsórcio e a Concorrência de Ações.

\* Conferência proferida em 9.10.1973, no Instituto dos Advogados de São Paulo.

\*\* Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Procurador da Fazenda Nacional.

A **Cumulação de Ações** constitui-se, desde que obedecidos determinados requisitos, na soma de várias ações propostas por um autor contra o mesmo réu, num mesmo processo. Poderíamos dizer, para tentar graficamente identificar o fenômeno, que ela se constitui numa hipertrofia do objeto litigioso, em uma soma de mais de um objeto litigioso.

O litisconsórcio, de sua parte, é um fenômeno similar, mas que se constitui na hipertrofia ou num aumento dos sujeitos passivos, ou ativos, ou ativos e passivos (litisconsórcio misto). Evidentemente, no litisconsórcio temos vários sujeitos e, também, vários objetos litigiosos, de maneira que se distingue o litisconsórcio da cumulação de ações, dado que, na cumulação de ações, há normalmente, um autor contra um réu e vários objetos litigiosos, condensados em um único processo. É fácil, portanto, a distinção que existe entre cumulação de ações e litisconsórcio.

Um outro instituto que me incumbe distinguir, e que se colocaria mais próximo da cumulação de ações, seria o da concorrência de ações, ou, a meu ver, e com melhor técnica, mais corretamente denominável de concorrência de pretensões.

A concorrência de ações, como é o nome tradicional, se constitui na circunstância do sistema jurídico ofertar a alguém diversos caminhos para a satisfação de uma mesma lesão jurídica, dando a esse alguém o direito de escolha.

Um exemplo clássico é o do artigo 1.136 do Código Civil, em que um indivíduo adquire um imóvel faltando determinada área. Deste fato lesivo de seu direito, podem emergir pretensões diversas: ou pede diminuição do preço, ou complemento de área ou, ainda, a própria rescisão do negócio.

Essas três possíveis conseqüências jurídicas, que concorrem para uma mesma finalidade, importam necessariamente em que uma exclui a outra. Eleito um caminho, o outro estará automaticamente vedado, e a sentença que se proferirá, quando transitada em julgado, opera coisa julgada também para as demais pretensões. Esta distinção é feita, não só com a finalidade de caracterizar a concorrência de ações, o que seria talvez desnecessário, porém, mais especificamente, pelos seus reflexos na teoria da litispendência, que é a terceira parte de nossas considerações.

No entanto, devemos observar, neste ensejo, que a concorrência de ações, na realidade, é emergida de uma única lesão de direito, compreendendo a restauração daquela única lesão, todavia, pelos sistemas várias soluções, duas ou três, ou, eventualmente, até mais. Já relativamente à cumulação de ações, devemos considerar que tantas pretensões existem quantas serão as ações cumuladas. Por exemplo: se cumulo uma ação possessória com a de perdas e danos, é porque ambiciono retomar a coisa

e, ademais, obter perdas e danos. Então, teria havido esbulho e danos. Há duas pretensões, existencialmente autônomas, que serão feitas valer por duas ações, igualmente autônomas.

Na cumulação de ações há tantos pressupostos antecedentes ao ingresso em juízo (tantas lesões), quantas sejam as conseqüências jurídicas sancionatórias objetivadas. O mesmo ocorre com as ações-sentenças constitutiva e declaratória. O fundamento da cumulação de ações, bem como, de modo geral, do litisconsórcio, é o da economia processual, que, segundo a regra geralmente aceita, se constitui em que, com um mínimo de atividade, se deve obter um máximo de rendimento.

No entanto, tanto o sistema de 1939, como o de 1973, impõem uma limitação à cumulação de ações, que se constitui, no Código de 1939, no artigo 157, e, no de 1973, no 294, que rezam ambos, o seguinte:

“Quando um autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”.

Trata-se de uma **preclusão temporal** decorrente do ajuizamento (propositura) da ação. Proposta a ação, *ipso facto*, não mais poderá deduzir, nesse processo, a pretensão e respectiva ação, o que, se o tivesse feito a tempo, poderia tê-lo feito.

A inspiração que marcou o legislador, ao admitir a cumulação de ações, conforme já nos referimos, é a da economia processual. No entanto, esta economia processual é informada também, no princípio dispositivo, no sentido de que é lícito ao litigante cumular ou deixar de cumular. Dá-se liberdade, portanto, ao autor. Essa disponibilidade, porém, que existe para o litigante, existe só até um determinado momento, que é o da propositura da ação. A partir dele, se não cumulou não pode mais cumular no mesmo processo. Tem que demandar, em processo separado. É a regra do artigo 294, do Código de 1973, e do artigo 157, do de 1939.

Poderia haver aí um problema de conexidade. Movendo-se separadamente a ação que não foi cumulada à anterior, em havendo conexidade, as ações seriam juntas. É um problema que se aproximaria da cumulação ordenada ulteriormente, pelo juiz, de ações conexas, na forma do artigo 116 da lei vigente e dos artigos 102 e 103 da nova lei, mas não é, tecnicamente, um problema de cumulação de ações, propriamente dito.

A cumulação de ações é um instituto calcado na economia processual, ligado ao princípio dispositivo, e em que se impõe como limite cronológico ao mesmo o instante da propositura da ação: E, neste particular, a solução de ambas as leis é igual.

O que podemos notar, todavia, em a nova lei, é que ela foi inspirada numa política de liberalidade, facilitando aquilo que poderíamos — *lato sensu*, e com alguma transigência de terminologia — chamar de favorecimento de formação de processo coletivo, ou processo plural, dentro do processo de conhecimento. É mais fácil reconvir no sistema de 1973, do que no de 1939. É mais fácil, outrossim, o litisconsórcio, dado que, em rigor, pelo artigo 46, do novo Código, foi abolido o chamado litisconsórcio facultativo próprio, ou seja, aquele litisconsórcio baseado na afinidade por um ponto comum de direito ou ponto de fato, em que era lícito ao réu repudiar a formação. Para a formação deste litiseonsórcio, deveria haver conjunção (bilateral) de vontades; no novo Código, uma vez proposto o litisconsórcio, pelo autor o réu não poderá contra o mesmo insurgir-se.

Subsistiu, no sistema de 73, o litisconsórcio necessário e o facultativo impróprio, ou seja, sendo este último aquele que, desde que escolhido pelo autor, é, por esse fato, *ex lege*, inexoravelmente, imposto ao réu. Existe liberdade de opção, portanto, só para o autor.

De outra parte, voltando à cumulação de ações, propriamente dita, verificaremos que, na estrutura do referido instituto, encontra-se, também, essa maior liberalidade do legislador, com a finalidade de aumentar o rendimento do processo. Acentuou-se o princípio da economia processual nesta nova lei, dado que maior número de cumulações poderão se verificar, pela maior facilidade de ocorrência de fenômeno, diante de menos óbices para a concretização respectiva.

Se atentarmos para o artigo 292 do Código de 1973, que dispõe ser “permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”, veremos inicialmente a identidade de autor e réu, que deve existir.

Se compararem este artigo 292, “caput”, com o artigo 155 do Código de 1939, verificarão que se suprimiu o requisito da conexão que existia neste último. Por outras palavras, no Código de 39, para ser possível a cumulação de ações, era necessário que houvesse conexão de causas, fosse pelo objeto, fosse pela causa *petendi*. Pela nova lei, esse requisito, que era um óbice a mais, foi eliminado. Podemos dizer que se tornou mais flexível a cumulação, o que significa que, ao que tudo indica, haverá maior número de cumulações de ações no Código de 1973 do que no de 1939.

O “caput” do artigo 155, do Código de 1939, falava “pedidos conexos e conseqüentes”. Alterou-se um pouco este “conseqüentes”, dado que o § 1.º do art. 292 fala em pedidos compatíveis,

e por isso não há necessidade de que um seja conseqüência do outro. Basta que o indivíduo não solicite duas providências que sejam, em suas relações recíprocas, antagônicas.

Também adotou o sistema de 1973, segundo as regras do de 1939, que, em havendo discrepância de procedimentos, poder-se-á cumular da mesma forma, desde que se empregue o rito ordinário. É a regra que está no art. 155, parágrafo único, do Código de 1939, e no § 2.º do art. 292, da nova lei.

No entanto, aqui se segue uma observação que merece destaque. No Código de 1939 falou-se que é possível cumular o procedimento especial com o ordinário desde que o autor abdicasse da especialidade do procedimento especial e preferisse a do ordinário. Há, então, inexoravelmente, nesse tipo de cumulações, que se desembocar com ambos os procedimentos no mesmo rito ordinário.

Já no Código de 1973, fala-se em adequação para todos os pedidos do mesmo tipo de procedimento. Isso sugere variante ou idéia um pouco diferente da do Código de 1939, que é a viabilidade de cumulação, mesmo de procedimentos especiais, coisa absolutamente impossível em face da letra da lei do Código de 1939, porque a exigência do art. 292 é que haja adequação das ações cumuladas, do mesmo tipo de procedimento, seja o ordinário — como em 1939 — seja, eventualmente, o mesmo procedimento especial, ou, ainda, cumulação de ações, em um único procedimento sumaríssimo.

Desde que existam dois procedimentos especiais, que tenham o mesmo rito, nada impede que sejam cumuladas as ações respectivas. É o que me parece. Isso é, realmente, uma grande novidade, e, a meu ver, um avanço, comparativamente com o Código de 1939, que exigia sempre o procedimento ordinário.

Um outro aspecto que poderemos considerar agora, tendo em vista, digamos, essas distinções que nos parecem mais importantes, é ver quais sejam as implicações do instituto da cumulação de ações com a ação declaratória incidental, que não existe, segundo o consenso quase unânime, no Código de 1939 e que está prevista, expressamente, no Código de 1973 (artigos 5, 325 e 470).

Como vimos, pela regra do art. 157 do Código de 1939 e 294 do Código de 1973, a cumulação tem que se concretizar até o momento da propositura da ação; se não, não é possível uma cumulação posterior. No entanto, surge agora um problema consistente em que o Código de 1973, como tivemos rapidamente oportunidade de abordar na palestra passada, instituiu nos artigos 5.º, 325 e 470, a chamada ação declaratória incidental, que tem por finalidade específica a extensão dos limites objetivos da coisa julgada, no sentido de que aquilo que normalmente se

coloca como fundamento, de caráter prejudicial da decisão, propriamente dita, desde que tenha sido solicitada ação declaratória incidental, fique também revestido pela autoridade da coisa julgada. Assim, por exemplo, o caso da petição de herança onde o réu contesta a filiação, que é invocada como fundamento do pedido pelo autor e, o mesmo autor, à luz da contestação do réu, também sobre a relação de filiação, solicita a ação declaratória incidental, o que implicará em que a própria relação de filiação fique recoberta pela autoridade de coisa julgada. O juiz, supnhamos, dará pela procedência de tudo, colocando a decisão dessa ação declaratória incidental não mais na parte da fundamentação da sua sentença, mas na parte dispositiva e, então, ficará ela, também, recoberta com a autoridade da coisa julgada.

O que nos parece é que com a ação declaratória incidental, de certa maneira, admite-se uma cumulação ulterior, quer dizer, o indivíduo move só uma ação de petição de herança, originariamente, pois, se desejasse discutir tanto a petição de herança quanto a relação de filiação, proporía uma ação de filiação e uma ação de petição de herança originariamente cumuladas. Essa cumulação seria perfeitamente admitida, dado que o rito procedimental seria o mesmo para ambas.

Normalmente, como sabemos, fosse no regime anterior, seja no da nova lei, em não havendo declaratória incidental, o fundamento prejudicial da ação não ficava e não ficará revestido pela autoridade de coisa julgada (v. art. 469, III).

Mas, acontece que não se propõe a ação calcada nesses dois pedidos cumulados, mas se propõe só a ação de petição de herança. Contestada que seja a relação de filiação, solicita-se a ação declaratória incidental. Então a ação declaratória incidental dá ensejo, nesta nova sistemática, a uma cumulação posterior. O que nos parece, todavia, que se coloca como requisito fundamental à cumulação posterior é que seja **contraditado** o direito objeto da cumulação. Então, por exemplo, um indivíduo move uma ação de petição de herança e o réu não contesta a relação de filiação. É claro que, apesar de não contestada, o juiz tem sempre que conhecer dessa relação porque não pode chegar à conclusão sobre a ação de petição de herança sem estabelecer, previamente, se há ou não relação de filiação. Mas, então, pergunta-se: sem haver contraditório, é possível, assim mesmo, que o autor ingresse com um pedido solicitando a ação declaratória incidental, o que seria redutível a uma cumulação? Parece-nos que não. De maneira que se coloca como um dos pressupostos práticos da ação declaratória incidental que seja contraditada a relação que serve de base ao objeto litigioso principal, que, no exemplo fo-

cado, seria a ação de petição de herança. Caso contrário, estaria-se ignorando o texto do art. 294, que inadmite qualquer cumulação, a não ser na inicial.

Parece-me, então, pelo sistema da lei, ser um requisito fundamental o da contradição à relação prejudicial, mesmo porque, se assim não se entendesse, o art. 294 dessa nova lei, que corresponde ao 157 da antiga, que diz que, quando o autor deixar de fazer o pedido, só em processo separado pode fazê-lo, ficaria sem sentido prático.

Então, para que se possa compatibilizar a ação declaratória incidental com o art. 294 da nova lei, que corresponde ao 157 da ainda vigente, coloca-se como pressuposto da ação declaratória incidental, e, portanto, dessa cumulação posterior, que tenha havido contradição ao fundamento do pedido.

Basicamente, a cumulação acarreta, porque responde a uma exigência prática da economia processual, a consequência fundamental de haver unidade procedimental e conseqüente unidade decisória formal. Há uma marcha processual, um rito procedimental, onde se produzem as provas necessárias às duas ações, desembocando tudo isso numa sentença que, conquanto do ponto-de-vista substancial possa ser considerada como contendo várias decisões, de ponto-de-vista formal se constitui uma única sentença, porque resolve todas as lides cumuladas. Prejudicialmente, há sempre de ser resolvida a declaratória incidental, isto é, antes da lide prejudicada.

Há, todavia, alguns problemas que poderão dar margem a grande discussão nesta nova lei. Seriam talvez um e outro caso especial de cumulação fora da disciplina geral que se encontra no art. 292.

O primeiro diz respeito à exegese do art. 923. Se não existisse a ação declaratória incidental, não demandaria grande problema a exegese do 923 porque, se formos — então façamos um rapidíssimo retrospecto — examinar toda a doutrina e a legislação brasileiras, inclusive a atual, verificaremos que é absolutamente pacífica a distinção entre aquilo que se entende ser o **juízo possessório** e o **juízo dominial**. E todos sabemos disso. O Código de Processo Paulista, por exemplo, era expresso, e vários outros, como o Pernambucano, o de Santa Catarina, etc., no sentido de que, proposta a ação possessória pelo autor, por exemplo, produzia-se litispendência, para a reivindicatória, e vice-versa.

Poderíamos dizer que, entre a ação possessória e a reivindicatória, haveria uma **concorrência de ações "imperfeita"**, porque a concorrência de ações perfeita, é aquela do 1.136 do Código Civil, em que a sentença proferida, transitada em julgado, vale-

rá também, revestida pela coisa julgada, para a outra pretensão. Então, se o indivíduo, que recebeu uma área a menos, pede a rescisão contratual e ganha, isso produz coisa julgada para a ação de diminuição do preço, já, é evidente, por outro lado, que, na ação possessória, na concorrência imperfeita da ação possessória e da ação dominial, conquanto se possa falar numa concorrência, diríamos que é imperfeita. E, isso, particularmente, tendo em vista a relação da possessória para a dominial, porque aquele que perde a ação possessória não fica inibido, ulteriormente, de mover a ação reivindicatória.

Mas, o que interessa, realmente, no momento, é ter presente essa profunda distinção que houve sempre entre o juízo dominial e o juízo possessório. Isso vem desde o art. 818 da Consolidação de Teixeira de Freitas, que informou o art. 505 do nosso Código Civil, cuja segunda parte só admite a querela da propriedade no juízo possessório, em dois únicos casos: a) quando ambos os contendores discutam a posse a título de domínio; e b) quando a posse seja duvidosa. Então, sendo duvidosa a posse, e o juiz não podendo decidir com base na prova da posse, examinará os títulos de domínio, de ambos os contendores, se houver, e dará a posse àquele cujo título responda melhor às exigências legais.

Vem esse art. 923, que nos interessa, e, cristalizando toda essa tendência do direito brasileiro, diz:

“Na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento de domínio”.

Então, nada mais fez, ou teria feito, senão cristalizar toda a tendência do direito brasileiro. Entretanto, há um problema que já tem recebido alguma solução no Código de 39, que é saber se numa ação possessória em que se discutiu precipuamente com base no domínio, e assim se decidiu, ou seja, se tendo em vista essa circunstância, produz-se ou não coisa julgada para a ação dominial, que, em caso de solução positiva, não mais poderia ser proposta. Na realidade, argumenta-se — há um parecer, por exemplo, do Prof. José Afonso da Silva, na Revista dos Tribunais, vol. 417, onde se sustenta isso, porque, em última análise, ter-se-ia decidido o domínio — pois que a posse teria sido discutida exclusivamente em função e por causa do domínio, como, ainda, foi por causa deste que se decidiu a posse.

Pessoalmente, achamos que, apesar disso, não faz coisa julgada, porque, na realidade, o objeto do processo é só a posse; o domínio seria um mero fundamento.

Sem discutir, todavia, esse problema mais a fundo, surge agora o ponto realmente que nos interessa. A exegese desse art. 923 indica que é defeso ao autor ou ao réu intentar uma ação

dominial autônoma. Teria também o sentido e extensão o art. 923 — e aqui reside o ponto crucial — de impedir a ação declaratória incidental? Então, autor e réu demandando ambos a título de domínio, pergunta-se se é possível, tendo sido contraditado o domínio, ser solicitada a ação declaratória incidental. A minha sincera impressão é de que é possível. Então isso alteraria, à primeira vista, as regras tradicionais do nosso direito. Mas essa alteração seria menos um desrespeito à tradição, porque a tradição está respeitada no art. 923, mas sim consistiria em interpretar-se a ação declaratória incidental como uma exceção ao 923, dentro do sistema do Código, com o objetivo de se dar à ação declaratória incidental um rendimento mais amplo.

Assim, pendente a possessória, não é possível a dominial, salvo a ação declaratória incidental, no juízo possessório. É evidente que, para se suscitar a questão de domínio no juízo possessório, seria “conditio sine qua non” que isso fosse feito nos exclusivos casos admitidos pelo Código Civil: 1.º) discussão a título de domínio por ambos os litigantes ou 2.º) posse duvidosa, por parte de ambos. Fora disso, é evidente que o problema não se colocaria corretamente, pois, se se pudesse discutir fora daquelas hipóteses do art. 505, da vigente lei civil, estar-se-ia desnaturando o juízo possessório em juízo dominial, como uma regra geral, o que, efetivamente, é inadmissível.

Nesse sentido podemos dizer que o problema do art. 923 resvala para cumulação de ações, porque, em última análise, estar-se-á cumulado a posse com o domínio em virtude da ulterior propositura da ação declaratória incidental. A isso, segundo minha interpretação, não seriam óbice os dizeres do 923.

Ainda, alguns aspectos dignos de referência brevíssima para terminar este problema da cumulação de ações; é que se admite expressamente, na fase de execução, a cumulação de execução contra o mesmo devedor, desde que, é evidente, sejam obedecidos os requisitos gerais do 292 (identidade de ritos).

Mais ainda: esta lei, na parte da ação possessória, digamos, recolhendo a experiência cristalizada da jurisprudência, admite a cumulação do pedido possessório com perdas e danos, bem como, ainda, admite a sua cumulação com a de cominação de pena, para os casos de nova turbação ou esbulho; e, ainda, com o pedido de desfazimento de construção e plantação feitas em detrimento de sua posse.

Apenas seria conveniente inserir esses aspectos como expressão prática daquela lembrança inicial que lhes fiz, que é a grande liberalidade do legislador, no que tange à cumulação de ações.

Ainda no art. 922, disciplinando aquilo que se denomina de caráter dúplice da ação possessória, ou seja, o fato de o réu, na

contestação, fazer emergir uma proteção própria, tal como se a contestação fora uma reconvenção, lemos o seguinte — “É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido na sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”. Então, não só regulou expressamente aquilo que a doutrina admite como caráter duplice das ações possessórias, como também, em regulando esse caráter duplice, admitiu que o réu também possa cumular o pedido de proteção possessória com a indenização pelos prejuízos sofridos, em decorrência da injusta propositura da ação pelo autor.

Temos a impressão de que, no que tange à cumulação de ações, seriam essas as principais novidades comparando a lei antiga com a nova. De maneira que vamos passar, agora, ao problema da reconvenção, sempre nesta perspectiva de não lhes trazer quaisquer noções que pudessem ser reputadas primárias.

### RECONVENÇÃO

O problema relacionado com a reconvenção, atualmente, se insere também, basicamente, tendo em vista o contexto do princípio da economia processual, bem como os quadrantes da harmonia das decisões; quer dizer, num mesmo processo não se resolve, não só a ação do autor contra o réu, como, também, desde que preenchidos determinados requisitos, a ação autônoma e contraposta pelo réu ao autor. Há uma conexão por contradição entre a ação e a reconvenção.

Se examinarmos, desde logo, a redação dada pelo art. 190 do Código anterior, comparativamente à redação dada pelo art. 155 da nova lei, verificaremos que a nova disciplina é vantajosa. Na lei antiga liamos que “o réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise a modificar ou excluir o pedido”. O denominador comum da reconvenção, no sistema de 1939, era, segundo a análise do texto, necessariamente, a infringência, o prejuízo ao pedido do autor. Conquanto isso ocorra na maioria das vezes, nem sempre isso é “*conditio sine qua non*” da reconvenção.

Numa ação de desquite, por exemplo, é perfeitamente possível que um cônjuge confesse que deu ensejo ao desquite, mas entenda que o outro também o ensejou. Então poderá o réu até mesmo deixar de contestar, mas poderá reconvir, porque ache que o outro também deu margem ao pedido de desquite. Não é necessário que haja uma modificação ou exclusão do pedido. Não há necessidade intrínseca disso no instituto da reconvenção, embora possa isso se verificar.

A redação do art. 315 é:

“O réu poderá reconvir ao autor, no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

É manifestamente vantajosa esta redação, porque é claro que, embora a reconvenção repouse na economia processual, não seria possível enxertar num processo outra ação, que nada tivesse a ver com o mesmo processo, pois o que seria a expressão prática de uma economia processual, viria em prejuízo do autor, porque o réu poderia entrar em quaisquer outras ações no mesmo processo, o que prejudicaria a ação do autor.

Há, realmente, que se opor certo limite, que, na realidade, se constitui no conjunto de requisitos que a doutrina denomina de pressupostos processuais específicos da reconvenção, porque, sendo a reconvenção uma ação, tem que atender aos pressupostos processuais gerais, como, ainda, tem que ter as suas condições de ação e, ainda, o que se denomina de pressupostos processuais específicos, isto é, pertinentes a ela, reconvenção, que, pela nova lei são a conexão com o objeto ou com o fundamento da ação principal.

Verifica-se que é bastante liberal o sistema da lei, principalmente em se atentando que a lei deu uma definição à conexão, que é a mais simples possível. Basta, para haver conexão, que ocorra identidade de objeto ou de causa petendi. É a mais tênue conexão pensável pela doutrina.

Há, na reconvenção e na ação, duplicidade de relações jurídicas processuais, ao contrário do que mais de um doutrinador vem dizendo. Isso se explica claramente pelo art. 317 da nova lei e, pelo art. 194 da lei passada, no sentido de que a preempção da ação, a desistência da ação, a absolvição da instância ou, na nova lei, a extinção do processo (principal) não prejudicam a reconvenção, que encontra na sua relação jurídica processual o seu campo de sobrevivência.

Nesse sentido, são relações jurídicas processuais independentes. Se perecer a ação, poderá continuar a reconvenção. Os objetivos da lei, ao regular a reconvenção, tendo em vista que foi inspirada na economia processual, exige unidade procedimental, a comunhão da prova (daí se exigir conexão para não se fazer prova dispersa, mas prova mais ou menos dirigida no mesmo caminho, porque, em caso contrário, se estaria desobedecendo ao requisito prático de economia processual), como também se exige a unidade decisória (a sentença formalmente é uma).

Segundo a lição de Pontes de Miranda, da mesma forma no caso da cumulação de ações, a unidade decisória é meramente

formal, porque na ação e na reconvenção, o que se tem, substancialmente, são duas sentenças: uma que julga a ação e outra que julga a reconvenção, examinando-se os pressupostos processuais de cada uma, as condições de ação de cada uma, a prova de cada uma, etc.

Quais seriam, agora, as distinções mais importantes entre o sistema da nova lei e o da lei passada? Basicamente, inserindo-se a disciplina da reconvenção no lineamento geral da liberalidade do legislador de admitir um maior número possível de processos conjuntos sob suas várias modalidades, da cumulação de ações, do litisconsórcio e da reconvenção, vemos o seguinte:

a) No § 1.º do art. 315, que não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor quando este demanda em nome de outrem. É obrigado a demandar na própria qualidade em que é demandado. A meu ver, esta regra seria desnecessária diante do que está escrito no artigo 6.º: "Ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Parece um desdobramento desnecessário. Esse § 1.º do art. 315, no entanto, é cópia literal do art. 191 da lei passada. Terá sido devido menos a uma exigência específica do artigo a mais a uma tradição, cópia do que existia no passado.

Onde, porém, parece-me que as diferenças são sensíveis, é naquelas causas em que, no regime passado, não se admitia a reconvenção, e que agora passou a se admitir.

b) O § 2.º do art. 315 diz: "Não se admite a reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo". Entendeu o legislador que as causas de procedimento sumaríssimo devem ser categorizadas por dois critérios: 1.º) do valor; e 2.º) material. Essas causas devem ter uma solução rápida. Daí o procedimento sumaríssimo. Se devem ter uma solução rápida, a regra será não admitir reconvenção, que evidentemente prejudicaria a possibilidade dessa solução rápida.

c) Se, todavia, examinarmos as várias causas em que não se admite reconvenção pelo art. 192, do Código de 1939, verificaremos que essas causas e respectivos óbices não subsistem na nova lei. E há alguns casos em que pela sua própria natureza não teria sentido uma reconvenção. Seria intrínseco à própria problemática e até desnecessário proibir, que houvesse reconvenção em ações relativas ao estado e capacidade das pessoas, por exemplo.

Sabemos que a coisa julgada é "erga omnes", regra geral, porque o indivíduo ou é casado ou não, não sendo possível uma terceira solução. Não é pensável, não é lógico, que se cogite de uma reconvenção. A própria lei antiga fazia exceção a casos de

desquite e anulação de casamento, em que era possível e rotineira uma ação reconvenção.

Nas ações de alimento, pela nova lei, parece que poderá haver reconvenção, dado que não existe a proibição que existia na antiga, que, evidentemente, partia do pressuposto de que aquele que é miserável, no sentido jurídico, não deveria sofrer reconvenção do que imputava ser rico. O mínimo que poderia sofrer seria a contestação de que não era miserável. É menos um problema jurídico, porém, mais de política legislativa.

Quanto ao depósito, parece que poderá haver reconvenção, porque não há proibição, embora mesmo na legislação de 1939 Pontes de Miranda entendesse possível a reconvenção, se calçada em outro depósito. É opinião isolada, todavia, ao que me parece.

Um ponto que entendo mais importante é não se vedar a reconvenção — e aqui acho que realmente houve progresso, pela sua expressão prática — nas ações que versarem sobre imóveis ou direitos a eles relativos.

Todos nós sabemos que há uma teoria, que é exata e muito preponderante em Direito Civil, que considera direito sobre imóvel como direito absoluto, dado que só admite um titular. Acredito que, influenciando sobre o processo, levou o legislador a pensar que, sendo os direitos reais e a propriedade a expressão prática de direitos absolutos, seriam insuscetíveis de comportar uma reconvenção, porque só um pode ser titular. Essa inferência, todavia, para o campo procesual é inexata e inconveniente.

A doutrina alemã, no entanto, é de clareza meridiana, ao demonstrar que o fato de um direito ser definido como absoluto, no direito civil, no campo do Processo, enseja pretensões, pois que dois indivíduos podem disputar o mesmo bem jurídico.

O fato de se admitir que só um indivíduo seja o titular de um direito, não elide que um segundo possa **pretender** o mesmo direito. Há duas pretensões contrapostas, que se constituem precisamente na base prática, para poder haver reconvenção.

Há um autor já clássico, com a mais recente monografia alemã, sobre litispendência, que é da autoria de BETTMANN, onde observa que, em uma demanda sobre a propriedade de um bem, entre A e B, se de um lado há pretensão à propriedade por A, na reconvenção há pretensão à propriedade por B. A contestação de B só nega a de A. Se B, entretanto, além de negar a propriedade de A, entender que é o proprietário, essa é outra realidade jurídica. Além de o outro não ser proprietário, ele o é.

E, no Direito Brasileiro, a meu ver, temos um exemplo prático muito interessante, em vários sentidos. É o caso do indivíduo que move ação de usucapião e é obrigado a citar todos os confinantes; o que podem fazer eles? Podiam, exclusivamente, contestar a ação de usucapião, segundo jurisprudência que seja de nosso conhecimento, na sistemática anterior.

Caso algum dos réus, além de contestar, intente reconvenção visando à posse do bem, como decorrência não só da improcedência da ação, porém, especificamente da procedência da reconvenção, os Tribunais entendiam que há litispendência, por serem idênticas as causas, por isso, inadmitiam a reconvenção. Julgo que o fundamento está errado. Absolutamente, não há litispendência. Num caso é a pretensão daquele que pretende usucapir e, no outro, é a pretensão daquele que pretende haver o seu imóvel, que, indevidamente, está na posse do usucapiente. Não há, absolutamente, a meu ver, litispendência.

O que é curioso é que, se examinarmos a nossa jurisprudência, verificaremos que toda ela diagnostica a inviabilidade da reivindicatória nesta hipótese, configurando-se como um caso de litispendência. No entanto, concordamos com a inviabilidade da reivindicatória, não pelo diagnóstico da nossa jurisprudência — que se nos afigura errado, mas pelo preceito que proibia, bem ou mal, mas era uma lei — a reconvenção nos casos de ações que versassem sobre imóveis ou direitos a eles relativos. E a usucapião é uma ação que versa sobre imóveis.

Então, por uma disposição indesejável do legislador, parece-me que ficava vedada a reconvenção em ação reivindicatória. Esse inconveniente ou óbice não haverá com a nova lei, que não consigna esse caso de impedimento de se reconvir a uma ação reivindicatória.

Basicamente, as conseqüências mais importantes, vamos dizer, emergidas da reconvenção, são a unidade procedimental, o material probatório comum, o que se acentua e se evidencia claramente com o requisito da conexão entre a ação e a reconvenção, e a unidade decisória, de um ponto-de-vista formal.

Como observação menos de fundo, é mais de filigrana, a nossa nova lei considera a reconvenção espécie de um gênero que ela denomina resposta. O réu se defende respondendo com exceção, com contestação e com reconvenção.

Essas as observações mais importantes nesse contraste do instituto da reconvenção, na nova lei, com a lei de 1939. Com isso, vamos passar agora à terceira parte das nossas considerações, que diz respeito ao problema relacionado com a litispendência.

## LITISPENDÊNCIA

O primeiro ponto que cumpre esclarecer e ter presente, é que a palavra litispendência é tomada na mais moderna doutrina, especialmente na doutrina alemã e na italiana, em dois sentidos: no primeiro sentido, que é conhecidíssimo, por litispendência se entende a pendência simultânea de dois processos que tenham os mesmos elementos, identidade de pessoas, causa petendi e objeto e, geralmente, o segundo deve ser extinto sem julgamento de mérito (artigo 267, V), sendo este o sistema de nossa Lei; num segundo sentido, todavia, e é o sentido da lei alemã, que já é de quase um século, litispendência é considerada também como um processo em ato. Há litispendência quando temos um processo onde houver citação produzindo a plenitude dos seus efeitos (art. 219; art. 166, do Código anterior).

É claro que não tem o mesmo sentido que aquela litispendência considerada como sendo a impropriamente chamada “exceção” de litispendência.

Começando pela palavra litispendência, com o sentido de “exceção” de litispendência, poderemos verificar que indiscutivelmente esta lei incorporou uma conquista já de uns 40 ou 50 anos da doutrina estrangeira, na categorização jurídica da litispendência, o que não fora feito e deveria já tê-lo sido pelo Código de 1939.

No Código de 1339, a litispendência e a coisa julgada são categorizadas como exceções (art. 182). E todos nós sabemos que a marca que realmente imprime caráter à exceção, seja ela processual, seja ela substancial, é a disponibilidade do excipiente sobre a sua exceção; quer dizer, ele a deduz, se o quiser, inexistindo atividade oficiosa a respeito. Se perder o prazo, forma-se preclusão: Isso é que é realmente a exceção. Exemplo típico é o da exceção de incompetência relativa, que a lei vigente considera como tal.

Ora, a doutrina, trabalhando sobre os requisitos da existência e da validade do processo, considerou duas grandes categorias: a primeira, dos chamados pressupostos processuais positivos, ou pressupostos processuais intrínsecos, e que comporta uma subdivisão entre pressupostos da existência e os da validade, que são todos aqueles requisitos que devem estar presentes para que, juridicamente, se repute um processo como existente e válido.

É claro que não nos interessa ingressar nessa temática agora, porque estaríamos saindo completamente do nosso rumo. Mas, por contraposição de sentido, essa mesma doutrina, digamos assim, considerou uma outra categoria de pressupostos processuais a que deu o nome de negativos ou extrínsecos. Há, realmente,

que se ter alguma transigência com o termo. Apenas o utilizo porque é de consagração universal. Na realidade, pressuposto é justamente aquilo que se pressupõe para existir alguma coisa. No caso, a idéia final é exatamente a inversa, no caso da existência de pressuposto negativo, pois desde que exista, *ipso facto* prejudica a eficácia do processo.

Então, entendeu-se de designar como pressupostos processuais negativos aqueles elementos extrínsecos ao processo. Pressupostos processuais negativos que, constatada a respectiva existência, impedem a eficácia do processo onde haja deduzido. Típico caso disso é a objeção de litispendência e a objeção de coisa julgada. Se, tendo em vista um processo "A", verifico que existe também um processo "B", idêntico em seus elementos ao "A", deduzo a objeção de litispendência e devo trancar o processo que começou em segundo lugar. Da mesma forma ocorre com a coisa julgada.

Ora, a lei antiga chamava a litispendência e a coisa julgada como exceção, mas não lhes dava um tratamento de exceção. Em primeiro lugar, a coisa julgada pode ser deduzida a qualquer tempo, e o juiz pode e deve resolver "ex-officio". São característicos de um pressuposto processual negativo ou segundo uma outra terminologia, de objeção, para distinguir de exceção em que não existe oficiosidade. O mesmo se dá com a litispendência.

A nossa antiga lei rotulava erradamente os institutos da litispendência e da coisa julgada. Se formos a esta nova lei, verificaremos que, no art. 301, inclusive com o requinte útil de hierarquizar os tipos de defesa, que o réu deva apresentar antes do mérito e a ordem em que deva fazê-lo, consigna nos n.ºs 4 e 5 a litispendência e a coisa julgada. E, no § 4.º do 301, lemos: "Com exceção do compromisso arbitral", que é uma verdadeira exceção — "o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo".

De maneira que fica fora de dúvida que a litispendência passou a ser tratada nesta lei como um pressuposto processual negativo. Se não bastasse isso, encontramos a mesma regra, dando poderes ao juiz, para conhecer de ofício da litispendência, no § 3.º do art. 267, que diz: "O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n.ºs IV, V e VI", sendo que, no § 5, do art. 267, se encontra a litispendência.

De maneira que, pelos dois dispositivos a que aludimos, a litispendência assumiu a sua verdadeira categoria de pressuposto processual negativo.

Um outro problema, todavia, que se coloca e esse que, a meu ver, neste particular o legislador não foi dos mais felizes,

é o problema de considerar o início da litispendência. Então aqui já saímos daquele sentido de considerar litispendência como dois processos simultâneos, mas consideramos litispendência no sentido de indagar e estabelecer quando começa a litispendência de um processo.

Se formos examinar a lei, verificaremos que o art. 263 pode dar e certamente dará margem a discussão — e toda lei dá margem a muita discussão. Tal artigo é cópia do Código de Processo Civil Português, sem que, todavia, nenhum jurista português consiga esclarecer, com clareza, qual é o sentido prático das distinções feitas.

O problema é o seguinte: Esse art. 263 prescreve: "Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída..." Então, o primeiro contato com o distribuidor ou, com o juiz, através do despacho, significa que a ação está proposta. Se tomarmos esse termo "propositura da ação" e formos procurar o seu significado no Código de 1939, verificaremos que era bem mais claro, porque então a propositura da ação, pelo art. 292, decorria do ato da citação. Uma vez citado o réu, considerava-se, *ipso facto*, proposta a ação, correndo da devolução do mandato ao cartório o prazo para a defesa. A doutrina identificava aí dois momentos: primeiro, o da propositura da ação; e, segundo, o do início do prazo para defesa. Evidentemente, algumas vezes, poderiam coincidir. Consideremos agora um outro problema, o da "perpetuatio jurisdictionis", isto é, saber quando se fixa definitivamente a competência. No Código de 1939 não há dúvida: é a partir da citação. Então, o art. 292 regulava a propositura da ação e usava do termo "proposta", e o 151, que regulava a "perpetuatio jurisdictionis", falava em ação proposta. Ora, esse 263 diz: A ação é proposta quando é despachada pelo juiz. No entanto, a segunda parte do art. 263 diz: "A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no 219, depois que fôr validamente citado". A prevenção só ocorre depois que o réu foi citado. Então, qual é a primeira idéia que surge? Para o autor haveria prevenção quando do contato com o juiz e para o réu haveria uma prevenção quando fosse citado. Mas suponha-se que a ação seja despachada hoje e o réu mude daqui para Jundiá e seja citado lá dentro de dez dias. A prevenção é aqui ou é em Jundiá? Acontece que justamente o artigo que regula o problema da "perpetuatio" é de uma infelicidade grande, porque diz o seguinte: "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta". Mas acontece que a ação, para o autor, é proposta num momento e, para o réu, é noutro momento, porque não produz efeitos em relação ao mesmo senão depois de citado.

Deixo este problema à meditação dos senhores. A meu ver, para adiantar um esboço de solução, se não iríamos muito longe, e isso foi largamente discutido no Curso de Especialização da Pontifícia Universidade Católica, acho que vale o momento em que o réu seja citado.

Por uma série de razões que não vamos repetir aqui, porque extravasaríamos os limites de tempo de que dispomos, e como é relevantíssimo para o tema da litispendência saber em que momento a ação é proposta, pensamos que aí a situação terá que ser a mais favorável para o réu.

Diante desse conflito dos textos da própria lei, pelo menos aparentemente quer-nos parecer que a ação deve ser tida como proposta, depois que o réu seja citado.

Um outro problema, a meu ver interessante, é o relacionamento da litispendência, tomada aqui em seus dois sentidos, com os demais pressupostos processuais, ou seja, saber se há um outro pressuposto processual de que a litispendência, para ser produzida, dependa. E existe.

O pressuposto de que ela depende é o pressuposto da competência. Os senhores, lendo o art. 166, § 1.º, do Código de 1939, verificam que, quando a citação é ordenada por juiz incompetente, produzirá somente os efeitos materiais previstos.

Significa isso, que, desde que o juiz incompetente ordene uma citação, e seja ela feita, só se produzem os chamados efeitos civis oriundos da propositura da ação. E essa consequência se encontra, também, no art. 219 da nova lei, embora a redação não seja tão clara, quanto o era na lei antiga.

A consequência prática é a seguinte e pode ser observada de um exemplo: um indivíduo move uma ação em São Paulo e cita o réu perante juiz incompetente, nesse momento. O réu dessa ação, move a sua ação em Campinas, depois de dez dias, e cita o autor já agora, perante o juiz competente. Qual ação produz litispendência? É a de Campinas. Deve ser trancada a ação que começou em São Paulo, apesar de ter começado em primeiro lugar, pois o juiz não é competente para a mesma, e, por isso, não nasce o direito à objeção de litispendência.

Sabemos que a grande regra da litispendência é trancar a ação que começou em segundo lugar, mas nesse caso, por disposição expressa da lei, tendo sido ordenada a citação na primeira causa por juiz incompetente, não se produz o efeito da litispendência (isto é o direito à "objeção de litispendência").

Podemos dizer que fizemos pesquisa muito ampla e isso é de doutrina universal. O único país que refoge a isso é a Alemanha. Toda doutrina italiana, francesa, sul-americana é absolutamente nesse sentido. Parece-me que o legislador seguiu a

tradição do Código de 1939 e se afinou com o Direito Comparado europeu e latino.

Um outro problema digno de consideração no tema da litispendência, mudando um pouco o enfoque, é observar que a legislação de 1939 era omissa no que tange ao chamado problema da litispendência internacional. A Lei da Introdução do Código Civil, onde deveria estar essa disciplina, também é omissa; nos seus artigos 11 e 12 apenas regula a competência internacional absoluta e relativa.

Este Código de Processo Civil trouxe para seu bojo a disciplina da competência internacional, o que implica em que, em matéria de processo civil a lei de introdução está revogada, na medida em que seja incompatível com a nova disciplina. Propondeu o Código pela opinião que me parece exata, a irrelevância da litispendência internacional, dispondo, no art. 90: "A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas".

Esse preceito, em nosso ver, somado à própria homologação de sentença, como vinha disciplinada no Anteprojeto — porque hoje vem regulamentada em Regimento Interno do Supremo, por delegação constitucional — insere-se num lineamento de maior prestígio da autoridade judiciária brasileira. A doutrina antiga já era nesse sentido.

O indivíduo está ajuizando demanda na França, mas se vier ao Brasil e intentar ação aqui, e formar-se antes a coisa julgada aqui, esta é que prevalece. Não vale a coisa julgada posterior ou a litispendência que se produza no estrangeiro.

Devo dizer que, de um modo geral, é a orientação, tanto no direito sul-americano, francês, italiano, e, em parte, mesmo do direito alemão e austríaco. O Código Alemão dispõe no mesmo sentido, no seu art. 328, apenas ressalvando que, se houver reciprocidade, então se reconhecerá a litispendência internacional.

É claro que surge aqui um problema prático importante, que é o de saber do eventual conflito de tratado internacional com a regra interna. Os grandes internacionalistas, ensinam que no caso prevalece o tratado internacional. Naqueles casos em que o Brasil seja signatário do tratado internacional, não valerá o art. 90.

É o caso, por exemplo, do Tratado de Bustamante, do qual o Brasil é signatário, abrangendo a América Espanhola e o Brasil. Quando a litispendência se formar nesses países, não valerá a regra do art. 90, colhendo eficazmente a exceção de litispen-

dência, pois no campo do direito internacional é exceção e na objeção (não há oficiosidade).

E, quando mais não fosse, a lição dos internacionalistas, temos hoje uma regra que logicamente por analogia levaria a essa conclusão, que é dispositivo do Código Tributário Nacional, o qual prescreve que, entre lei tributária interna e lei de tratado tributário internacional, prevalece a regra do tratado internacional.

Com isso, meus senhores, dou por encerradas minhas considerações sobre o tema.

Muito obrigado.

## MÉTODO DE CÁLCULO DO IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE SERVIÇOS \*

Heron Arzua \*\*

### INTRODUÇÃO

Diante da regra geral, de eficácia normativa, de que a base imponible do imposto municipal sobre serviços (IS) é o **preço do serviço** (art. 9.º, do Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968), inúmeros contribuintes, no âmbito do Município de Curitiba, vêm sustentando a tese de que a alíquota do tributo deve ser aplicada sobre o preço do serviço, após a dedução da parcela correspondente ao próprio tributo. Com efeito, se o preço de um serviço é Cr\$ 3,00 (três cruzeiros), numa alíquota de 10% (dez por cento), teríamos um imposto de Cr\$ 0,27 (vinte e sete centavos). Ao revés, haveria incidência de imposto sobre imposto, equivalendo não só a uma dupla tributação, como também a acrescer a unidade imponible de uma parcela que, rigorosamente, não é preço.

Este trabalho pretende demonstrar que a base de medida do IS é o total pago pelo fruidor do serviço, importância sobre a qual se calcula a fração percentual tributária, sendo desprezível, da ótica jurídica, a inclusão da parcela relativa ao **quantum** do imposto, no preço do serviço.

Pensamos que, de acordo com a normação integrativa da Constituição, trazida pelo Decreto-lei 406-68, o montante do IS faz parte da base imponible desse tributo, não sendo imperativo que a lei ordinária municipal tenha regra expressa nessa direção como acontece com o imposto sobre circulação de mercadorias (ICM), pois a simples conjugação dos aspectos essenciais da sua hipótese de incidência revela essa postura.

\* Tese apresentada ao I Encontro Nacional de Procuradores Municipais realizado de 20 a 27 de janeiro de 1974, na cidade de Recife-PE.

\*\* Procurador da Prefeitura de Curitiba.

Todavia, tal colocação do tema não importa em afirmar que a lei municipal, competente para instituir o tributo, não possa gizar de maneira diferente. O que se quer precisar é que, nos termos dispostos na lei complementar, o método de cálculo do IS é, para usar linguagem muito a gosto dos franceses, "por dentro" (compris). A omissão da lei municipal nessa matéria, ou seja, de fixação do método de cálculo, deve ser entendida como aceitação implícita da norma maior da lei complementar.

## 1. BREVE HISTÓRICO DO IS

1.1 Da Emenda Constitucional n. 18, de 1.º de dezembro de 1965, cognominada de **Reforma Tributária**, é que surgiu o imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência impositiva dos municípios. (art. 15 e seu parágrafo único)

No que diz respeito aos impostos municipais, foram substituídas, pela citada Emenda, várias espécies tributárias — o imposto de licença, o imposto de diversões públicas e o imposto de indústrias e profissões, todos identificados pelo nomen juris — de imposto sobre serviços de qualquer natureza.

A Emenda Constitucional n. 18 teve sua complementação normativa, inicialmente, no que tange ao IS, através da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. (Código Tributário Nacional)

Com referência ao núcleo da hipótese de incidência do IS, dispôs, como regra geral do C.T.N. (art. 72) que a "base de cálculo do imposto é o preço do serviço".

1.2 Sobrevindo a Constituição de 1967, foi mantida a competência municipal para decretação do imposto sobre serviços, desta forma:

"Art. 25. Compete aos Municípios decretar: ... II. imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos da competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar".

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, manteve o dispositivo acima citado.

Quase dois anos após a vigência da Constituição de 1967, em 31 de dezembro de 1968, foi promulgado o Decreto-lei n. 406, que alterou a sistemática do imposto sobre serviços, revogando, expressamente, a respeito desse tributo, as normas do Código Tributário Nacional (art.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 33-44, 1974

13). Nova redação foi dada aos preceitos referentes ao fato gerador, base imponível, contribuinte e local da prestação de serviços. A definição de serviços do CTN dá vez à lista de serviços do Decreto-lei n. 406.

No que é pertinente ao tema de que se trata, o mencionado Decreto-lei rezou ser a hipótese de incidência a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa. Manteve inalterados a base imponível (regra geral) e o contribuinte.

Quanto às alíquotas, já o Ato Complementar n. 34, de 30 de janeiro de 1967, havia estabelecido o seguinte, como teto de fixação:

- a) execução de obras hidráulicas ou de construção civil, até 2%;
- b) jogos e diversões públicas, até 10%;
- c) demais serviços até 5%.

1.3 No Município de Curitiba, a lei que instituiu o imposto sobre serviços foi a de n. 2.909, de 5 de dezembro de 1966, que vigeu, com algumas alterações, até o exercício financeiro de 1971, inclusive. Posteriormente, surgiu a Lei n. 3.944, de 1971. A respeito da base imponível disse a lei curitibana ser o preço do serviço ou a receita bruta mensal do contribuinte.

Acredito que a maioria dos municípios brasileiros, em termos de imposto sobre serviços, cuidou de forma igual à da lei de Curitiba.

## 2. ASPECTOS DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

2.1 Fundamentalmente, a norma que atuou efetivamente a Constituição determinou ser a base imponível do IS o preço do serviço; o sujeito passivo direto da relação jurídica tributária, o prestador do serviço. Estes os aspectos essenciais da hipótese de incidência, donde se retira o cerne do imposto sobre serviços. A alíquota, embora dado externo da base imponível, é também indispensável para se apurar o quantum debeat. (1)

1. GERALDO ATALIBA, "Hipótese de Incidência", RT, SP, 1973, p. 119.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 33-44, 1974

2.2 A base imponible de um tributo (também denominada de base de cálculo, base de incidência, valor tributável, montante tributável, base de medida, etc.) é a perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência. (2) É o valor básico relacionado, intimamente, com o aspecto material da hipótese de incidência, o qual, via de regra, através da operação de multiplicação pela alíquota, indicará a cifra tributária a ser paga pelo sujeito passivo. É, assim, atributo mensurável do fato colocado pela lei como hipótese de incidência, que, se acontecida e quando acontecida, dará nascimento à obrigação tributária *in concreto*. Como alude o saudoso AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, "é a grandeza econômica ou numérica sobre a qual se aplica a alíquota para se obter o *quantum* a pagar. (3) Desses conceitos, não discrepa a lição de PEREZ DE AYALA: "Podemos definir-la (base imponible) como aquella magnitud susceptible de una expresión cuantitativa, definida por la Ley, que mide alguna dimensión económica del hecho imponible y que debe aplicarse a cada caso concreto, según los procedimientos legalmente establecidos, a los afectos de la liquidación del impuesto". (4)

A importância da base imponible é de tal ordem que ALFREDO AUGUSTO BECKER vê nela o verdadeiro núcleo da hipótese de incidência, elemento que define a própria natureza jurídica específica de um tributo. (5) A base imponible do IS é, como se viu, o preço do serviço. Esta é a norma geral e que interessa aqui verificar. Não estando também em cogitação o conceito de serviço, fornecido através de listagem anexa à lei complementar (hoje, o Decreto-lei n. 834, de 1969), resta delimitar a noção de preço.

2.3 O conceito de preço nos vem do direito privado e parece já estar bastante sedimentado para não alimentar quaisquer espécies de dúvidas. Singelamente, preço é o dinheiro de que deve dispor o adquirente para comprar bens ou serviços. Cabe aqui uma observação no sentido de ressaltar a fidelidade do legislador ao pre-

2. GERALDO ATALIBA, *op. cit.*, p. 113/114.
3. "Fato Gerador da Obrigação Tributária", Ed. Fin., 1.<sup>a</sup> ed., Rio, 1964, p. 155.
4. "Derecho Tributário", vol. I, 1968, p. 204.
5. "Teoria Geral do Direito Tributário", ed. Saraiva, SP, 1963, p. 298.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 33-44, 1974

cisar a base imponible do IS, porquanto nada mais insito à operação de compra e venda de um bem imaterial do que o seu preço.

Por preço, magistra BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, "entendemos a soma em dinheiro que o comprador paga ao vendedor em troca da coisa adquirida. Na economia monetária em que vivemos, onde a moeda é aceita por todos, uma das funções do dinheiro é ser medida de valor. Para o homem adquirir bens (mercadorias ou serviço), é obrigado a entregar, ao vendedor, uma certa soma de dinheiro que expressa o valor do bem adquirido. Preço vem a ser, pois, essa soma de dinheiro que o comprador paga ou se obriga a pagar, ao vendedor, em troca de bens ou serviços adquiridos". (6) O paranaense PLÁCIDO E SILVA é incisivo: "Do latim *pretium*, entende-se o valor ou a avaliação pecuniária atribuída a uma coisa, isto é, o valor dela determinado por uma soma em dinheiro... É assim que, nas vendas, é a quantia ou a soma pecuniária a ser paga pelo comprador. Nas locações, é também a soma em dinheiro a ser paga pelo locatário" (7) J. M. CARVALHO DE MENDONÇA e CARVALHO SANTOS tiram ensinamentos na mesma direção. (8)

Trazendo a noção de preço para o direito tributário, mais particularmente para o campo do IS, temos que o preço do serviço é a contraprestação devida e paga pelo utente em troca do trabalho fornecido. (9) Em se tratando da somatória de preços, tem-se a receita bruta, abrangedora de um determinado período de tempo (em princípio, o mês).

MANOEL LOURENÇO DOS SANTOS considera preço ou receita, para efeitos tributários, "o preço total do serviço, acrescido das despesas acessórias cobradas do usuário". (10) JOAQUIM CASTRO AGUIAR se situa na mesma posição jurídica, *ipsis*: "a base de cálculo do imposto é o preço do serviço. As gorjetas integram o

6. "Revista de Direito Público", n. 14, p. 121.
7. "Vocabulário Jurídico", vol. III, p. 1.198.
8. "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", Rio, Freitas Bastos, vol. VI, p. 35. "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. XVI, 8.<sup>a</sup> ed., p. 20.
9. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, *op. cit.*
10. "Direito Tributário", Sugestões Literárias, 1968, p. 307.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 33-44, 1974

preço do serviço, mesmo que não estejam incluídas na nota de despesas (RMS 17498-SP, RTJ 45, p. 365". (11) De conseguinte, preço é tudo aquilo que o comprador paga para fruir o serviço prestado por terceiros. O destaque de parcelas a qualquer título, tais como: imposto, gratificação, etc., não tem o condão de alterar o conceito de preço, no significado formulado pelo direito privado e aceito pelo direito tributário. É evidente que este pode, por ser simplesmente direito positivo, alterar essa definição. (V. arts. 109, 110 do Código Tributário Nacional)

2.4 Da unidade de medida do IS de que se cogita, admitiu a lei apenas a dedução das parcelas: a) valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços; b) valor das subempreitadas já objeto de tributação pelo IS. Nada mais.

2.5 A lei complementar também cuidou do sujeito passivo. Coerente com a categorização do imposto em tributo sobre a circulação de bens imateriais (cf. classificação da Emenda Constitucional n. 18 e do C.T.N.), tipificou-o como sendo o prestador do serviço (empresa ou profissional autônomo). Com efeito, para revelar aquela pessoa que, ontologicamente, se acha abrangida pela hipótese de incidência, a lei se vinculou ao fornecedor do trabalho.

Quer dizer: este é o verdadeiro destinatário legal tributário, o ente que (se) sofre o desfalque jurídico de seu patrimônio. (12)

O qualificativo jurídico é necessário para dizer que não se está diante do problema metajurídico de translação ou repercussão do ônus do imposto. Não. Esse é um fenômeno econômico incontrolável pela lei, e que não diz respeito aos juristas enquanto tais.

Portanto, o devedor e o portador do imposto é o prestador do serviço. A relação jurídica tributária concernente ao IS se estabelece, única e exclusivamente, com aquele que está abarcado pela materialidade da hipótese de incidência, vale dizer, o prestador do serviço. De outro lado, fica explícito que o usuário do serviço não

11. "Sistema Tributário Municipal", J. K., 1971, p. 66.

12. HECTOR VILLEGAS, in "Conferência" realizada na PUCSP, em 8.12.73.

é envolvido pela obrigação tributária relativa ao IS. Assim, se o contribuinte faz repercutir a parcela do imposto ao adquirente do serviço, essa questão refoge à ótica jurídica. GERALDO ATALIBA já pôs, com habitual acuidade, a questão de irrelevância para o direito tributário do fenômeno da trasladação dos tributos. (13)

2.6 Com a operação aritmética da aplicação da alíquota sobre a base imponible, por um contribuinte, temos todos os aspectos para determinar a correta apuração do imposto devido.

### 3. MÉTODO DE CÁLCULO

3.1 O Decreto-lei n. 406-68 não definiu expressamente o método de cálculo do imposto sobre serviços. Nesse tema, sabe-se que o legislador tem, a sua opção, antes do direito posto, dois caminhos: ou determina que o imposto é parte integrante da base imponible, ou diz que a parcela tributária pode ser acrescida a essa base. Os franceses, para identificar dita situação, usam da terminologia "por dentro" (compris) ou "por fora" (non compris). (14)

No Brasil, temos exemplo dos dois métodos. O ICM tem regra expressa no sentido de que o montante do imposto integra a base imponible (§ 7.º, do art. 2.º, do Decreto-lei n. 406-68). O imposto sobre produtos industrializados já apresenta regra oposta, isto é, o valor do imposto é acrescentado à base imponible. (art. 20 da Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964)

Com referência ao IS, tendo a lei se vinculado ao preço do serviço, sem nada esclarecer quanto ao método de cálculo, parece sensível ser a direção dada ao legislador municipal aquela que não há a cogitar-se da parcela relativa ao próprio imposto. Essa é uma questão anterior à incidência da regra normativa e, pois, não pertence à indagação jurídica. Do ângulo do direito, temos que a alíquota é multiplicada pelo preço do serviço, daí extraindo-se a quantia que o contribuinte deve pagar ao

13. Op. cit., p. 158/9.

14. LOUIS TROTABAS, "Finances Publiques", Dalloz, 1967, p. 45/8.

erário público. O tema suscitado inicialmente, de que essa exegese implica em cobrar imposto sobre imposto, não aparece na obrigação tributária posta pela lei. Esta expõe que a base imponible é o total pago pelo utente do serviço, sobre o qual se calcula a fração percentual tributária. É ineficaz, juridicamente, o problema da inserção ou não, pelo prestador do serviço, da quota relativa ao imposto no preço do serviço. Se há inclusão, o que se admite numa economia de mercado comprador, ela decorre simplesmente de ser o imposto calculado sobre o preço do serviço, e de ser o próprio imposto um componente deste preço. Se o contribuinte inclui, entre as rubricas que compõem o preço do serviço, além de seu lucro e despesas, o valor do imposto a pagar, se ele passa para o comprador do serviço esse valor, o problema deixa, como dissemos, de pertencer ao mundo jurídico. Fica no mundo do ser, incapaz de alterar o mundo normativo do direito. E o ponto de partida de qualquer especulação jurídica é a lei. Considerações políticas, financeiras, econômicas, etc., não têm influência diante do *jus positum*. Perante a lei do IS o que existe se resume na base imponible (preço do serviço), no contribuinte (prestador do serviço) e na alíquota.

3.2 Não é demais lembrar que a Reforma Tributária Brasileira é, no que tange ao ICM e ao imposto de serviços, de inspiração nitidamente francesa. Enquanto o primeiro se orientou pela "taxe sur la valeur ajoutée", o imposto sobre serviços teve por modelo a "taxe sur les prestations des services". (15) Pois bem: Louis Trotabas, ao examinar o "assento" do imposto sobre serviços, registra: "Il suffit donc de préciser que la taxe est perçue en saison de l'encaissement du prix, et qu'elle porte sur le montant intégral du prix payé pour le service, c'est-à dire y compris les courtages, commissions, etc., et la taxe elle-même. (16)

É de se ver ainda que, no Brasil, a generalidade dos impostos classificados como "sobre a produção e circulação" (Cap. IV, do CTN) e mais os arrolados na faixa do comércio exterior, cuja base de cálculo, via de regra,

15. v. Manoel Lourenço dos Santos, in "Dir. Trib." op. cit., p. 247.  
16. Op. cit., p. 457/8.

é o preço, o quantum do tributo integra de forma indissociável a base de medida. Assim é o imposto sobre circulação de mercadorias, o imposto sobre serviços de transportes e comunicações, os impostos especiais (ditos "únicos"), o imposto sobre a importação, o imposto sobre a exportação e o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

O único que tem assegurado, juridicamente, a translação de seu quantum para o comprador é o imposto sobre produtos industrializados, na fase da saída do produto do estabelecimento industrial, e isso por expressa determinação da Lei n.º 4.502-64. Para todos os demais, a inclusão da parcela tributária e bem assim o fenômeno econômico da traslação é problema exclusivo da teoria econômica, portanto, questão metajurídica. (17)

Vale, no passo, lembrar RUBENS GOMES DE SOUZA, o sempre saudoso Mestre do direito tributário brasileiro: "A base de cálculo do ICM, como já foi dito e repetido, é o valor que acresce à mercadoria na operação tributada; e, como também já foi dito e demonstrado, os impostos (inclusive o próprio ICM) são componentes desse valor". (18) E quanto ao IPI, esclarece que a exceção atinge somente, o estágio da produção industrial:

"Mas, cessada essa fase, e atingido, na última das operações nela compreendidas, o montante total do IPI, esse montante incorpora-se definitivamente ao valor da mercadoria. Passa ele então a integrar a base de cálculo do ICM, desde a primeira operação da fase puramente mercantil da circulação, assim permanecendo até a última dessas operações, realizadas com o consumidor final da mercadoria". (19)

Em resumo, é como leciona J. ANCIANT, quando diz que "la taxe frappe le montant total du prix de vente d'une marchandise, taxe comprise. (20)

17. GÜNTER SCHMÖLDERS, "Teoria General Del Impuesto", E.D.F., Madrid, 1962, p. 123.  
18. "Parecer" oferecido à Associação Brasileira de Produtores e Exportadores de Mentol, p. 24/25.  
19. Op. cit., p. 26.  
20. "T.V.A. Droit Fiscal", Masson et Cie Éditeurs, 1968, Paris, p. 161.

#### 4. POSIÇÃO DA LEI MUNICIPAL

4.1 A vista do disposto na norma geral do direito tributário, no sentido de que a base imponible é o preço do serviço, a lei municipal, ao criar o tributo, pode escolher uma das três seguintes posições: ou diz, expressamente, que (a) o montante do imposto integra o aspecto mensurável da materialidade da hipótese de incidência, ou que (b) ele possa ser adicionado à base imponible, ou (c) silencia sobre o método de cálculo.

Nas hipóteses (a) e (b) não há questão a discutir. O legislador competente para instituir o imposto sobre serviços pode fazê-lo igualmente à norma existente na lei complementar, mas dispendo de modo explícito que a parcela tributária faz parte da base imponible, como ocorre com o ICM, como pode também conceder redução da unidade de medida, o que se verifica com a opção da hipótese (b). Aqui nos deparamos com a figura da isenção parcial objetiva ou, como quer SOUTO MAIOR BORGES, da redução ou bonificação do débito tributário. (21) De qualquer maneira, é indiscutível que, se o poder de tributar envolve o poder de isentar, teoria aceita pela unidade da doutrina, nada há a impugnar numa tomada de posição dessa natureza. O poder tributante é o que tem atribuições para conceder minorações do gravame. Não criando distinções de qualquer espécie, parece-nos que o método de cálculo "por fora" se apresenta perfeitamente legítimo. O entendimento de que essa postura implica numa diminuição do débito tributário está coerente com a normação integrativa da Constituição, para usar feliz expressão de JOSÉ AFONSO DA SILVA. (22)

Resta, finalmente, examinar a terceira hipótese, quando a lei municipal se limita a repetir o texto do Decreto-lei n. 406-68, estabelecendo ser a base imponible o preço do serviço, ou usando da forma literal *receita bruta* (esta no sentido de abranger os ingressos de um determinado período como somatória de preços recebidos). Como já acenamos anteriormente, se assim for, o montante do IS integra a base imponible como elemento indissociável.

21. "Isenções Tributárias", Sugestões Literárias, 1.<sup>a</sup> ed., SP, 1969, p. 281.

22. v. "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", RT, SP, 1968.

O que existe *in casu* é o preço do serviço, que engloba toda a importância que o utente pagou para obter o serviço, sobre o qual se multiplica a alíquota da lei. Isso corresponde à mais rigorosa postulação doutrinária. A. D. GIANNINI encerra a questão:

"Poiché, infatti, l'importo del debito risulta dall' applicazione del tasso dell'imposta, fissato dalla legge, ad una grandezza, denominata base *imponibile*, appare logicamente necessaria la riduzione del presupposto ad una cifra, in guisa da rendere possibile l'applicazione del tasso dell'imposta". (23) O paranaense FÁBIO FANUCCHI tem idêntico ponto-de-vista. (24)

De tudo se conclui que, na ausência de dispositivo específico da lei municipal sobre o método de cálculo do IS, este deverá obedecer ao ditame da lei complementar à Constituição, extraído do conceito da base imponible e do sujeito passivo da obrigação tributária relativa a esse tributo.

4.2 Em efeito, a inclusão do imposto na base imponible de outros, ou do próprio imposto de que se trate, nada tem que ver com bitributação ou dupla incidência ou com regra de não-cumulatividade. Numa palavra, isso decorre simplesmente de ser o imposto calculado sobre o preço do serviço, e de ser o próprio imposto, em princípio, um componente desse preço.

#### 5. CONCLUSÕES

1.<sup>a</sup>) Como disposto na lei complementar, a base imponible do IS é o **preço do serviço**. O conceito de **preço** apanha toda a importância pecuniária que o utente deve e paga ao prestador, como contraprestação do trabalho fornecido.

2.<sup>a</sup>) Sobre esse valor há aplicação da alíquota fixada na lei municipal, operação processada pelo prestador do serviço, que é o sujeito passivo da relação tributária referente ao IS, donde se extrai o **quantum debeatur**.

23. "I concetti fondamentali del diritto tributario", Utet, Torino, 1956, p. 153.

24. "Curso de Direito Tributário Brasileiro", vol. II, RT, SP, 1971, p. 127.

Se o preço do serviço é de Cr\$ 3,00 (três cruzeiros), numa alíquota de 10% (dez por cento), o IS é de Cr\$ 0,30 (trinta centavos).

- 3.<sup>a</sup>) Refoge ao direito o problema de inserção, pelo prestador do serviço, da quota relativa ao imposto no preço de serviço. Se há inclusão, ela decorre simplesmente de ser o imposto calculado sobre o preço do serviço, e de ser o próprio imposto um componente deste preço. Em corolário, se a parcela do IS é repercutida ao utente do serviço, essa questão também é estranha ao direito.
- 4.<sup>a</sup>) A lei municipal, ao criar o tributo, e tendo em vista o disposto na lei complementar, pode-se filiar a uma das três seguintes posições: ou diz, expressamente, que o montante do imposto integra a base imponible; ou que possa essa parcela ser adicionada ao preço do serviço; ou silencia sobre o método de cálculo.
- 5.<sup>a</sup>) A segunda opção (do acréscimo da parcela tributária ao preço do serviço) implica numa redução ou bonificação do débito tributário, o que se afigura legítimo, em face do princípio de que o poder tributante envolve o poder isentante.
- 6.<sup>a</sup>) Se a lei municipal se limitar a, pura e simplesmente, repetir o texto da lei complementar, o montante do IS integra a base imponible como elemento indissociável.

## AÇÃO DECLARATORIA PRINCIPAL E INCIDENTAL

Celso Agrícola Barbi (\*)

O tema da exposição de hoje é a ação declaratória principal e incidental.

Pareceu-me conveniente abranger os dois temas, porque, com isso, se cobre praticamente toda a área da ação declaratória. Mas, no que se refere à ação declaratória principal, o que temos de novidade no Código de 1973 é muito pouco, quase nada. Podemos até dizer que novidade não há e sim, apenas um dispositivo pondo termo a uma controvérsia instalada na doutrina. Trata-se do problema de saber se é possível propor a ação declaratória, quando já possível a propositura da ação condenatória, isto é, por exemplo, quando um crédito já for exigível, porque vencido, se ainda é possível propor ação puramente declaratória.

Sobre esta questão, a doutrina brasileira divergiu largamente e mesmo a doutrina estrangeira variou, havendo, na Itália, praticamente um predomínio da opinião favorável à possibilidade da propositura da ação declaratória depois de exigível a obrigação, sob o fundamento, principalmente, de que é um problema de interesse de agir e que o autor dosa a medida do seu interesse.

Poderia, ele portanto, satisfazer-se com a sentença puramente declaratória, em vez de pretender uma sentença já condenatória.

Enquanto isso, alguns autores brasileiros divergiam dessa opinião, seguindo a doutrina alemã, que é predominantemente no sentido contrário, sob o fundamento de que o problema se coloca, principalmente, sob o prisma do interesse de agir, e afirmando que não existe interesse de agir para obter uma sentença

---

\* Professor Catedrático da Universidade Federal de Minas Gerais.

apenas declaratória, quando a pessoa já pode obter uma sentença condenatória, que contém, em si, não só a declaração do direito, mas também a imposição da prestação ao réu.

Alega-se que a proibição de usar a ação declaratória, nesse caso, se deve também à economia processual, pois basta que o credor, vencedor na ação, se o devedor não quiser pagar, entre com a execução, enquanto, se a sentença for apenas declaratória, e o devedor vencido não quiser pagar, é preciso que o credor ingresse novamente em juízo e obtenha uma sentença condenatória para, então, chegar-se à execução.

Essa questão não foi resolvida expressamente pelo Código de 1939, dando margem a divergências doutrinárias e mesmo jurisprudenciais.

O Código tomou posição decidida, permitindo expressamente, no art. 4.º, parágrafo único, que se proponha a ação declaratória, ainda que a obrigação já seja exigível.

É um ponto-de-vista sustentado também doutrinariamente pelo autor do projeto. PROF. ALFREDO BUZAID, e que dá, como argumento de ordem prática, a circunstância de que, em São Paulo, com frequência, o devedor só não paga porque quer uma sentença judicial que decida definitivamente sobre a controvérsia; com base também nesse argumento, o dispositivo foi incluído e aprovado.

Creio que, do ponto-de-vista prático, resultará inócuo porque duvido muito que alguém, que tenha uma ação para propor, já com uma obrigação vencida, vá correr o risco de propor uma ação apenas declaratória, para, na hipótese de ser vencedor, e o devedor não pagar, ter de voltar novamente a juízo, para obter uma ação condenatória e portanto uma sentença condenatória. Mas não há mal que fique o dispositivo no Código, usando-o quem o desejar.

É de se ressaltar, entretanto, uma vantagem, que é, no caso da pessoa que propuser uma ação apenas declaratória, não ter seu pedido rejeitado apenas por esse motivo.

Com isso, passo agora à ação declaratória incidente, que é um assunto novo no direito brasileiro. É um tema sobre o qual precisamos falar desde a nomenclatura, porque a mesma não nos é familiar. Mesmo a ação declaratória só se nos tornou familiar de 1939 para cá. Antes de 1939, não era praticamente usada em nosso país e, mesmo depois de 1939, ficou largos anos pouco utilizada.

A declaratória incidental ou incidente é uma novidade grande e precisamos, em primeiro lugar, ver o nome que o Código lhe deu.

O Código não foi preciso nessa parte porque no art. 325, quer dizer, no título da seção em que está o art. 325, chama de declaração incidente e no art. 109 chama de ação declaratória incidente.

De qualquer maneira, essas expressões já dão uma idéia satisfatória. Em nosso país nós temos maior bibliografia a respeito, existindo apenas algumas referências no livro de ALFREDO BUZAID sobre a ação declaratória e em livro do nosso saudoso LOPES DA COSTA; há uma tese de concurso em São Paulo, da DRA. ADA PELEGRINI GRINOVER e há uma ou outra referência esparsa em outras obras. Não houve preparação doutrinária, de modo que, a partir do dia 1.º de janeiro, os juizes, advogados, promotores se verão em dificuldade para encontrar fontes onde aprenderem, com precisão, o que seja essa declaração incidental ou declaração incidente e quais são os princípios que a regem.

O Código, introduzindo-a, deveria ter sido mais minucioso, inclusive, para aproveitar a experiência da doutrina e da jurisprudência européia, que, partindo de um ou dois dispositivos de lei, em alguns países, construíram um sistema mais amplo e resolveram inúmeros problemas que nós vamos ter que enfrentar aqui, os quais, se o legislador tivesse sido mais previdente, não precisariam existir, porque já viriam expressamente resolvidos no Código. Mas é uma dificuldade em que nos colocou o legislador e temos de nos defrontar com ela; mas, de qualquer maneira, deve-se fazer um elogio à idéia do legislador em consagrar esse instituto, que vem a ser um refinamento na técnica do processo relativo ao problema da coisa julgada.

Com essa expressão "coisa julgada", vamos tentar situar o problema da declaratória incidental, pois realmente ela se vincula estreitamente com os limites da coisa julgada.

Sabemos que há duas posições, quanto aos limites da coisa julgada, isto é, sobre quais as partes da sentença que se tornam imutáveis, que alcançam a força da coisa julgada. Temos a doutrina romana, segundo a qual a coisa julgada só atinge a conclusão, a parte dispositiva da sentença; e temos a doutrina de Savigny, para a qual não só a conclusão, mas também os motivos da sentença se tornam imutáveis.

Deixando de lado qualquer consideração doutrinária, verificamos que predomina no direito europeu, notadamente na França, na Alemanha, na Itália, e na Áustria, a doutrina romana, que também dominou no Brasil, em tempos um pouco mais antigos; com essa doutrina romana imperando, ficou a possibilidade de julgamentos contraditórios quando, por exemplo, movida uma ação em que se cobrem juros de uma dívida, o devedor

se defende, alegando que não existe a obrigação principal e em consequência não existem os juros. Como o pedido é apenas de pagamento de juros, o juiz, ao decidir que não existe a obrigação principal e, portanto, não existem juros, na realidade teve de fazer exame amplo sobre a existência da obrigação principal, para chegar a essa conclusão. Mas, como só a parte decisória da sentença é que se torna imutável, faz coisa julgada, nós chegaríamos à seguinte conclusão: os juros naquele caso foram negados, mas, se daí a um mês ou dois vier novamente o credor para exigir o principal, não se pode alegar a existência de coisa julgada, quanto à existência de obrigação principal, porque ela não foi objeto de decisão na causa, tendo sido apenas objeto de conhecimento como premissa para aquela conclusão.

Rigorosamente, dentro dos termos da doutrina romana, poder-se-ia discutir novamente a existência da obrigação principal e o juiz poderia, dessa vez, chegar à conclusão de que a obrigação existe e condenar o réu a pagar o principal. Só não poderia condenar a pagar os juros, pois, quanto a esses, já havia uma decisão transitada em julgado.

É elaro que nisso há uma contradição, o que não é desejável; mas em direito, a contradição não é impossível, e dentro da técnica da coisa julgada e tendo em vista a sua finalidade, que é garantir ao vencedor o bem de vida pleiteado naquela causa, a doutrina romana é acertadíssima. Realmente, se o credor pretendia os juros e o juiz lhos negou, então não poderá mais nenhum outro juiz lhe dar esses juros; mas poderia lhe dar a obrigação principal, que não foi negada como pedido, como decisão naquele caso concreto.

Essa contradição não é desejável, mas, também, não é inadmissível e não é de se excluir; poderíamos até pensar que na segunda demanda o autor provou melhor a existência da obrigação principal e até que essa segunda sentença seja mais correta. No direito europeu, para evitar, em princípio, essa possível contradição e para evitar novamente que se discutisse aquela questão, digamos, no exemplo dado, da obrigação principal, criou-se a possibilidade de qualquer das partes pedir que o juiz decidisse, com força de coisa julgada, também sobre esta premissa daquela conclusão, isto é, sobre a existência ou não da obrigação principal. Isto se originou do direito francês, daí passou para o italiano, para o direito austríaco e alemão. É um complemento correto para o problema da coisa julgada, porque, realmente, a possibilidade de nova discussão sobre o assunto teria os inconvenientes já apontados. Com a possibilidade de qualquer das partes ampliar a demanda, pedindo uma decisão, uma sentença também sobre aquele direito, que é preliminar no caso, sobre a obrigação prin-

cipal, evita-se não só uma nova discussão sobre o assunto em futura demanda, como também, evidentemente, julgados contraditórios.

Acertada foi essa inspiração do direito francês, que passou, como disse, para o direito italiano, alemão, austríaco, e agora vem ao Direito Brasileiro. Até 1939, tínhamos como princípio assentado o predomínio da doutrina romana da coisa julgada no nosso país; mas o Código de 1939, apesar de seu autor e dos seus comentadores sustentarem que ele se filiava, nesse particular, também à doutrina romana, na realidade, talvez sem querer, acabou adotando a doutrina de Savigny, ao dizer que fazem coisa julgada não só a decisão, mas também as premissas necessárias da conclusão.

No exemplo dado, a existência da obrigação principal é premissa necessária da conclusão. A maioria dos nossos autores, podemos dizer quase a totalidade, insiste em que o artigo deve ser interpretado à luz, das suas origens no projeto Carnelutti, mas é muito difícil convencer à média dos advogados e dos juizes de que a lei deve ser interpretada, tendo em vista uma intenção do legislador e a má transplantação de uma parte de um projeto de um Código europeu. A meu ver, muito corretamente, a jurisprudência foi-se encaminhando para dar uma interpretação mais rigorosa, mais rígida ao texto e a considerar imutáveis também os motivos, não os mais remotos, mas aqueles que fossem premissa necessária da conclusão.

Temos vários exemplos em julgados do Supremo Tribunal Federal. O novo Código mudou essa orientação e enfileirou-se decididamente, dentro da corrente romana.

O novo Código é expresso em dizer que os motivos, ainda que relevantes, não se tornam imutáveis, não são alcançados pela coisa julgada. Estamos na pura e seca doutrina romana, de que só a decisão é que se torna imutável, que faz coisa julgada. Nessa posição, nada mais aconselhável do que seguir a doutrina e a legislação dominantes na Europa e criarmos também a declaratória incidental para o mesmo fim, isto é, permitir que, se qualquer das partes quiser, aquela questão preliminar possa também ser objeto de uma decisão e, portanto, se tornar imutável, adquirindo força de coisa julgada.

O novo Código regulou o assunto em vários dispositivos que são os arts. 5.º, 109, 325, 469 e 470. Entrando mais nos detalhes do assunto, vamos ver que em todo processo há uma série de pontos que surgem no desenvolvimento da causa e que, quando se tornam objeto de controvérsia, se transformam em questões. Podem ser de natureza processual ou podem ser de natureza de

direito substancial: aqui só nos interessam as questões de direito substancial. Essas é que têm de ser resolvidas pelo juiz para chegar à conclusão.

Então, no exemplo dado, ao qual me apego para facilidade, pois reconheço que este assunto, dada a novidade, e às sutilezas técnicas, não é de compreensão fácil, o juiz, para concluir se existem ou não os juros, tem de examinar se existe ou não a obrigação principal, uma vez que a mesma foi impugnada pelo autor. Esta é uma questão prejudicial ou preliminar para a solução do pedido de juros. Quando o juiz examina essa questão preliminar e chega à conclusão quanto à questão de juros, nós dizemos, em técnica mais estrita, que o juiz apenas conhece da questão relativa à obrigação principal e decide quanto aos juros, isto é, quanto ao pedido do autor.

Essa é a linguagem que os doutrinadores do assunto usam; o juiz conhece de todas as questões, mas só decide aquela que é objeto do pedido do autor, que, no caso do exemplo, são os juros. Quando o juiz apenas conhece da questão, evidentemente, ela não faz coisa julgada, porque conhecer não é decidir, e, portanto, só fará coisa julgada aquilo sobre o que o juiz decidir, que é questão dos juros. Como regra geral assentam todos os autores que o juiz apenas conhece das questões preliminares ou prejudiciais, por mais importantes que sejam, de modo que, na dúvida, deve-se interpretar a sentença como se o juiz tivesse apenas conhecido das questões prévias, preliminares ou prejudiciais e que ele tenha decidido apenas quanto à questão principal.

Como exceção, vem então a ação declaratória incidental, quando qualquer das partes pede ao juiz que não só conheça da questão prejudicial, mas que sobre ela dê uma sentença. O juiz não vai se limitar a conhecer, ele vai também decidir sobre a questão preliminar. É justamente a técnica que o direito criou para dar força de coisa julgada a essa questão preliminar.

Mas é preciso insistir no princípio de que, na dúvida, quando se interpretar uma sentença, para saber se ela fez coisa julgada, não só quanto à parte decisória, isto é, do pedido inicial, mas também quanto às questões preliminares, deve-se entender que, quanto às questões preliminares, houve apenas conhecimento e não decisão. Isto é doutrina pacífica.

Vamos examinar agora a natureza jurídica da ação declaratória incidente. Será uma ação? Será declaratória? Será Incidente? Há uma doutrina originária do Código alemão, no seu art. 280, porque esse Código, expressamente, configura essa declaração incidental, quando pedida pelo autor, como uma simples ampliação do pedido, e, quando solicitada, ou requerida, pe-

lo réu, como uma reconvenção. Essa, digamos, é uma doutrina legal na Alemanha, mas repelida pelos doutrinadores alemães, que preferem, deixando de lado o texto, caracterizar a declaração incidental como uma ação, tanto que ela depende de pedido; ela não pode existir se não houver um pedido, seja do autor da ação no processo que se instaurou, seja pedido do réu. Quem requerer, passa a ser o autor nessa ação declaratória incidental. Essa doutrina é aceita também pela totalidade dos autores italianos e mesmo pelos autores brasileiros que trataram do assunto, de modo que se pode dizer que é pacífico, hoje, entender-se que a chamada declaração incidente é uma ação; tem natureza meramente declaratória, porque ela não vai condenar e não vai modificar nenhuma situação; ela vai apenas declarar a existência ou a inexistência da relação jurídica prejudicial e que também é incidente porque surge no curso de uma causa, ao contrário da ação declaratória principal ou autônoma, que é proposta, desde o início, com aquele objetivo determinado e restrito a certa relação jurídica.

Segundo a maioria dos autores, notadamente Lent e Rosemberg, a finalidade principal dessa declaratória incidental é a economia do processo, porque realmente, se no exemplo dado, o réu impugnou a existência da obrigação principal, se vai se desenvolver um trabalho probatório das partes, e um trabalho também de exame pelo juiz, para chegar a uma conclusão, sobre a existência da obrigação principal, porque isso é necessário para concluir quanto aos juros, por que motivo, num futuro processo, repetir todo esse trabalho? Muito melhor será que, desde logo, através de um requerimento de qualquer das partes, se forme a declaratória incidental e se decida com força de coisa julgada sobre a existência ou inexistência daquela obrigação principal.

Esse é o primeiro objetivo; e o segundo, a que eu já me referi, há mais tempo, é evitar a contradição de julgados, que, apesar de não ser desejável, pode acontecer, deixando u'a má impressão, notadamente, no leigo. Para nós, afeitos aos problemas de técnica do processo, não causa espécie uma decisão contraditória, no exemplo dado, que, em uma segunda causa, se considerasse existente a obrigação principal, que foi negada na primeira causa; não é motivo de espanto, mas, para o leigo, dá uma impressão negativa com relação aos tribunais; dá impressão de que o mesmo está julgando mal, quando, às vezes, é uma questão de prova, que numa causa foi feita melhor do que na outra.

Examinemos agora, o problema da legitimação: quem pode requerer esta ação declaratória incidental. Segundo o art. 5.º, ela pode ser requerida pelo autor ou pelo réu. Segundo os doutrinadores, pode ser requerida também por qualquer litisconsorte; a

conclusão é lógica, pois o litisconsorte é parte e, como tal, tem todos os poderes dos demais colitigantes, que, com ele, participam da demanda, em igualdade de condições.

Mas a doutrina já exclui, expressamente, a possibilidade da declaração incidental ser requerida pelo assistente; e é bom que, em nosso país, aproveitando a entrada em vigor do novo Código, se faça uma aplicação mais rigorosa dos princípios da assistência, o que até hoje não tem sido feito. O novo Código é bem preciso a respeito de assistência, distingue as suas várias modalidades, de modo que vai ajudar muito a um tratamento melhor por parte da prática diária do Foro. Dentro do pensamento dominante, recusa-se ao assistente essa possibilidade, porque o assistente não é o dono da causa, é um mero auxiliar do autor ou do réu, e, como tal, segundo entendimento antigo, não pode fazer pedidos, muito menos fazer um verdadeiro pedido novo na causa, qual seja o da instauração de uma declaratória incidental.

Um outro problema antigo, mas atual, e que o Código não resolveu, é saber-se se, para qualquer das partes requerer a declaratória incidental, é preciso que ela tivesse legitimidade também para requerer essa ação em forma principal. Vamos tentar explicar. Admitamos que na cobrança de um débito por uma pessoa, débito esse havido por herança, o devedor se defenda, alegando, entre outros motivos, que o credor não é herdeiro. Ele pode alegar que a dívida não existe, ou já se extinguiu, ou pode alegar também que o credor não é herdeiro daquele que primitivamente era o credor. Esta é, realmente, uma questão preliminar, que, resolvida em sentido desfavorável ao herdeiro, iria levar à improcedência da ação ou, segundo alguns, à carência.

Por qualquer desses motivos, o pedido poderia ser julgado contra o autor. Ora, sendo este devedor estranho à relação hereditária, poderia ele, que não tem legitimização, normalmente, dentro do inventário, para impugnar a qualidade de herdeiro daquele seu novo credor, poderia ele agora, nessa declaratória incidental, ter legitimização? Poderia ele impugnar essa qualidade de herdeiro? O doutrina italiana mais antiga, notadamente Mattirollo e outros mais antigos e, modernamente, um jurista, muito acatado na Itália, que é Satta, dizem que não é possível ser suscitada a declaração incidental por pessoa que não tivesse também a legitimização para discutir essa questão em uma ação própria autônoma. Então, no caso figurado do herdeiro, um mero credor, que não pode normalmente impugnar no inventário a qualidade de herdeiro, pois não é herdeiro, não teria legitimização para pedir a declaratória incidental. Mas essa opinião vem sendo rejeitada pela maioria dos doutrinadores modernos da Itália e da Alemanha. Uns rejeitam expressamente, como é o caso de

Mortara e Chiovenda, outros rejeitam tacitamente, como é o caso de Schönke e Rocco; digo tacitamente, porque dão exemplos, que mostram que para eles o problema é irrelevante. Essa doutrina dominante parece aplicável ao nosso direito, em que problema não tem determinação legal.

De acordo com essa doutrina dominante, para se suscitar declaração incidental, não há necessidade de que o suscitante tenha legitimização para discutir aquela relação jurídica sozinho em outros processos. Então, no exemplo dado, não há necessidade de que o devedor tivesse qualquer posição dentro da família do falecido, onde ele pudesse legitimamente impugnar a qualidade de herdeiro, para que agora ele pudesse impugná-la. É sempre livre a impugnação da relação prejudicial.

Vamos ao objeto da declaração incidental. O nosso Código, no art. 5.º, fala em relação jurídica, isto é, pode ser objeto da declaração incidental uma relação jurídica. Esse, aliás, é o teor do Código alemão e do Código austríaco. Por esse motivo, talvez, é que a doutrina alemã só admite a declaratória incidental quando se referir à existência ou inexistência de uma relação jurídica. Nesse ponto, o nosso Código segue o Código austríaco, notadamente, e, em princípio, seria cabível a mesma interpretação. Mais adiante, vamos examinar a situação, quando se referir a meros fatos. Dentro desse esquema do cabimento da ação quando for para declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, que seja prejudicial ao pedido, vamos ver uns tantos exemplos, fornecidos pela doutrina e jurisprudência européias, que vão ser muito úteis.

Vamos destacar aqui que é possível ter como objeto um estado jurídico, que poderia ser também objeto de um processo autônomo. Por exemplo: estado de família como estado de casamento, estado de desquitado, estado de filho legítimo ou ilegítimo, quer dizer as relações típicas do direito de família e até mesmo a questão da cidadania. Também se admitem relações jurídicas, complexas, como, por exemplo, o caso do herdeiro na ação hereditária, ou um caso mais típico que é da propriedade na ação confessória. Quer dizer, proposta uma ação, confessória, para que se reconheça que existe uma relação em favor do imóvel, pode o réu, na contestação, querer discutir a propriedade do autor, dizendo que o autor não pode pleitear aquela ação, porque ele não é proprietário do imóvel em benefício do qual ele quer que se declare a existência da servidão. A relação de propriedade aí é, tipicamente, prejudicial em relação à ação confessória, porque, se não existir a propriedade do autor, não há razão para existir a servidão do outro imóvel a favor desse imóvel de que ele não seria dono. Da mesma maneira que o réu alegar a falta

de propriedade do autor da confessória, qualquer dos interessados, autor ou réu, pode pedir a declaratória incidental sobre a existência, ou não, da propriedade.

Também as obrigações de cotas periódicas que, talvez, sejam os casos mais utilizados. Por exemplo: num pedido de condenação a pagar aluguéis, o réu pode negar a existência da locação; aí são cotas periódicas do aluguel, que podem ser cobradas em uma ou várias vezes, à medida que se vençam, e, então, pode ser discutida, e ser objeto da declaratória incidental, a existência ou inexistência da locação. Na mesma maneira — isto é exemplo do direito europeu — aqui com mais dificuldade de aplicação, por causa de especialização da lei processual, a questão da relação de emprego, tendo em vista o salário, quer dizer, quando se pede salário, o réu pode negar a relação de emprego e esta, em princípio, pode ser objeto de uma declaração incidental.

Também no caso de mútuo com pagamentos periódicos de juros. Isto pode surgir, nas nossas hoje habituais letras de câmbio com renda mensal e, como às vezes os prazos são longos, pode surgir discussão sobre a existência dos juros, quer dizer, uma ação para cobrança dos juros, na qual se alegue a inexistência do principal, portanto, esta obrigação principal pode ser objeto de uma declaração incidental. Temos casos, também, de obrigações que são condições para a exigência de outra, como seja a obrigação principal em relação à fiança. Quer dizer, na cobrança contra o fiador pode ele vir alegar, pode ele suscitar a inexistência da obrigação principal e sobre esta, então, surgir uma declaratória incidental.

Temos também como outro exemplo desse caso, a locação e a sublocação, em que esta última tem como premissa necessária a existência da primeira.

São exemplos que procurei no direito europeu, para mostrar os vários tipos de relações jurídicas que podem ser objeto da declaração incidental. Existe, porém, o problema de saber se o mero fato pode ser objeto da declaração incidental. Até 1939, poderíamos dizer que toda demanda, toda ação, no direito brasileiro, tinha por objeto uma relação jurídica, quer dizer, sua existência ou inexistência. Com o Código de 1939, passamos a admitir a existência de uma ação declaratória que, tendo em princípio, como objeto, uma relação jurídica, entretanto, poderia ter como objeto, excepcionalmente, um simples fato. Mas, o fato só poderia ser a autenticidade ou a falsidade de documento, quer dizer, a qualidade do fato.

Depois o nosso direito constitucional evoluiu e, hoje, temos a representação junto ao Supremo, que é um caso típico em que o objeto da ação é uma regra legal. Não há nenhum fato como base, é só a regra legal em si. Mas, tirando esses casos excepcionais, continuamos dentro do princípio de que o objeto de uma ação só pode ser uma relação jurídica. Daí então, o problema de saber se a declaração incidental pode ter como objeto um mero fato.

A meu ver, o art. 5.º exclui os fatos em geral e realmente não teria sentido essa extensão. Mas vem o problema da autenticidade ou falsidade do documento que não foi objeto de uma permissão expressa no art. 5.º sobre ação declaratória incidental.

O nosso Código mantém, parece-me que no art. 2.º, não me lembro bem o artigo, que para a declaratória principal, para a ação declaratória, pode haver como objeto a autenticidade ou a falsidade do documento. Por uma interpretação do texto, nós deveríamos admitir, por força de compreensão, que na declaratória incidental se pudesse, também, ter por objeto a autenticidade ou a falsidade de um documento. Isso é negado pelos autores alemães e é permitido, normalmente, pelos autores italianos.

Segundo ainda a maioria da doutrina, não podem ser objeto da declaração certos atributos de coisas ou pessoas.

Chiovenda enumera vários casos como, por exemplo, se referindo à pessoa: a idade da pessoa, quer dizer, não é possível a declaração incidental sobre qual seja a idade de uma pessoa; também sobre atributos da coisa, como se uma coisa seja ou não divisível; também não se admite quanto a atributo de uma pessoa jurídica, sobre se ela seja civil ou comercial. Esse é ensino dominante no direito italiano e no alemão, e me parece acertado, porque não se deve estender demasiadamente o campo pois, se não, acabaremos sem um limite satisfatório e útil. O que interessa, em regra, são as relações jurídicas e nunca simples fatos ou simples qualificações de fatos. Examinemos, em seguida, o problema do interesse de agir, que é sempre o problema mais agudo em toda ação. Mas, no caso da declaratória incidental, o problema do interesse de agir foi muito bem situado pelos autores que estudaram o assunto, nos países europeus, tendo em vista duas circunstâncias: em 1.º lugar, é preciso que haja uma controvérsia, quer dizer, no exemplo dado da cobrança de juros, se o réu não suscitou dúvida sobre a existência da obrigação principal, quer dizer, não há controvérsia sobre a existência da obrigação principal, não pode haver ação declaratória incidental. Realmente, a sua finalidade é pôr termo a uma controvérsia e de forma definitiva. Aliás, é o princípio comum nas ações declaratórias

principais, também. Se o devedor não está negando a obrigação, não se admite que o autor proponha ação declaratória, para que se declare que ele é realmente o credor; seria ampliar demasiadamente o campo das demandas, sem que haja o interesse de agir, que no fundo, é a necessidade de uma sentença. Realmente, se o réu não impugna a existência da obrigação principal, para que uma sentença sobre essa obrigação principal? Em 2.º lugar, e dentro ainda do prisma do interesse de agir, nós temos também de exigir que haja utilidade futura nessa declaração incidental. Digamos, no caso do mútuo com juros pagos, periodicamente; se, na cobrança de uma parcela de juros, o réu nega a existência da obrigação principal, há conveniência na declaração, com força de coisa julgada sobre a obrigação principal, para evitar nova discussão, em futuras demandas, sobre os mesmos juros ou sobre a obrigação principal. Mas se a demanda é de tal ordem, que ela não vai produzir conseqüências futuras, digamos o caso de um herdeiro que está cobrando um único crédito recebido em herança quanto a determinado devedor; quer dizer, como não há possibilidade de daquela mesma relação hereditária surgir qualquer demanda entre esse herdeiro e o réu, não se justifica a declaração incidental. Quer apenas evitar demandas futuras ou renovação de discussão, em demandas futuras. Se o caso concreto demonstrar que não haverá demandas futuras entre as mesmas partes, e tendo como elemento integrante aquela questão prejudicial, não há interesse em pedir a declaração incidental.

Vamos, agora, aos requisitos para que se forme a declaração ou a ação declaratória incidental. O requisito fundamental é o de toda ação: isto é, que haja um pedido. A nossa lei não diz se o pedido deve ser escrito, ou se pode ser feito verbalmente, mas o modo pelo qual a lei trata o assunto, leva a entender que deva ser feito por escrito. Isto é, realmente, o correto, para evitar qualquer dúvida.

Toda ação precisa ter um autor; logo, é preciso que o autor ou o réu tome a iniciativa de propor essa ação declaratória incidental.

No direito italiano, surgem dificuldades, por causa da redação de seus textos sobre se, em determinado caso, o juiz deve concluir se houve ou não a declaração incidental, mas a lição dos italianos não nos serve, porque a nossa lei fala em que o autor ou réu deve pedir. Isto é uma advertência que faço aqueles que forem examinar a doutrina italiana, para se precaverem, pois são princípios decorrentes de um defeito da legislação italiana, cujo Código de Processo Civil, no art. 34, não trata de maneira mais ampla do assunto; trata a propósito de competência,

surgindo problemas sobre se deve ou não considerar que existiu a declaração incidental. Mas serve, no final, o princípio para nós, em que, na dúvida, se entende que não houve a declaração incidental. Isso é um reforço da posição de nosso Código, que diz que qualquer das partes poderá pedir, autor ou réu; mas sem pedido das partes, não é possível, porque não há ação sem autor.

Vamos ao momento em que deve ser requerida a declaração incidental. O Código tratou do assunto no art. 325 a propósito do autor, dizendo que ele, nos dez (10) dias seguintes à contestação, poderá pedir a declaração incidental, pedirá que o juiz profira sentença sobre a questão prejudicial.

Fica uma dificuldade porque o art. 326 do Código (vamos entrar na área das dificuldades de interpretação) diz que o juiz mandará ouvir o autor quando o réu, na contestação, alegar fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do pedido. Só nesse caso é que deve mandar ouvir. Como é que o autor vai saber, notadamente num caso como esse, digamos, que o autor nega a existência da obrigação principal apenas dizendo: já paguei a obrigação principal, portanto, não tenho de pagar juros. Se ele nega pura e simplesmente a obrigação, diz que nunca assinou aquele documento de dívida. Nesse caso, a lei não manda ouvir o autor; então o mesmo ficaria sem o momento próprio para fixar o ponto a partir do qual correria o prazo para requerer a declaração incidental. Quer dizer, o legislador, ao fixar esse prazo, não teve em vista essas outras peculiaridades anteriores e mais gerais do nosso direito. Talvez andasse mais sabiamente se prosseguisse na cópia do modelo austríaco, que permite que esse pedido se faça até a audiência.

O legislador, querendo fixar em dez dias e a contar da contestação, não atinou para essa dificuldade que existe quando o réu alegou apenas a existência do direito do autor e quando portanto, o juiz não é obrigado a mandar ouvir o autor sobre a defesa.

Mas, acredito que, na prática, não surgirão problemas, porque os nossos juízes adquiriram o hábito de sempre mandar ouvir o autor sobre a contestação, e, uma vez intimado o autor para falar sobre a contestação, estará em curso o prazo de dez dias.

Quanto ao réu, a lei é omissa, isto é, não tem disposição expressa. Daí, naturalmente, se deva entender que o legislador pretende limitar essa oportunidade ao momento em que o réu contesta a ação. Quer dizer, no momento em que ele, ao contestar a ação, por hipótese, nega a existência dos fatos constituídos do direito do autor e diga: nunca contraí essa obrigação, da qual me cobram os juros. É nesse momento que ele, simultaneamente,

portanto, deve pedir a declaração incidental. A lei foi muito rigorosa, mais do que nos países europeus, que deixam para mais tarde, e não acho que façam mal, porque a declaração incidental não acrescenta nada em matéria de prova, nada em matéria de tramitação. Apenas, em vez de o juiz conhecer da questão preliminar, ele, além de conhecer, decide. Em vez de dizer: realmente, não existe a dívida, ele diz: decido que não existe a dívida. Como não há um aumento de atividade processual, parece-me mais satisfatória a fórmula do Código austríaco, que permite alegação, por qualquer das partes, até a audiência de instrução e julgamento.

Mas, em nosso direito, parece que o legislador quis ser rigoroso, dando dez dias para o autor, a partir da ciência da contestação, e, para o réu, dando exatamente o momento da contestação.

Acredito que, como não há ampliação na atividade do juiz, nem das partes, a jurisprudência poderá, com o tempo, abrandar esse rigor, principalmente tendo em vista que esse mesmo réu, que não requereu no momento da contestação, pode vir, com uma ação autônoma, para declarar a inexistência daquela obrigação e pedir que se apense aos autos, por conexão. Para evitar toda essa complicação é melhor que a jurisprudência seja mais liberal e admita esse pedido, fora mesmo desse momento implicitamente previsto pelo legislador.

Poderiam surgir problemas, mas de fácil solução, quando houver reconvenção, mas aqui se aplica, "mutatis mutandis", o mesmo princípio.

Vamos ver, agora, os procedimentos em que cabe o pedido de declaração incidente. No procedimento ordinário, não há dúvida, está regulado no capítulo II, "Do Procedimento Ordinário".

Resta saber se é cabível no procedimento sumaríssimo do Código e nos procedimentos especiais. As regras do procedimento ordinário se aplicam, subsidiariamente, não só ao procedimento sumaríssimo, como também aos procedimentos especiais, de acordo com o art. 273, de modo que, em princípio, nós deveremos admitir essa extensão. Surgem dificuldades, porque, no processo sumaríssimo, a contestação é apresentada na audiência de instrução e julgamento. Ora, não haveria a oportunidade dos 10 dias, para o autor suscitar a questão prejudicial e haveria praticamente uma impossibilidade para o autor; ficaria restrita apenas ao réu, na hora de contestar, na audiência, ao mesmo tempo, pedir a declaração incidental. A meu ver, o que é mal arranjado, nisto tudo, é essa contestação do processo do procedimento sumaríssimo, na própria audiência.

Com a pretensão de fazer um processo rápido e eficiente, o legislador, na realidade, dificilmente conseguirá o seu intento, porque basta que o réu alegue nessa contestação, em audiência, fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, para que se dê uma oportunidade para o autor preparar o que tem a dizer sobre o assunto.

Acho impossível que, numa audiência, se alegue pagamento e já se venha com a prova mas não se ouça o autor, para dizer a respeito disso. É, aliás, um princípio geral do procedimento ordinário e não vejo como possa funcionar bem o procedimento sumaríssimo com essa restrição à defesa do direito do autor. Minha impressão é que todo procedimento de rito sumaríssimo acabará como o procedimento da Justiça do Trabalho: fica para outra audiência. E não vejo modo do autor defender eficazmente os seus direitos, se ele vai, realmente, tomar conhecimento das alegações do réu naquele momento da audiência.

Nós, advogados, sabemos as surpresas que nos trazem as contestações, isto no escritório, calmamente. Precisamos chamar a parte para tomar informações sobre aqueles fatos alegados pelo réu. Imaginem isso, numa audiência de instrução de julgamento. É para não funcionar mesmo, a não ser em casos muito raros.

Quando se tratar de procedimentos especiais, parece-me que não há dificuldade para aplicação do princípio geral; podemos lembrar casos como, por exemplo, da nunciação de obra nova, em que, às vezes, o réu alega a questão do domínio do autor; tendo de haver conhecimento sobre a questão de domínio, caberá também a declaratória incidente sobre o assunto.

Lembro também, no caso do processo de execução, quando se cobrarem juros de letras de câmbio, ou mútuo com prestações periódicas, a utilidade da aplicação do instituto, e não vejo motivos para ele não ser aplicado.

Vamos ao problema do ônus da prova. O ônus da prova na declaratória incidental, segundo a doutrina dominante, é o mesmo na declaratória comum. Aqueles princípios que vão reger a distribuição do ônus da prova naquela ação, se não houvesse o pedido de declaração incidental, são os mesmos que vão reger, na hipótese da pessoa pedir a declaração incidental. Não há nenhuma alteração. O problema se coloca quanto ao exame do ônus da prova na ação em geral e não na declaratória incidental.

Um problema difícil é o do momento em que o juiz decidirá sobre a questão. Na Áustria, a lei, expressamente, admite que o juiz decida antes, por sentença separada. Quer dizer, o juiz pode decidir a questão prejudicial, num momento, e deixar para decidir a questão final em outro momento: é lei expressa. O nos-

so legislador não disse nada sobre o momento, gerando as dificuldades e nos obrigando a recorrer às fontes estrangeiras, que sempre nos servem de subsídio nessas fases iniciais.

Vem o problema: é ou não possível decidir separadamente a questão prejudicial, com força de coisa julgada, da outra questão. Aparentemente, não haveria nenhuma dificuldade em se resolver uma antes da outra. Mas na prática há, porque admitamos que o juiz decida no sentido da existência da obrigação principal, quando se cobram os juros, e deixe para resolver depois a questão dos juros. Neste caso, o autor teria, então, de recorrer contra essa decisão nesse momento. Que recurso? Se fosse apelação, como o novo Código manda para todas as decisões que ponham termo ao processo, nós iríamos parar o processo para julgar esse recurso, quer dizer, levar o processo ao tribunal. E se, ao juiz, se permitisse decidir apenas quando essa decisão não fosse alterar o resto da questão, não seria uma fórmula satisfatória.

Admitamos que o juiz quer liquidar a questão, dizendo que não existe obrigação principal. Aí realmente, com isso, ele negaria que existem os juros. Vem o problema: é que às vezes ele não faz a instrução completa da causa. A meu ver, devemos adotar, tendo em vista que a lei não é expressa a esse respeito: em 1.º lugar, fazer a instrução completa da causa, como se fôssemos examinar todas as questões, inclusive a questão final que é o objeto do pedido inicial do autor e, em 2.º lugar, o juiz deve decidir de uma única vez, isto é, na audiência é claro; se ele acha que não existe a obrigação principal, vai negar também a existência dos juros; então, a negativa da primeira parte levaria à negativa da segunda. Mesmo que não houvesse o pedido de declaração incidental, ele iria dizer: não existe obrigação principal, em consequência, julgo improcedente a ação, porque não são devidos os juros. Neste caso, ele apenas iria dizer: não existe obrigação principal, decido que não existe, e decido que não existem também os juros. Liquidaria a questão, mesmo porque os juros poderiam ter outros motivos de decisão. Se ele, entretanto, entende que existe obrigação principal, profere decisão sobre ela e profere sobre os juros, podendo até, às vezes, reconhecer a existência da obrigação principal e negar os juros, porque às vezes já prescritos, pagos, etc.

Em princípio, temos de ter em vista a necessidade de evitar decisões separadas, com recursos separados. Deve-se fazer a instrução completa e, finda a mesma, o juiz julgará, como julgaria normalmente, com apenas o acréscimo de que, na questão preliminar, ele diz também que decide sobre a existência ou in-

xistência daquele direito, além de dar a decisão sobre a questão principal que, no fundo, é até a secundária, quer dizer, aquela que foi objeto do pedido, no exemplo dado, seriam os juros.

Vamos ao problema da competência. Diz o art. 109 que o juiz da ação principal é competente para a ação declaratória incidental. Esse é o princípio geral. Entretanto, a lei subordina essa regra a algumas exceções, isso porque, no art. 111, diz o Código que a competência por valor ou por território é relativa. Considera o art. 114 prorrogável a competência relativa, quando não fôr apresentada exceção de incompetência. Há um pouco de contradição, porque no § 1.º do art. 111 diz que a modificação da competência, quando relativa, só é admitida se houver contrato escrito e específico para o caso.

Depois de dizer da exigência desse contrato escrito, a lei permite a prorrogação por falta de alegação pelo réu, no citado art. 114. O art. 109, que é o que nos interessa, estabelece que o juiz da ação principal é competente para a ação declaratória incidental; quer dizer, não subordina isso a nenhum acordo. Basta que uma das partes requeira a declaração incidental, para que o juiz tenha de julgar.

Então, não se põe o problema de competência nesse campo. O problema surge, quando se tratar de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, pois aí, segundo a lei, é competência inderrogável. Nesses casos, não é possível pedir ao juiz que declare com força de coisa julgada a existência da questão prejudicial, quer dizer, a existência ou inexistência da relação jurídica.

Sobre isso o Código é expresso, só admitindo o pedido de declaração incidental, se o juiz da ação principal for competente para a incidental ou se o problema da competência se puser em razão do território ou do valor. Isso não impede, entretanto, que o juiz decida a questão principal.

É comum, hoje, na Justiça Federal, às vezes, o INPS pleitear uma questão de Fundo de Garantia e o empregador alegar em defesa a inexistência da relação de emprego. A relação de emprego é da legislação do trabalho, e de competência da Justiça do Trabalho. Isso não impede que a Justiça Federal conclua que não existe a relação de emprego, mas sem força de coisa julgada, quanto a essa questão. A coisa julgada aí só haverá quanto ao pedido relativo ao Fundo de Garantia.

Da mesma forma, no caso comum do Processo Civil, admitamos que é uma questão de estado, que se põe como preliminar, numa Comarca como o Rio de Janeiro, em que há juiz privativo de vara de família, mas a questão foi suscitada numa vara cível,

em que se discutia uma questão patrimonial qualquer; não se pode fazer o pedido de declaração incidental. O juiz examinará a existência ou não daquela relação, não decide sobre ela, apenas conhece da questão e nega ou dá o direito que o autor pediu, mas' não pode pronunciar sentença declaratória incidental.

Estes são os principais problemas suscitados pela ação declaratória incidental.

## O ATO-CONDIÇÃO NO CONTRATO TÁCITO DE EMPREGO PÚBLICO \*

Armando Henrique Dias Cabral \*\*

### EMENTA

O contrato tácito de trabalho público só se legitima se o administrador detém permissão "ex-lege" para contratar. Do contrário, o ato jurídico dessa admissão é nulo, por ser o objeto dessa contratação juridicamente impossível.

### RESUMO DA TESE

1. Essa tese examina o contrato tácito na relação de emprego público.
2. Partindo do princípio da legalidade, entende o Autor que tem de existir um ato-condição permissivo para o administrador legitimar a contratação de pessoal.
3. A consequência de uma admissão carente de ato-condição permissivo, seria a nulidade do pacto tácito, sem nenhum ônus indenizatório contra a Administração Pública.

### INTRODUÇÃO

O administrador municipal, geralmente ao assumir sua função, e ao inteirar-se do regime jurídico do pessoal prestador de serviço, encontra aqueles servidores públicos cuja situação é

\* Tese apresentada ao I Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado de 20 a 27 de janeiro de 1974, em Recife, PE.

\*\* Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul (da Equipe de Assistência Jurídica aos Municípios).

avessa ao Direito: foram admitidos sem qualquer ato administrativo formal; permaneceram trabalhando e auferindo vantagens pecuniárias, ora sob regime jurídico estatutário (embora não sejam funcionários públicos), ora recebendo vantagens da legislação trabalhista (mas despidos da condição de empregados públicos). Na maioria das vezes essas admissões foram verbais.

Que fundamento legal teriam esses acordos verbais?

A relação jurídica de emprego público, onde um dos sujeitos é o Poder Público-empregador, poderia revestir a forma de um contrato de trabalho tácito?

A resposta a essas indagações é o que se propõe este trabalho, que perquire

#### O ATO-CONDIÇÃO NO CONTRATO TÁCITO DE EMPREGO PÚBLICO

### I — AO ADMINISTRADOR SÓ É LÍCITO AGIR "EX-LEGE ET SUB-LEGE"

#### 1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Consolidação das Leis do Trabalho enuncia que o contrato individual de trabalho pode ser tácito (art. 442).

Esse "tácito" comporta uma dimensão deontológica de significado diferente, quando se trata de relação de emprego público, porque não basta que o sujeito prestador de serviço, pelo fato de estar trabalhando, seja considerado, na ausência de uma nomeação, empregado público. É inarredável que o agente que o admitiu tivesse tido uma outorga normativa para realizar essa admissão, ou seja: que o ato-condição permissivo para contratar pré-existisse ao ato jurídico de contratar.

De outro lado, o agir da Administração Pública significa agir "ex-lege et sub-lege".

Conforme o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, no estudo "Discrecionalidade e Legalidade", publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, volume n.º 4, do ano de 1973, p. 9,

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

"... a Administração Pública só pode agir debaixo da lei, em obediência a ela e a fim de dar satisfação a seus objetivos. Tal disposição decorre do princípio da legalidade.

Devendo a Administração atuar sob a lei e com o fito único de implementar os objetivos dela, é viciado todo e qualquer comportamento administrativo que a ofenda, que a desconheça ou se desencontre com as finalidades por ela traçadas".

#### 2. ATO-CONDIÇÃO

Convém lembrar o princípio de Direito Público, segundo o qual ao administrador só é lícito fazer aquilo que a lei lhe permite fazer (ao avesso do Direito Privado, onde ao particular é permitido aquilo que não lhe é proibido).

Assim, a admissão de pessoal para o serviço público têm de ser permitida ao administrador por regra expressa, que opera como ato-condição permissivo.

Sinale-se, com Hely Lopes Meirelles, in "Direito Municipal Brasileiro", Tomo II, p. 826, que

"Ato-condição é todo aquele que se antepõe a outro para permitir a sua realização. O ato-condição se destina a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas, para as quais se exige a satisfação prévia de determinados requisitos. Assim, o concurso é ato-condição da nomeação efetiva; a concorrência é ato-condição dos contratos administrativos. Como se vê, o ato-condição é sempre um ato-meio para a realização de um ato-fim.

A ausência do ato-condição invalida o ato final, e essa nulidade pode ser declarada pela própria Administração ou pelo Judiciário, porque é matéria de legalidade, indissociável da prática administrativa."

A posição do Judiciário Trabalhista tem-se revelado insensível a esse princípio de Direito Público, julgando de maneira simplista que, quem não seja funcionário público, é empregado. A nós nos parece um posicionamento equivocado, "permissa magna venia". Não basta que alguém trabalhe "tacitamente" para a Administração Pública; é preciso que esse contrato de trabalho esteja legitimado por aquele ato-condição permissivo, sob

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

pena de ser nulo, por conter (o contrato tácito não permitido ao agente público) objeto juridicamente impossível (Código Civil, art. 145, inciso II).

## II — EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO

### 1. INCIDÊNCIA DO DECRETO FEDERAL N.º 15.783

No Decreto Federal n.º 15.783, de 8/11/1922 (Regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública), se contém normas gerais de direito financeiro que disciplinam contratos em que é parte do Poder Público. Obviamente, esses preceitos se aplicam não apenas aos contratos decorrentes de licitação, mas a qualquer contratação "in genere", em que o ente público de qualquer hierarquia esteja num dos polos dessa relação jurídica.

Para a validade dos contratos, a lei exige "a citação expressa", em suas cláusulas, da lei que os autoriza (art. 767, letra c 1.ª parte). E a lei arrola como cláusula essencial, que não pode ser omitida em contrato algum, sob pena de nulidade, a que deve fazer menção expressa da disposição de lei que autoriza a celebração do contrato (art. 775, § 1.º, 1.ª parte).

Desse texto se depreende que a lei ("lato sensu", qualquer ato normativo que outorgue contratar) é essencial como pressuposto de o administrador firmar contratos, inclusive os de emprego.

### 2. MOTIVO OU CAUSA JURÍDICA DO ATO ADMINISTRATIVO

O agente público atua, subjetivamente, sob seu próprio juízo de conveniência e oportunidade de praticar certos atos administrativos; e age, objetivamente, amparado na lei, que funciona como causa jurídica, ou motivo jurídico. Tão significativa relevância tem a causa (ou motivo) de um ato jurídico, que "vicia o ato (jurídico) a falsa causa", diz o artigo 90 do Código Civil, isto é: carente de causa jurídica, o ato se dilui por nulidade invencível.

Seabra Fagundes, em "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", escreveu:

"No ato administrativo, porém, o motivo tem de ser estritamente legal, assentando sempre no interesse público, pelo que reveste particular importância".

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

(...) op. cit., p. 41

"... nos motivos ou fundamentos está a razão jurídica com que procede a Administração Pública. A lei estabelece quando, e em face de que circunstâncias, deve agir a autoridade administrativa. Se esta age sem motivo legal, o seu ato é inválido".

idem, p. 88

"O objeto do ato administrativo, que é o seu conteúdo jurídico, não estando adstrito aos limites pré-traçados na lei, o ato é nulo".

idem, p. 89

Ainda, Hely Lopes Meirelles, in "Direito Administrativo Brasileiro", p. 159, entende que

"O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.

O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato pode vir expresso em lei, como pode ser deixado ao critério do administrador.

No primeiro caso, será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.

Da diversidade das hipóteses ocorrentes resultará a exigência ou a dispensa da motivação do ato. Em se tratando de motivo vinculado pela lei, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação".

### 3. CONTRATO VERBAL

Diante da lei que exige do agente público a citação expressa da norma legal que o autoriza contratar (no caso, contratar o prestador de serviço), e que ainda lhe impõe para validade jurídica da contratação constar do instrumento de contrato a lei permissiva, temos que se trata de um ato administrativo vinculado pela lei, a cuja motivação o administrador não se pode subtrair, sob pena de nulidade.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

Mas a qualificação de contrato de trabalho tácito da norma consolidada induz que o ajuste pode ser verbal.

O mesmo Decreto federal n.º 15.783/22, no art. 778, enuncia que

“Em nenhum caso poderá ser permitida a celebração de contratos verbais com a Fazenda Pública, sendo nulos de pleno direito os ajustes que assim forem concluídos”.

Esse dispositivo explica-se por si. Apenas se faz notar que o conceito “Fazenda Pública” (de 1922) corresponde ao moderno entendimento conceitual de Administração Pública, Governo, Poder Público (em 1974).

### III — CONSIDERAÇÕES FINAIS

#### 1. INTERESSE PRIVADO E INTERESSE PÚBLICO

Finalmente, restaria examinar a posição do prestador de serviço irregularmente admitido.

Enquanto, numa relação de emprego privado, o empregado detém uma superioridade jurídica que lhe compensa a inferioridade econômica, numa relação de emprego público, em que o ente estatal-empregador age no interesse público, não se pode, sistematicamente, aplicar esse mesmo princípio, porque o interesse privado, diante do Poder Público, não pode prevalecer, em termos de superioridade jurídica aprioristicamente considerada, porque, “ab initio”, o Poder Público age com legitimidade, buscando realizar um interesse público e impessoal.

#### 2. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Quem prestou serviço à Administração Pública, mesmo tendo ato de admissão ilegal, recebeu a remuneração respectiva. Assim, não se há de falar no enriquecimento ilícito do ente empregador.

Mas o irregular prestador de serviço não tem nenhum direito, quer estatutário, quer trabalhista, se for despedido.

Hodiernamente já se compreende que a Administração Pública pode rever seus próprios atos, mesmo sem a coerção do Judiciário (Súmula n.º 473, do Supremo Tribunal Federal).

Na hipótese de despedida, o administrador apenas desconstitui um ato jurídico que estava, “ab initio”, viciado; e sendo

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

ato administrativo nulo, não foi jurígeno bilateralmente (a Administração Pública não ficou com ônus de empregador, como numa relação de emprego trabalhista); e o prestador de serviço, dispensado, não tem, “ipso facto”, qualquer direito indenizatório, ao nível da norma consolidada. Em termos processuais, ele seria carecedor de ação, na Justiça do Trabalho.

#### 3. FUNCIONÁRIO DE FATO

A condição jurídica que mais próxima estaria do prestador de serviço irregularmente admitido, seria a de funcionário de fato (também denominado funcionário aparente).

Todavia, neste caso, ocorre o ato-condição permissivo para admiti-lo; o que surge é um erro de direito (exemplificativamente, investidura em cargo irregularmente criado, ou irregularmente extinto, ou ainda, em cargo ocupado), ou um erro essencial quanto à qualificação do prestador de serviço (nomeia-se zootecnista, em vez de médico-veterinário).

Seja como for, o funcionário de fato, embora fronteiro do que foi irregularmente admitido, poderá ter preenchido condições pertinentes à situação de funcionário de direito, sob regime estatutário. Aquele outro não.

### CONCLUSÃO

Isso posto,

o contrato tácito de trabalho público só se legitima se o administrador detém permissão “ex-lege” para contratar.

Do contrário, o ato jurídico dessa admissão é nulo, por ser o vínculo dessa contratação juridicamente impossível.

### BIBLIOGRAFIA

BIELSA, Rafael: Derecho Administrativo, 6 ed. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, Tomo III (Funcionário de fato, p. 45).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio: Apontamentos sobre Agentes e Órgãos Públicos, S. P., Ed. Rev. dos Tribunais, 1972.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles: Princípios Gerais de Direito Público, 2. ed., Ed. Borsoi, Rio, 1964.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

LUFT, Celso Pedro: O Escrito Científico, 2. ed., P. Alegre, Liv. Lima, 1970.

MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique: Contribuição ao Estudo da Função de Fato, S. P., Ed. Saraiva, 1957.

MEIRELES, Hely Lopes: Direito Municipal Brasileiro, 2. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, S. P., 1964, Tomo II.

NUNES LEAL, Victor: Problemas de Direito Público, Ed. Forense, Rio, 1960 (Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração, p. 278).

SEABRA FAGUNDES, Miguel: O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 3 ed., Ed. Forense, Rio, 1957.

## “POSTURAS MUNICIPAIS” E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antonio Tito Costa (\*)

**Sumário:** 1. O novo CPC e a autonomia municipal; — 2. As ordenações, as posturas municipais e o Código Civil; — 3. As leis orgânicas dos Municípios e o triplice aspecto da autonomia local; — 4. A designação dos atos da administração municipal.

1. Ao dispor sobre o procedimento sumaríssimo, o novo Código de Processo Civil estende-o às causas de qualquer valor, dentre as quais: art. 275, II “g”: as que tiverem por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto à distância entre prédios, plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias.

O aparecimento da expressão “posturas municipais” numa lei moderna e atualizada como o novo estatuto processual civil brasileiro é sobremodo estranhável, pois é sabido que a mesma está em desuso, já que o Município, pelo tratamento que vem recebendo em nosso sistema constitucional, não mais produz posturas, e sim leis, no exato sentido do vocábulo. A autonomia municipal, assegurada no art. 15 da nossa Carta Magna de 1969, traduz-se, principalmente, em termos de “governo próprio”, que edita suas próprias leis e com elas pode inovar na ordem jurídica. Como lembra o prof. PINTO FERREIRA, o município é “uma entidade ou uma corporação de direito público dotada de auto-

(\*) Professor da Universidade de São Paulo

nomia política ou de governo próprio para a realização de suas finalidades locais" ("A Autonomia Política dos Municípios", Rev. de Dir. Público, S. P., vol. 7, pág. 158).

2. Seria desnecessário proceder a um levantamento histórico do município, no Brasil, para situar os períodos em que se votavam posturas e os em que se produzem leis municipais. BRASIL BANDECCHI, ao estudar a função política do Município, no Brasil, salienta, na trilha de Cortines Laxe, que "nas Ordenações Afonsinas (1.446) encontra-se a primeira tentativa de dar um sistema comum aos Conselhos e fixar as atribuições municipais bem como estreitar os laços hierárquicos que os prendiam ao Poder Central. Por elas compunham-se as Câmaras de juizes pedâneos, que eram seus presidentes natos, de vereadores eleitos pelos *homens bons*, fixaram-se suas atribuições policiais e econômicas, sendo que as posturas que votassem (grifo nosso) estavam sujeitas à confirmação dos provedores" ("O Município no Brasil e sua função política", S. P., 1972, pág. 21).

A linguagem das Ordenações, inclusive as Manoelinas ... (1.521), no que tange às posturas, acabou passando para o nosso Código Civil, que é de 1916. Em seus arts. 578 e 588, ao tratar do direito de construir e do direito de tapagem, o código fala de "posturas municipais e regulamentos de higiene" a serem obedecidos "de acordo com os costumes de cada localidade, contanto que impeçam a passagem de animais de grande porte, como sejam gado vacum, cavalos e muar".

Mas a expressão "posturas municipais" não guarda mais nenhum sentido para ser aplicada hoje. Se ela visava, ao seu tempo, a distinguir as colocações administrativas e regulamentares municipais das leis e dos decretos emanados do governo provincial e central, hoje a distinção não procede, porque tanto o poder central, como os poderes estaduais e os municipais regem-se atualmente por leis. Para HELY LOPES MEIRELLES, a expressão "é obsoleta e sem nenhuma expressão no direito moderno. Ao templo das Ordenações do Reino — observa em seu Direito Municipal Brasileiro — era empregada para toda e qualquer deliberação das municipalidades. Atualmente não tem sentido técnico, visto que os municípios servem-se das mesmas designações utilizadas na administração federal e estadual para designar a sua atividade legislativa e executiva: lei, decreto, resolução, regulamento, portaria, instrução etc. É de toda conveniência, portanto, a substituição ou mesmo a supressão da inexpressiva "postura" (?), pela designação própria do ato que se deseja no-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 71-74, 1974

meiar: lei municipal, decreto municipal, regulamento municipal e assim por diante. O que não se admite é a rançosa "postura municipal", que nada significa na administração local" (ob. cit., 2.<sup>a</sup> ed., pág. 512).

3. As leis orgânicas dos Municípios costumam, em muitos Estados, ao cuidar da forma dos atos administrativos de competência do Prefeito, enumerar muitos deles, a saber: decreto, portaria, aviso etc. E, no capítulo reservado ao processo legislativo, a exemplo da Constituição federal e das dos Estados, falam de lei, projeto de lei, código, estatuto etc. Não se encontra mais, nesses diplomas, qualquer referência a "posturas".

É bem verdade que, uma ou outra vez, pessoas até esclarecidas costumam referir-se a "código de posturas municipais", para lembrar uma codificação de leis locais. A expressão é, evidentemente, imprópria e só pode resultar de uma confusão mais que secular, que urge ser esquecida, substituindo-se a terminologia colonial pelos termos apropriados do moderno direito público. A autonomia do município brasileiro, mesmo na Carta de 1969, continua a mais ampla, sob o tríplice aspecto: político (eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores), administrativo (administração própria no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto à organização dos serviços públicos locais) e financeiro (decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e aplicação de suas rendas) — Constituição, art. 15.

Assim, o Município brasileiro é hoje uma entidade político-administrativa que recebe da Constituição o mesmo tratamento dispensado às outras pessoas de direito público interno: a União e os Estados. Não se justifica, portanto, o uso de uma expressão anacrônica para designar o posicionamento da administração local, traduzido em normas legais ou regulamentares, ou de simples atos de administração.

4. Daí, nossa estranheza ante o agasalhamento, na nova lei processual civil, de um termo definitivamente em desuso, como seja a "postura" municipal, tal qual se lê no já referido art. 275, II, letra "g", do nosso Código de Processo Civil (lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, em vigor desde 1.º de janeiro de 1974), pois, ainda segundo a lição de HELY LOPES MEIRELLES, "o Município brasileiro atual, como entidade político-administrativa que é, tanto pratica atos administrativos como atos legislativos, em pé de igualdade com as demais entidades da Federação. Por isso

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 71-74, 1974

mesmo, seus atos devem receber a designação técnica específica do Direito Público — Constitucional, Administrativo e Municipal — que rege as entidades estatais, no nosso sistema jurídico-constitucional” (in “Assuntos Municipais”, edição do Instituto de Direito Municipal do Rio Grande do Sul, 1965, pág. 609).

Ficam registradas as observações acima, como contribuição modesta ao aperfeiçoamento da vida municipal brasileira e, quem sabe, como sugestão para uma futura e eventual revisão do novo Código de Processo Civil Brasileiro.

## DESAPROPRIAÇÃO — O MAIS SINGULAR INSTITUTO JURÍDICO

Mauro Cunha (\*)

A 10 de novembro de 1964 houve por bem o Congresso Nacional promulgar a Emenda Constitucional n.º 10, que, entre outras disposições, todas vinculadas à reforma agrária, instituiu o Direito Agrário como ramo autônomo do Direito Brasileiro, estabelecendo que a União teria exclusividade de sobre ele legislar.

Para comemorar a efeméride, deliberou a Faculdade de Direito do Instituto Ritter dos Reis organizar um ciclo de estudos, que denominou I Semana do Direito Agrário, contando com a cooperação de seu diretório de estudantes e entregando a presidência de honra ao patrono da agremiação estudantil, Des. Oswaldo Opitz, catedrático da matéria no currículo escolar, e a coordenação do ciclo ao prof. Darcy W. Zibetti, assistente da disciplina.

Estabelecida a data, fixados os assuntos a serem versados e escolhidos os palestrantes que deles se incumbiriam, eis que, em plena Semana, vi-me à frente de cerca de cinquenta ouvintes para expor o tema que me havia sido proposto “Desapropriação”.

E, ao invés de apresentá-lo da maneira clássica definindo o Instituto e indicando os dispositivos legais que dele tratam, resolvi usar de técnica diferente e ofertar à consideração dos ouvintes a idéia de que constitui ele o mais singular dos institutos jurídicos.

Parti do pressuposto de ser ele considerado extremamente árido, despido de qualquer encanto particular, tradutor de um

(\*) Procurador Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, no Rio Grande do Sul.

aparente ato de arbítrio do Poder Público que, a pretexto de discutíveis motivos sociais (dir-se-ia), tira a propriedade do indivíduo para incorporá-la ao patrimônio do Estado.

E desenvolvi esta tese, se assim posso dizer: a de que todo e qualquer tema jurídico pode encerrar e revelar algo sempre novo e por vezes até fascinante, se for objeto de meditação e análise. Haverá sempre um ângulo diferente para encará-lo, capaz de mostrar o insuspeitado encanto e a oculta beleza.

Contei que, estando eu em meu gabinete, examinando a situação de um bem gravado com hipoteca, chegou-se a mim um renomado advogado rio-grandense e me chamou a atenção para o aspecto redacional do art. 809 do Código Civil, da lavra do imortal Ruy, o qual, se lido de maneira ritmada, separadas as orações, teria a forma de uma cadenciada estrofe de quatro versos.

Passei a outros tópicos jurídicos. O da execução da sentença, por exemplo: aparentemente pobre e desgracioso, tem ele, entretanto, aspectos curiosíssimos, como o desdobramento do procedimento após os embargos do executado. É que a jurisprudência e a doutrina condenam a má e incompleta redação do art. 1.016 do Código de Processo Civil, e se sustenta que opostos os embargos dever-se-á abrir vista ao exequente para contestá-los e o juiz deverá sanear o processo, designando audiência de instrução e julgamento — desenvolvendo-se assim verdadeiro processo de conhecimento dentro do processo de execução.

Assim também com relação ao instituto da desapropriação. Devidamente analisado, mostrar-se-á ele prenhe de particularidades tais, que se destaca de todos os demais. E me propuz deduzir doze razões pelas quais assim se poderia afirmar e comprovar, isto consistindo propriamente a palestra proferida. Prende-se a primeira das doze ao que se poderia titular como

### A DESAPROPRIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

Todas as Constituições asseguram o direito de propriedade, ressalvada a hipótese da desapropriação. Interessante é salientar o texto da Carta de 1824, cujo art. 179, n.º 22, assim estabelecia:

“É garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.”

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 75-81, 1974

E a lei ordinária, anunciada na Constituição, foi editada em 9 de setembro de 1926, constituindo historicamente a primeira Lei das desapropriações. Eis a ementa: “Marca os casos em que terá lugar a desapropriação da propriedade particular por necessidade e utilidade pública, e as formalidades que devem preceder à mesma desapropriação.”

As demais Constituições, atualizada a linguagem, aludem à garantia da propriedade, com a ressalva da expropriação por utilidade ou necessidade pública e, atualmente, também por interesse social. O texto constitucional vigente, de conformidade com a Emenda n.º 1, tem, porém, um especialíssimo tratamento com relação ao instituto: é que o regula no art. 153, inciso 22, mencionando-o como ressalva ao direito de propriedade mediante prévia e justa indenização, ressalvando, contudo, a ressalva com a remissão ao art. 161, já que neste último permite a desapropriação do imóvel rural com o pagamento da indenização justa, isto é — já não mais prévia e justa. Em dois locais, por conseguinte, alude a Constituição ao ato expropriatório de uma feita, mediante indenização justa e prévia (caso de desapropriação por utilidade ou necessidade pública); e, adiante, ao regular a ordem econômica e social, mediante indenização tão-somente justa, permitindo-se assim a transcrição do imóvel, desde logo, em nome do expropriante, pelo fato de tratar-se de expropriação por interesse social, de maior alcance e expressão que a por utilidade pública.

### CONCILIAÇÃO E ANTAGONISMOS

Representa a desapropriação a difícil e delicada conciliação entre o direito particular de reter e gozar a propriedade, tão inerente, tão vinculado à natureza humana, e o interesse social proclamado no ato expropriatório. Considere-se que, na opinião dominante dos tratadistas, constitui o direito de propriedade o mais sólido e o mais importante de todos os direitos subjetivos, além de ser o direito real por excelência. A própria Rússia eliminou a propriedade do solo, mas conservou a da casa do indivíduo, dos móveis que a guardam, do dinheiro e dos valores mobiliários em geral. Pois o instituto da desapropriação realiza este quase-milagre de permitir a desapropriação e, simultaneamente, garantir o direito à propriedade. E o faz com o estabelecer os casos legais, a compensação indenizatória e o processo regular para a fixação de seu montante.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 75-81, 1974

## DIREITO PÚBLICO OU DIREITO PRIVADO?

Pode a pergunta parecer ociosa, tão imperioso o pensamento de que se trata de instituto de direito público. Realmente, é no direito público que ele nasce e se desenvolve. Todavia, figura no Código Civil (arts. 590-591) que é o mais importante repositório de direito privado. Os civilistas argumentam que a presença da desapropriação no Código Civil decorre da circunstância de implicar ela um dos casos de perda da propriedade, razão pela qual não poderia deixar de figurar no Código, sob pena de este ficar incompleto no trato da matéria. Seja como for, é uma particularidade do instituto.

### IMPLICAÇÕES NOS VÁRIOS RAMOS DO DIREITO

Nesta linha de raciocínio, o instituto da desapropriação se vincula a cinco ramos de direito, eis que constitui matéria de Direito Constitucional, no qual se fundamenta; é especialmente estudado e desenvolvido no Direito Administrativo; também está, como se viu, no Direito Civil pelas razões acima ditas; interessa de modo especial ao Direito Agrário, instrumento que é da reforma por ele regulada; e constitui lei complementar do Código de Processo Civil, como se verifica dos arts. 11 a 30 do Decreto-lei n.º 3.365/41 e dos arts. 5.º e seguintes do Decreto-lei n.º 554/69.

### OUTROS INSTITUTOS — SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES

É freqüente ouvir-se dos expropriados a increfação de ter sido verdadeiro confisco a desapropriação de seus imóveis. Ora, isso na boca do leigo ainda se pode tolerantemente admitir; nunca, porém, no trabalho do advogado, já que não corresponde ao que MESSIAS JUNQUEIRA chamou “a correta linguagem do jurista”. É que a desapropriação, sob certos aspectos, pode assemelhar-se remotamente ao confisco. Mas confisco não é. O confisco existe em nossa legislação na disposição do art. 100 do Código Penal, relativamente à arma e ao produto do crime, e no art. 8.º do Ato Institucional n.º 5 como disposição de caráter transitório imanente ao período revolucionário vigente. Dizer-se, pois, que a desapropriação equivaleu a um confisco é usar impropriamente a expressão.

Assemelha-se também à compra-e-venda, e compra-e-venda não é. Na transação normal entre partes, a transferência do bem ocorre voluntariamente, mediante condições particularmente avençadas e mediante o pagamento do preço que vier a ser ajustado,

na forma que os interessados estabelecerem. A desapropriação representa transferência forçada, em face da utilidade pública ou do interesse social regularmente decretados, mediante indenização fixada em sentença proferida em processo judicial.

Também tem pontos de contato com a encampação, mas com ela não se confunde, já que se afeiçoa rigidamente à lei e só pode ser adotada nos casos taxativamente previstos.

Identicamente, com a requisição. Esta, segundo BANDEIRA DE MELLO, constitui ato pelo qual o Estado, em circunstâncias especiais e em proveito do interesse público, obriga alguém a prestar serviços ou a ceder transitoriamente algum bem ou seu uso, obrigando-se a indenizar os prejuízos.

Nenhum outro instituto — parece-me — oferece tais semelhanças com institutos outros, com marcada diferença, porém, desde que devidamente analisados seus elementos conceituais e constitutivos, utilizando-se — como se salientou — a correta linguagem do jurista.

### INTERPENETRAÇÃO DOS PODERES

Já foi dito e redito que os Poderes do Estado não constituem compartimentos estanques, mas que se interpenetram e completam no exercício de atividade cuja finalidade comum é o bem-estar social. Veja-se, por exemplo, o caso da desapropriação. O Executivo pode expropriar sem que haja mister autorização legislativa; mas o Executivo da União necessita de lei do Congresso para a eventualidade de a desapropriação alcançar bens dos Estados ou dos territórios. Por sua vez, o Legislativo pode tomar a iniciativa da expropriação, porém cumprirá ao Executivo a prática dos atos pertinentes. E, seja qual for a hipótese, intervirá o Judiciário para presidir a avaliação e fixar a indenização.

### EXAME DO MÉRITO

Em sua atuação, não poderá o Judiciário estabelecer se ocorreram ou não os casos de utilidade ou necessidade pública ou interesse social. É caso raríssimo, se não o único, em que se cerceia a esfera de ação do Poder Judiciário, especialmente se se tiver presente o preceito que vem desde a Constituição de 1946 de que nenhuma lesão de direito individual poderá ser excluída, nem mesmo pela lei, da apreciação do Poder Judiciário; e todavia, em se tratando de desapropriação, veda-se ao Judiciário “decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública” (art. 9.º da Lei das Desapropriações). A matéria pode assumir delicados con-

tornos, já que, sendo certo embora não possa haver aquela indagação, as formalidades legais são impescindíveis e se vinculam à legitimidade do ato expropriatório, para que se comprove não haver o Poder Público excedido o limite de sua faculdade. Pode ocorrer — quem alerta para a eventualidade é o excelente SEABRA FAGUNDES — que o juiz, ao apreciar o ato administrativo para apurar essa legitimidade, de alguma forma ou maneira, penetre no campo reservado à específica função administrativa.

#### UM INSTITUTO, VÁRIAS AÇÕES

Constitui ainda a desapropriação o único instituto que pode ser discutido em juízo em duas ações distintas, expressamente mencionadas na lei (art. 20 do Decreto-lei n.º 3.365/41 e art. 14, parágrafo único, do Decreto-lei 554/69). A primeira com legitimação ativa do próprio desapropriante, destinada a estabelecer o valor da indenização; e a segunda, também chamada ação direta, a ser intentada pelo expropriado, para a decisão de outras quaisquer questões. Na primeira, só podem as partes interessadas discutir o preço ofertado e a regularidade processual. Isto sem falar na ação ordinária que cabe a quem sofrer a desapropriação indireta, para haver a indenização.

#### UMA AÇÃO, DOIS PROCEDIMENTOS

Mas a primeira das ações acima indicadas pode ter dois procedimentos — um regulado — pelo Decreto-lei 3.365 e o outro, pelo de número 554. O primeiro deles refere-se às desapropriações por utilidade ou necessidade pública e só permite a transferência do domínio após sentença transitada em julgado. Já o segundo diz respeito à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, em zonas declaradas prioritárias, e determina que, formulado o pedido pelo expropriante, o juiz desde logo expeda mandado para que se efetive, no Registro de Imóveis, a transcrição do bem em nome do expropriante. Eis, portanto, o único caso de um instituto discutível em ações diversas, tendo uma delas (a ação de desapropriação propriamente dita) dois diversos procedimentos.

#### SINGULARIDADE DO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO

E que é essa primeira ação, isto é — a intentada pelo expropriante? Será certamente uma ação de conhecimento, mas nem condenatória, nem constitutiva, nem declaratória. Não será condenatória, porque o pedido do autor não implica obrigar o réu a

nada: ao revés, a condenação é do próprio autor para o pagamento do preço que vier a ser afinal fixado — e é ele quem o pede. Não será constitutiva por não dizer respeito a nenhuma modificação ou extinção de relação jurídica entre partes. Nem será obviamente apenas declaratória. Também não é ato de jurisdição voluntária, eis que as partes contendem e há, pois, partes nolentes. Por tudo isso os autores classificam a ação expropriatória como um processo judicial de natureza peculiar. E é de ressaltar, de passagem, que o Código de Processo Civil que vigorará a partir de 1.º de janeiro de 1974 adotou, com relação à nomeação dos peritos, a sistemática prevista na Lei das Desapropriações desde 1941.

#### SOCIALIZAÇÃO DE ÁREAS ECONÔMICAS

Segundo MANOEL de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, conceituado administrativista, a desapropriação constitui o único instituto “capaz de atender aos reclamos impostos para a socialização necessária de algumas áreas econômicas indispensáveis ao equilíbrio dos sistemas sociais”. E acrescenta: “Não há meio melhor em qualquer regime jurídico. A perda da propriedade não se transforma em espoliação”. Aí está expresso o grande relevo social da desapropriação. Vale dizer — sem criar problema de vulto, sem estabelecer desequilíbrio, sem representar medida odiosa ou arbitrária, serve ela para que se alcance o predomínio do interesse comunitário sobre o individual, fornecendo ao Poder Público meios e elementos para a efetivação de obras que de outra maneira não seriam efetivadas.

#### A DESAPROPRIAÇÃO E A REFORMA AGRÁRIA

Em tema de reforma agrária cresce ainda mais a importância do instituto. A desapropriação decretada para a reforma oferece esta peculiaridade em face da que se destina à utilidade pública; é que nesta o poder expropriante tira do indivíduo e restitui à comunidade em obras; naquela, o Poder Público tira o latifúndio e restitui o próprio imóvel à comunidade, dividido em lotes ou parcelas, favorecendo o acesso à terra e assim buscando a realização da justiça social. E haverá algo mais belo e mais grandioso que a justiça social?

## O TÍTULO "DOS RECURSOS" EM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (\*)

Ministro Miguel Seabra Fagundes (\*\*)

### 1

A apreciação, objetiva de um novo Código há de fazer-se, sobretudo, tendo em vista o que ele represente com relação ao Código anterior, porque a sucessão de um por outro somente se explica pelo propósito de inovar para melhor. Assim nos parecendo, nestas breves observações críticas nos nortearmos, via de regra, por um critério comparativo.

### 2

O novo Código de Processo Civil teria, certamente, de comportar restrições. Nenhuma codificação a elas escapa, seja porque são naturais as divergências quanto à filosofia informadora das grandes leis setoriais (do direito civil, do penal, do comercial, do trabalhista, etc.), seja porque a amplitude dos códigos já de si só enseja larga faixa à crítica. Da distribuição das matérias, ao trato de cada uma delas. Porém, o Código que nos ocupa se afigura ter desencadeado reservas e censuras mais numerosas e relevantes do que seria de esperar. É o que se depreende, já agora, de vários pronunciamentos conhecidos.

Dentre eles basta referir, pelo seu sentido geral, a ampla e minudente análise do Professor José Carlos Barbosa Moreira,

---

(\*) Trabalho apresentado ao Instituto dos Advogados de Pernambuco, em 24 de janeiro de 1974.

(\*\*) Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado da Guanabara.

sob o título "Antecedentes da Reforma Processual e Sistemática do Novo Código", cuja leitura convence de que as imperfeições excedem, na multiplicidade e no teor, o que seriam os senões naturais de uma obra desse tipo.

Há senões de relevo na sistemática, e os há, igualmente, no trato individualizado de certas matérias.

Três observações corroboram o que se vem de dizer.

O Código, que regula três processos — o de conhecimento (Livro I), o de execução (Livro II) e o cautelar (Livro III) — além dos procedimentos especiais (Livro IV), carece de um livro de Disposições Gerais, próprio de todos os códigos, e com que, ressalte-se, o Código de 1939 abriu as matérias informadoras do seu todo. Embora a Exposição de Motivos, que acompanhou o Projeto ao Congresso, refira que a "dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação" (n.º 11), afigura-se-nos indefensável a omissão. É que princípios genéricos, aplicáveis não apenas ao processo de conhecimento, porém aos de execução e ao cautelar, bem assim aos procedimentos especiais, situam-se no livro "Do Processo de Conhecimento", como se apenas a ele dissessem respeito. Tais as normas referentes à jurisdição e à ação, à capacidade processual, às partes, aos procuradores, ao litisconsórcio, à intervenção de terceiros, ao Ministério Público, à competência, ao juiz e seus poderes, deveres, responsabilidade, impedimentos e suspeição, aos auxiliares da Justiça, à forma, ao tempo, ao lugar, à comunicação e às nulidades dos atos processuais, à distribuição dos feitos, ao valor das causas, à formação, suspensão e extinção do processo.

Ora, o que se preceitua sobre essas matérias evidentemente estaria melhor, na sistemática da lei, se compusesse um livro próprio — o das Disposições Gerais — que antecederia os outros, porque seria muito mais lógico e prático situar, em livro comum aos três processos legislados e aos procedimentos especiais, preceitos que a todos eles se aplicam, do que levar a adotarem-se, nos processos de execução e cautelar, pela insuficiência das suas normas no concernente a tantas matérias de ordem geral, o que sobre elas se insira com referência apenas ao processo de conhecimento. Nem havia por que, sem vantagem alguma, somente pelo amor à inovação, desprezar o critério adotado em todas as nossas codificações, processuais ou de direito substantivo, de abertura dos códigos com um livro ou título de disposições básicas, comuns a todos os demais neles compreendidos (Código Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, Consolidação das Leis do Trabalho, etc.).

Ao dispor sobre prazos (Livro I, Título V, Capítulo III), o legislador deixou de parte a legislação extravagante, segundo a

qual, tendo-se em vista a realidade palpável da rotina forense, se acresceria um dia aos prazos decorrentes de atos, cuja intimação fosse feita através de jornal oficial somente publicado à tarde (Lei n.º 1.408, de 9 de agosto de 1951, art. 4.º). Donde ficar certo que a entrada em vigor do novo texto significará o ressurgimento de situações vexatórias e injustas, corrigidas pelo direito atual, pois os prazos cujo início decorre de publicação em jornal somente à tarde circulante, na realidade, por tal circunstância, se encurtam de um dia.

O legislador ignorou ainda o disposto no Decreto-lei n.º 6.790, de 15 de agosto de 1944, que, trazendo útil contribuição aos interessados, com remover perplexidade e conflitos da jurisprudência, disse extensivas "a todos os casos previstos no art. 178 do Código Civil e aos demais casos de prescrição e prazos extintivos previstos em lei" (art. 1.º) as disposições sobre o efeito da citação interruptivo da prescrição. Vivente o Código, restaurar-se-ão as controvérsias que até aquele ato legislativo envolveram, sem solução plausível, os problemas decorrentes do ajuizamento de ações relativas a direitos dependentes de prazos de caducidade, quando, por iminente a expiração deles, não se pudessem consumir as citações.

A nova codificação virá, por conseguinte, reacender controvérsias já apaziguadas pelo direito anterior.

### 3

No concernente aos recursos, todavia, se nos afigura representar o Código uma contribuição útil e positiva, enquanto simplifica a matéria e recolhe sugestões da experiência acumulada sob a legislação que o precede. A visão geral do título a eles reservado (Título X, do Livro I) nos mostra haverem os novos textos modificado corajosamente a sistemática dos recursos ordinários. Com efeito, no texto de 1939 eles são cinco; o Código (art. 496) os reduz a quatro: apelação, agravo (que surge apenas sob a forma de agravo de instrumento, enquanto no direito anterior se desdobrava em três modalidades, a saber, essa e as de agravos de petição e no auto do processo — arts. 808, n.º III, e 841), embargos infringentes (que no direito anterior se exprimem na fórmula dúplice — de nulidade ou infringentes, art. 808, II), e embargos de declaração. Elimina-se a revista (Código de 1939, art. 808, IV).

### 4

Reduzindo os três tipos de agravo — no auto do processo, de petição e de instrumento — apenas a este último, e, do mesmo

passo, abolindo a casuística que tradicionalmente condicionava o cabimento dos agravos (antes do Código de 1939, de todos eles, com esse Código apenas do agravo de instrumento), a nova codificação remove as dificuldades com que tão freqüentemente se deparava o advogado na eleição do remédio cabível contra a sentença. A dicotomia a que se ateuve — **apelação** para o julgamento extintivo do processo, **agravo de instrumento** para as decisões interlocutórias, quaisquer que elas sejam, vem remover aquela que se tem apresentado sempre como uma torturante dificuldade da prática forense: a escolha do recurso. A tentativa de simplificação expressa no art. 810, do Código de 1939, esbarrava no subjetivismo do conceito de **erro grosseiro** (para não falar na **má-fé** que o texto igualmente mencionou), e quase que praticamente se frustrava pela diversidade de prazos de interposição para os recursos de agravo de petição ou de instrumento (cinco dias), e de **apelação** (quinze dias), pois que a jurisprudência só relevava o erro, ainda que leve, se o recurso de apelo, erroneamente interposto ao invés do de agravo, o tivesse sido nos cinco dias seguintes à ciência da decisão. Tal critério, perfeitamente defensável, pois se destinava a evitar o uso intencional da **apelação** para salvar o agravo, cujo prazo estivesse ultrapassado, reduzia a muito pouco o préstimo do preceito sanatório.

No quadro do novo Código aparece de tal modo nítida e simples a distinção entre os pressupostos do apelo e do agravo, que a margem de erro — sempre a haverá, pois a realidade do dia-a-dia não deixa de oferecer algo que escapa ao teor genérico da norma, ainda a mais perfeita — **reduzir-se-á** a um mínimo.

5

Melhor fora o teor da simplificação, no entanto, se se tivesse erigido como via de impugnação das decisões interlocutórias, antes o agravo no auto do processo, do que o de instrumento. Impedir-se-iam do mesmo modo as preclusões, sem o inconveniente da tirada de instrumento e da multiplicação do trabalho na segunda instância. E afastar-se-ia o inconveniente maior em perspectiva, já divisado por outros no sistema atual, de muitos juízes retardarem o andamento das causas com o propósito de aguardar a manifestação judiciária superior sobre questões pre-judiciais, o que está muito conforme aos nossos costumes forenses.

É certo, porém, que a permissão consignada no parágrafo 1.º, do art. 522, de a requerimento do interessado reter-se o agravo

de instrumento nos autos, até o julgamento da **apelação**, quando a matéria nele envolvida será apreciada como preliminar, atenua, em grande parte, o inconveniente que se vem de assinalar.

“§ 1.º — Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da **apelação**.”

O agravo de instrumento converte-se praticamente, desse modo e por vontade da parte, em agravo no auto do processo, isto é, em meio tão-somente de obstar a preclusão. Esse caminho só não equivale à adoção pura e simples do agravo no auto do processo, porque deixa ainda margem a que a **sofreguidão**, ou o só interesse perturbador de alguma das partes possa sujeitar o julgamento do mérito às incertezas ou procrastinação de julgamentos intercorrentes. Mas, como quer que seja, a retenção facultativa do recurso interlocutório, que resultou de emenda do Congresso, sugerida pelo Professor Egas Moniz de Aragão, veio conciliar, em razoável medida, a idéia básica do autor do Projeto com a **conveniência das partes**.

Aliás, o Código de 1939 já trouxera uma notável simplificação no concernente ao recurso de agravo, quando, conservando do agravo de petição apenas o nome, fê-lo recurso contra as decisões que “impliquem terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito” (art. 846), e ao reduzir a 17 os casos de agravo de instrumento (art. 842), porque, originariamente, os dois tipos de agravo se distinguiam por uma razão superada pelo progresso nas vias de comunicação — a distância menor (agravo de petição) ou maior (agravo de instrumento) da sede do juízo a quo à do juízo ad quem — e o cabimento obedecia a longa enumeração de casos, que na Lei n.º 143, de 15 de março de 1842, eram 12, no Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, já subiam a 18, e em certos códigos estaduais se elevavam a quase uma centena (76 no de Minas Gerais, 87 no de São Paulo, 58 no do Espírito Santo, etc.) (Afonso Fraga, “Instituições do Processo Civil no Brasil”, 1941, tomo III, pg. 194). E tal enunciação culminava, em todas as leis processuais, com um item admitindo o agravo por **dano irreparável**, expressão na qual se inseriam todas as tentativas aventureiras de complicação da lide, embora a irreparabilidade de efeitos das decisões interlocutórias fosse caracterizada, nos textos, pela impossibilidade material de volta ao estado anterior após a sentença, ou pela excessiva onerosidade da reposição nesse estado.

Se no concernente ao sistema dos recursos o Código assim inova, nas disposições reguladoras dos recursos em espécie, de par com a natural repetição de preceitos do direito anterior, também oferece inovações.

Dispondo sobre a medida do conhecimento na apelação, diz o art. 515, no caput, o mesmo que já se continha no art. 824, do Código de 1939, segundo o qual a amplitude da cognição se condicionava ao pedido do apelante. Porém, no § 1.º, torna explícito que no âmbito do pedido (total ou parcial) se compreendem "todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro". E no § 2.º (que, se entendido com largueza, tornaria dispensável aquele que o antecede), estatui que se o pedido ou a defesa tiver mais de uma causa petendi, e a sentença houver acolhido apenas uma delas, cabe ao juízo de apelação apreciar as demais. Esses textos implicam na dispensa de interposição de embargos declaratórios, como antecedente do apelo, nos casos em que a sentença se omite na análise e decisão de pontos controvertidos pelas partes. A interposição da apelação bastará, desde que o suscite o apelante, para devolver ao juízo de segundo grau o exame dos aspectos da lide omitidos na apreciação do juiz de direito. Assim, aliás, sempre se deveria ter entendido, mesmo sob o texto não explícito do direito anterior, mas aqui ou ali repontava, na casuística forense, a recusa do julgamento, em grau de apelação, de questões não apreciadas no juízo a quo, e a respeito das quais o apelante se tivesse absterido de opor embargos declaratórios. O formalismo das restrições cede agora à tendência simplificadora, porque em verdade não há razão para exigir da parte que embargue de declaração, quando, com economia de trabalho, papel e tempo, um só recurso pode levar ao reexame de toda a matéria da lide.

No art. 656 (caput) se contém providência para facilitação do trabalho profissional do advogado. Permite-se ao patrono requerer, em feito no qual deva proferir sustentação oral, que na sessão imediata ao requerimento seja ele julgado, sem prejuízo das preferências legais (habeas-corpus, mandado de segurança, etc.). E quando presentes os advogados de ambas as partes, a preferência há de ser deferida para a mesma assentada (parágrafo único).

Esse critério dispensa o advogado de ser presente a sucessivas sessões, como em geral acontece, numa vigília constante, até o dia em que seja afinal chamado o processo do seu interesse. Corresponde a uma antiga aspiração da classe, que, sendo adequada ao desempenho do dever profissional, não prejudica efetivamente ninguém. Até hoje, a preferência tem sido reconhecida, quando presente o advogado, apenas como uma praxe e apenas em alguns tribunais, câmaras ou turmas. E merece assinalado, entre as cortes que assim praticam, o Supremo Tribunal Federal. Nele, considerando-se que a Brasília afluem causídicos com escritórios nos Estados, se chamam, preferencialmente, as causas dos advogados forasteiros.

Lembro-me de que apelo por mim feito, quando titular da Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil, a todos os tribunais dos Estados, com o aceno à inclusão, em texto regimental, de preferência para os feitos de advogados presentes, logrou acolhida de vários deles, mas também de outros tantos recebeu a objeção do silêncio da lei.

O legislador, no entanto, ainda foi tímido no inovar quanto à atuação processual do advogado. Era o caso de ter ousado (enfrentando mesmo susceptibilidades dos juizes, por vezes demasiadas), no sentido de dinamizar o processo nos tribunais com a discreta possibilidade de interferência do advogado no curso da discussão. Com isso daria continuidade à tênue iniciativa do Estatuto do Advogado, que no art. 89, inciso X, inscreve entre os direitos do advogado:

"pedir a palavra, pela ordem, durante o julgamento, em qualquer juízo ou Tribunal para, mediante intervenção sumária e se esta lhe for permitida a critério do julgador, esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam ou possam influir no julgamento."

Tornaria normal o que aí aparece como prerrogativa destinada a uso parcimonioso.

A única objeção de ordem prática a uma tal medida está no receio de tumulto ou atrito nos julgamentos. Mas cumpre considerar, de um lado que o objetivo do advogado é salvar o direito do seu cliente com esclarecimentos muitas vezes indispensáveis, e não comprometê-lo com demasias, e, de outro, que o Presidente terá sempre condições para impor ordem nos trabalhos e trancar interferências tumultuárias.

Aliás, no concernente à intervenção regular do advogado nos julgamentos em corte, e aos frutos positivos daí decorrentes, po-

demos depor com experiência própria. No Regimento Interno do Tribunal do Rio Grande do Norte, em virtude de emenda por nós oferecida no ano de 1945, quando ainda tínhamos a honra de integrar aquela corte, figuram as seguintes disposições:

“Durante a sustentação oral e os debates, qualquer desembargador poderá interrogar o advogado sobre pontos da sua argumentação e da prova, sem que, entretanto, entre eles se estabeleça diálogo” (art. 41, n.º I).

“Ao advogado se permite, durante a discussão e mediante permissão do presidente, oferecer sumariíssimos esclarecimentos sobre pontos do processo, vedada a dialogação entre ele e os desembargadores” (art. 41, n.º II).

O tribunal já havia rejeitado uma primeira sugestão nossa desse mesmo teor. Mas a ocorrência, após isso, de um ou outro equívoco em julgamentos, a que nenhuma corte de justiça se furtava, fez que os nossos pares prestigiassem a sugestão, à unanimidade, quando reiterada algum tempo depois. E cerca de um lustro ainda julgamos naquele grande tribunal, assistindo à aplicação diária das regras inovadoras e utilizando-as como desembargador, sem que outro resultado colhêssemos, que os bons frutos de decisões mais seguras para a consciência dos juizes e mais tranqüilizadoras para as partes. A cautela com que admitida a interferência do advogado no julgamento, o zelo da presidência, a ética dos causídicos, o seu interesse natural em utilizar a intervenção para convencer e não para perturbar, tudo concorreu para esse êxito.

É bem verdade que há tribunais e juizes altamente esclarecidos que aceitam de bom grado, e até invocam, a palavra do advogado ao correr dos julgamentos, mas o que se faz mister é converter em direito a interferência do patrono nessa fase, retirando-lhe o caráter de uma concessão da liberalidade de juizes mais esclarecidos; o que se faz mister é fazer ato de rotina a intervenção do advogado ao correr dos julgamentos em colégio.

## 9

O novo Código institui, sob a denominação de recurso adesivo, recurso pelo qual, na apelação, nos embargos infringentes e no recurso extraordinário, se deixa à parte, que aceite a sentença no pressuposto da conformidade do adversário, oportuni-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 83-95, 1974

dade, com economia de tempo e de atos processuais, para também postular contra a sentença quando esse venha a fazê-lo (art. 500). Nos 10 dias seguintes à publicação do despacho que admita algum daqueles recursos, pode a parte, que não recorreu, manifestar também inconformidade com o julgado, em recurso a caminhar *pari passu* com o já interposto (recurso principal).

## 10

Aboliu-se o recurso de revista. E foi bom que assim se fizesse, pois na prática a revista provou mal. Rarissimamente cabível, a sua repercussão, como fator de coerência na aplicação do direito objetivo, foi sempre inexpressiva.

Todavia, conquanto abolido esse recurso, perdura, com o novo Código, o instituto do prejudgado, que surgiu no Decreto n.º 16.273, de 20 de dezembro de 1923, concernente à organização judiciária do Distrito Federal, e foi mantido pelo Código de 1939 (art. 861). Surge, agora, porém, com um aspecto novo. Enquanto no direito anterior o pronunciamento prévio do tribunal só poderia resultar de iniciativa dos próprios juizes das Câmaras ou Turmas, agora se tem como possível requerimento da parte nesse sentido (art. 476, parágrafo único). Fica assim aos interessados pleitearem a qualificação maior do juízo *ad quem*, para interpretação de norma vital à solução do litígio.

E aqui não se tratando de ampliação do pedido, mas de simples suscitação de melhor exame de uma, ou de algumas questões envolvidas pela formulação dele, temos que também o recorrido pode requerer o prejudgamento. Com fazê-lo não formula pedido, no sentido de pretensão, mas apenas pleiteia juízo mais qualificado para ponto de maior relevo da lide, tal como já configurada na peça própria (petição inicial ou contestação).

## 11

O legislador abstraiu de referir o recurso *ex-officio*. Mas, adota um outro critério pelo qual vincula as sentenças prolatadas, em causas de determinadas naturezas, tal como antes ocorria por força do recurso necessário, a manifestação do juízo de segundo grau. Assim é que o art. 475 declara condicionarem-se a julgado confirmatório da segunda instância os efeitos das sentenças anulatórias de casamento, das proferidas contra a União, o Estado ou o Município, das que tiverem por improcedentes execuções de dívida da Fazenda Pública. E para efetividade do preceito se estatui, no parágrafo único, que o juiz, em tais casos, ordenará a remessa dos autos aos tribunais competentes, haja

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 83-95, 1974

ou não haja apelação voluntária, devendo o presidente do tribunal avocá-los se não remetidos. Não vemos vantagem na substituição de um instituto tradicional da sistemática processual brasileira por esse circunlóquio jurídico, pelo qual se chega ao mesmo resultado.

12

O texto atual sobre a legitimação para recorrer se nos afigura bem mais preciso do que as disposições do direito anterior (Código de 1939, arts. 814 e 815). O art. 499, no caput — “O recurso pode ser interposto pela parte venciada, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público” — abrange, com clareza e exatidão, as três vocações para recorrer. E os parágrafos completam-no em bons termos, o 1.º reportando-se ao dever processual do terceiro de “demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”; o 2.º pacificando o problema da *legitimatio ad processum* do Ministério Público e, do mesmo passo, lhe prestigiando a atuação, com lhe atribuir direito ao recurso, quer nos processos em que seja parte, quer naqueles em que apenas officie como fiscal da lei. Já era tempo, aliás, de armar o Ministério Público, enquanto apenas fiscal da lei, e não substituto processual, de possibilidades mais seguras de atuação na lide, de sorte a não se ver obrigado a capitular ante composições das partes, nem sempre compatíveis com o interesse da sociedade. Mas, enquanto no Código de 1939 se previram, com propriedade, prazos especiais para a interposição do recurso pelo terceiro que “não tiver domicílio ou residência na jurisdição do juiz da causa” (art. 815, § 1.º), ou “for incapaz e não tiver quem o represente ou assista”, art. 815, § 2.º), o atual silêncio a respeito.

13

Ao dispor sobre a inversão das partes no agravo, o art. 527, no § 6.º, impõe ao novo agravante consignar em cartório a importância do preparo feito pela parte contrária, porém faz depender o levantamento do valor depositado por esta, do não-provimento do agravo pelo tribunal. Ora, não há razão plausível para sujeitar a parte vitoriosa — o agravante convertido em agravado, após a reforma da decisão pelo próprio juiz — à situação própria da parte sucumbente. Tão logo invertida a situação, passando o primeiro agravante a agravado, dever-se-ia permitir-lhe o levantamento da quantia do preparo por ele feito.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 83-95, 1974

14

O abandono, a propósito dos embargos ao acórdão (arts. 496, III, e 530), da referência a nulidade, falando-se de embargos infringentes, e não mais de embargos de nulidade ou infringentes, obedece ao propósito de simplificar racionalizando, porque infringir, na linguagem processual, é reformar no todo ou em parte (Odilon de Andrade, “Comentários ao Código de Processo Civil”, edição Forense, 1946, vol. IX, p. 196), e, quando se argúi de nulo um julgado, se visa, tal como quando é ele atacado no seu conteúdo, a invalidá-lo totalmente.

Racionaliza-se a terminologia, a exemplo do que já ocorrera no Código de 1939, ao abolir-se a distinção, que aparecia nos códigos de processo civil e comercial dos Estados, dos embargos infringentes, em modificativos (ataque parcial do julgado) e ofensivos (ataque do julgado no todo) (Odilon de Andrade, obr. e vol. cit., pgs. 196-7). A exegese do novo texto há de considerar a arguição de nulidade como espécie do gênero de pedido infringente. Levaria ao absurdo a interpretação que tivesse por modificável, através de embargos, acórdão formalmente válido, mas argüível de errônea aplicação do direito, e por inatingível acórdão nulo desde sua origem, como o prolatado com voto decisivo de juiz impedido.

O Código declara recorrível o despacho pelo qual o relator indefira, de plano, a petição de embargos infringentes, mas não qualifica o recurso cabível:

“Art. 532. Se não for caso de embargos, o relator os indeferirá de plano. Deste despacho caberá recurso para o órgão competente para o julgamento dos embargos.”

Já sendo da tradição do nosso direito o agravo regimental (interposto mediante petição, que o relator apresenta em mesa para julgamento, quando, sem voto, expõe os motivos do despacho agravado), como recurso para despachos de relator, não havia por que aludir genericamente a recurso, palavra que aparece no caput desse artigo, e mais nos seus dois parágrafos. A agravo se reporta, nesse mesmo caso, o Código de 1939 (art. 836). A referência genérica não serve à unificação do processo, pois deixa aos tribunais variarem, nos seus regimentos, quanto ao tipo e denominação do recurso.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 83-95, 1974

Prevê-se a lavratura do acórdão de uma sessão para outra:

“Art. 563. — O acórdão será apresentado para conferência, na primeira sessão seguinte à do julgamento, pelo juiz incumbido de lavrá-lo.”

E se determina a publicação das suas conclusões dentro em dez dias dessa sessão:

“Art. 564 — Lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de dez (10) dias.”

Contudo, não se cogita de providências que tornem efetivas tais determinações. E entre a assentada de julgamento, a redação do acórdão pelo relator e o seu lançamento nos autos, dadas as nossas praxes, é quase impossível só medeiem 10 dias. Teria sido mais prático determinar fosse sempre escrito o voto do relator, e dizê-lo conversível em acórdão, sempre que prevalescente, isto sem prejuízo dos adendos que os debates suscitassem, e ressalvado a qualquer dos juízes fazer anexar ao acórdão, dentro de prazo fatal, o voto respectivo.

Três são os pressupostos dos embargos declaratórios no Código de 1939: obscuridade, omissão ou contradição (art. 862). No Código novo adita-se um quarto — **dúvida**:

“Art. 535 — Cabem embargos de declaração quando:

I) há no acórdão obscuridade, **dúvida** ou contradição;

II) for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o tribunal.”

A referência a **dúvida**, além de desnecessária — porque na obscuridade se abrangem os pontos duvidosos — constitui um convite a embargar. Sim, porque não é difícil ao advogado argüir dúvidas ante o julgado. O conceito de **dúvida** é muito mais explorável que o de obscuridade.

O Código substitui, com vantagem, a pena de preclusão do art. 862, § 5.º, do Código de 1939, para os casos de embargos de

declaração meramente protelatórios, pela de multa. O risco da preclusão dos prazos para os recursos infringentes tornava delicado, em muitos casos, o uso dos embargos de declaração, conquanto os tribunais, via de regra, ao repelir embargos de declaração, se abstivessem de tachá-los de meramente protelatórios.

“O relator — diz-se no parágrafo único do art. 549 — fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso.” Com esse texto se sugere que o relatório seja uma peça limitada e objetiva. Atendo-se a ele, o relator, ao invés de perder-se num histórico fastidioso do processo, pode habilitar o tribunal a conhecer, com economia de tempo, o que realmente seja adequado ao desate da lide. De certo, sendo implicitamente esse o conteúdo próprio do relatório, por vezes assim aparecem relatados os processos, mas um comando legal de simplificação desarma os escrúpulos dos que procuram desenvolver longamente o histórico dos feitos, supondo assim melhor informar os vogais, quando, na verdade, espraiando desnecessariamente a área da exposição, apenas dificultam a apreensão do que nela seja essencial.

A renúncia tácita do direito ao recurso, que no art. 503 se caracteriza como “a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer”, não nos parece inovação útil. O teor do ato expressivo da renúncia prestar-se-á para debate e chicanas, seja se lhe discutindo a efetiva incompatibilidade com o propósito de prosseguimento do litígio, seja se procurando vislumbrar, neste ou naquele ato ou fato, alguma reserva preservadora do direito de recorrer.

Essas algumas das observações que o título “Dos Recursos” nos sugere, visto no todo e visto por partes. Outras, de certo, e muitas, comportará. Mas se nos afigura que para uma breve notícia informativa e crítica, como em nosso propósito, o que ficou dito é bastante.

## DESAPROPRIAÇÃO — AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA OU DERIVADA (\*)

Luiz de Gonzaga Gomes de Freitas (\*\*)

PROPRIEDADE, em sentido lato é, segundo Solidênio Leite, “a projeção da personalidade humana no domínio material” (1). E, em sentido restrito, é o direito pelo qual um bem fica submetido à vontade do seu titular, que o detém de maneira absoluta, podendo usá-lo de forma exclusiva e a mais completa possível.

Na atualidade já não se pode aceitar essa concepção de propriedade, fruto do individualismo jurídico, alicerçada nas premissas dos glosadores romanistas da Idade Média, para os quais eram faculdades do direito de propriedade, o *jus utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienando, disponendi vindicandi*, etc., desde que, por construção analógica, admitiam que o “dominium” estava para o indivíduo como o *imperium* estava para o Estado.

Assim, a propriedade hoje está sujeita às limitações impostas quer pelos interesses de terceiros (direito de vizinhança), quer pelos interesses coletivos (tutelados pelo Estado), quer, finalmente, pelos interesses da própria Administração Pública.

Essa nova orientação, inspirada no positivismo de Augusto Comte, vem dando à propriedade uma função social de tal amplitude que, conforme afirma Leon Duguit, discípulo de Comte, vem ela perdendo aquele caráter absoluto e intangível, para se estabelecer uma relação jurídica de direitos e deveres, principalmente de deveres, estabelecidos para os proprietários, os quais,

(\*) Tese apresentada ao I Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado de 20 a 27 de janeiro de 1974, na cidade de Recife, PE.

(\*\*) Procurador do Município de Recife, PE.

(1) in “Desapropriação por utilidade pública”, editores J. Leite & Cia., 1921, pág. 7.

para usufruírem as prerrogativas que lhes são inerentes, devem satisfazer aos deveres impostos diante da utilidade pública, amplamente considerada (2).

Eis a razão pela qual Hely Lopes Meirelles entende que a propriedade "é um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade" (3).

O sistema jurídico brasileiro segue tal orientação doutrinária. A fruição (*jus fruendi*) e a disposição (*jus disponendi*), síntese de todas as demais faculdades inerentes ao direito de propriedade, sofrem as limitações impostas pelo direito de vizinhança (arts. 554 e segs., do Código Civil), pela utilidade e necessidade públicas e pelo interesse social (art. 153, § 22, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969), compreendidos no seu sentido mais amplo.

Uma dessas limitações é a desapropriação, que, para Hely Lopes Meirelles, se constitui a mais drástica das intervenções estatais submetidas à propriedade (4).

Zanobini define a desapropriação como o "instituto de direito público, mediante o qual um sujeito, indenizado previamente de maneira justa, pode ser privado do direito de propriedade que tem sobre uma coisa, em benefício de outro sujeito, quando isso é exigido por motivo de interesse público" (5).

Marcel Waline entende-a como "o processo pelo qual a administração força o proprietário a ceder-lhe a propriedade de um imóvel do qual ela necessita por um objetivo de utilidade pública" (6).

Otto Mayer, por seu turno, vê na desapropriação "o ato da autoridade mediante o qual se transfere ou se restringe um di-

- (2) in "Traité de Droit Constitutionnel", 3.ª Ed. 1930, vol. 3.º, pág. 388.
- (3) in "Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1966, pág. 488.
- (4) in "opus" e ed. cits., págs. 492-493: "Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade avulta a desapropriação, que é a mais drástica das formas de atuação do poder de império do Estado, ou mais adequadamente do poder de soberania, no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional".
- (5) in "Curso di diritto amministrativo", 3.ª Ed., vol. IV, pág. 179.
- (6) in "Manuel Elementaire de Droit Administratif", 4.ª Ed., 1946, pág. 376.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 97-108, 1974

reito de propriedade do súdito em favor de uma empresa de utilidade pública" (7).

F. Whitaker diz ser a "desapropriação o ato pelo qual a autoridade pública competente, em casos expressos em lei e mediante indenização, determina que a propriedade individual seja transferida a quem dela se utilize em interesse da coletividade" (8).

Já para José Cretella Júnior a desapropriação é o "ato pelo qual o Estado, necessitando de um bem particular para fins de interesse público, obriga o proprietário a transferir-lhe a propriedade desse bem, mediante prévia e justa indenização" (9).

No entender de Solidônio Leite, "desapropriação é o poder que tem o Estado de extinguir, limitar ou restringir, mediante justa indenização, o direito individual. Objetivamente considerada, vem a ser o ato, em virtude do qual um direito privado é extinto, limitado ou restringido, a bem do interesse público, mediante justa indenização" (10).

Pontes de Miranda define a desapropriação como "o ato de direito público, mediante o qual o Estado transfere ou subtrai o direito de outrem, a favor de si mesmo, ou de outrem, por necessidade, ou utilidade pública ou por interesse social, ou simplesmente o extingue" (11).

Paulo Jorge de Lima, no seu livro "Desapropriação por Interesse Social", analisa e critica um sem-número de definições do que venha a ser o instituto da desapropriação. Entre essas a de George Vedel (12), por omitir a indenização, que se impõe como requisito essencial do instituto, sob pena de confundí-lo com o confisco; a de André de Laubadère (13), por admiti-lo como uma operação administrativa, um ato meramente administrativo: a de

- (7) in "Derecho Administrativo Alemán", 1951, vol. III, pág. 3.
- (8) in "Desapropriação", Editora Atlas S. A., 3.ª Ed., 1946, pág. 10.
- (9) in "Tratado de Direito Administrativo", Forense, vol. IX, pág. 23.
- (10) in "opus" e ed. cits., pág. 11.
- (11) in "Comentários à Constituição de 1967", Editora Revista dos Tribunais, 2.ª Ed., Tomo V, pág. 417.
- (12) "... une procédure par laquelle la propriété immobilière d'un particulier est transférée à L'administration sans le consentement de ce particulier, et dans un but d'utilité publique" (in, Droit Administratif, Paris, 1958/1959, vol. 2.º pág. 527, Cf. Paulo Jorge de Lima, "opus" cit., Editora Fulgor Limitada, 1965, pág. 23).
- (13) "... une operation administrative par laquelle l'Etat oblige un particulier à lui céder la propriété d'un immeuble dans un but d'utilité publique et moyennant une indemnité juste et préalable" (in Traité Elémentaire de Droit Administratif, Paris, 1953, pág. 799, Cf. autor, "opus" e ed. cits., pág. 26).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 97-108, 1974

Cunha Gonçalves (14), porque lhe procura atribuir um caráter privatístico; a de Henri Capitant (15), posto que enumera de forma exaustiva as entidades às quais é facultado desapropriar, quando, na verdade, sendo a expropriação ato de soberania, somente ao Estado compete a sua prática; a de F. Whitaker (ver nota 8), pelo fato de não fixar devidamente a destinação que deve ser dada ao bem desapropriado; as de Maurice Hauriou (16), Santi Romano (17) e Pasquale Carugno (18), porque limitam os objetivos da desapropriação à realização de obras e melhoramentos públicos, conceitos indiscutivelmente anacrônicos, mesmo para aqueles sistemas jurídicos que ainda não consagraram a desapropriação por interesse social.

Depois dessa pormenorizada análise, Paulo Jorge de Lima admite a desapropriação como "o ato de soberania pelo qual o Estado, através das autoridades competentes, retira, coativamente, a alguma pessoa física ou jurídica, por motivos de necessidade pública ou de interesse social, mediante o pagamento de uma indenização, o direito de propriedade sobre determinado bem de qualquer natureza, em proveito do próprio Estado ou de terceiros, aos quais, inclusive, podem ser transferidos os bens expropriados" (19).

- (14) "o ato pelo qual legalmente se impõe ao proprietário a venda duma coisa sua, para a realização dum determinado proveito da coletividade" (in Tratado de Direito Civil, São Paulo, 1955-1964, vol. XII, Tomo I, pág. 247 — Cf. autor, "opus" e ed. cits., pág. 27).
- (15) "Procedimiento complejo que permite al Estado, los departamentos, las comunas, las colonias y también algunas empresas privadas de interés general, obtener en su favor por sentencia y previa declaración de utilidad pública, la transferencia de la propiedad... etc." (in "Vocabulario Jurídico, trad. esp., Buenos Aires, 1961, pág. 271, Cf. do autor, "opus" e ed. cits., pág. 28).
- (16) "... une opération par laquelle l'administration procède à l'acquisition forcée et moyennant indemnité, des terrains et des bâtiments qui sont nécessaires à l'usage du public ou des services publics" (Précis élémentaire de Droit Administratif, Paris, 1938, pág. 425 — Cf. aut., "opus" e ed. cits., pág. 31).
- (17) "... la sottrazione totale o parziale di un diritto al suo titolare ordinata dall'autorità a vantaggio di una pubblica impresa e compensata con una giusta indennità" (in Principii di Diritto Amministrativo Italiano, Milão, 1912, pág. 573-574 — Cf. aut., "opus" e ed. cits., pág. 32).
- (18) "... sottrazione totale o parziale dell'altrui diritto decretata dall'autorità amministrativa per l'esecuzione di un'opera pubblica o l'attuazione de un publico servizio" (in L'espropriazione per pubblica utilità, Milão, 1946, pág. 12 — Cf. aut., "opus" e ed. cits., pág. 32).
- (19) Aut., "opus" e ed. cits., pág. 36

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 97-108, 1974

Muito embora não seja o objetivo do nosso trabalho discutir o correto conceito de desapropriação, parece-nos que peca, também, a definição de Paulo Jorge de Lima por omitir o fato de que a indenização deve ser justa, ou seja, equivalente ao valor econômico do bem desapropriado, sob pena de desnaturar totalmente o instituto (20).

Vimos, portanto, através de quantas definições realçadas, que a desapropriação é sempre ato de soberania, pelo qual o Estado, para atender aos seus fins sociais, retira de alguém, unilateralmente, a propriedade móvel ou imóvel, compensando-a com uma indenização que deve ser justa, isto é, economicamente equivalente ao bem retirado.

Sendo ato de soberania, praticado *jus imperii*, inerente ao Estado, está evidente o caráter exclusivamente publicístico do instituto, ao invés de privatístico, como o considera a corrente doutrinária que nele vê uma espécie de venda forçada, de alienação (21). Nem sequer pode-se admiti-lo como um instituto misto, a despeito das abalizadas opiniões dos juristas Miguel Seabra Fagundes (22) e Rafael Bielsa (23).

- (20) José Cretella Junior, in "opus", ed. e Tomo cits., pág. 93: "A indenização deve corresponder à reposição, no patrimônio do expropriado, do valor dos bens de que foi privado, por meio de pagamento do seu justo preço em dinheiro. Por isso se diz que a expropriação se resolve numa conversão de valores patrimoniais: no patrimônio onde estavam os imóveis, a entidade expropriante põe o seu valor pecuniário".
- (21) Romulo Tusconi, in "Le espropriazioni per causa di pubblica utilità nella teoria e nella pratica", Nocchioli Editor Fizense, pág. 15: "La espropriazione per causa di pubblica utilità è la piu importante e la piu grave delle limitazioni imposte alla proprietà. Essa può considerarsi come una vendita forzata, cui si ricorre dall'Ente che deve eseguire un'opera di pubblica utilità, quando non possa acquistare in via normale e a condizioni egualmente vantaggiose, i beni che gli occorrono per la esecuzione dell'opera".
- (22) in "Da desapropriação no Direito Brasileiro, Livraria Editora Freitas Bastos S. A., 1949, pág. 12: "O Código Civil alude à DESAPROPRIAÇÃO como um modo de perda da propriedade imóvel (3), mas, nem por ter sido contemplada como tal, sendo, por isto mesmo, também um meio aquisitivo, a expropriação se poderá classificar de modo ordinário e civil de aquisição da propriedade. Será sempre excepcional e misto (de direito público e de direito privado)".
- (23) in "Principios de Derecho Administrativo", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, 3.ª Ed., pág. 996: "La expropiación considerada en su fundamento jurídico y en la teoría general es institución de derecho publico, pero como ella es esencial la indemnización, es decir, el elemento patrimonial, de ahí su carácter de institución mixta: de derecho público en cuanto al fundamento

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 97-108, 1974

Ousamos aqui, "data vênia", discordar do grande mestre de direito pátrio, Seabra Fagundes, por quem nutrimos estima pessoal e permanente admiração.

A desapropriação é ato de direito público e pelo direito público rege-se. Apenas um dos seus efeitos, o mais importante deles, consoante a lição de Pontes de Miranda, é de direito privado (direito civil): a perda da propriedade (24).

Aliás, no magistério de Ruy Cirne Lima, até mesmo os efeitos decorrentes da desapropriação são regidos pelo direito público, limitando-se o direito civil, tão-só, a reconhecê-los (25).

---

de su ejercicio por parte de la Administración pública, que obra como poder público y determina la naturaleza del acto mismo; y de derecho privado en cuanto concierne al derecho de indemnización del expropiado, que en caso contencioso es de competencia del Poder judicial, pero no para decidir sobre la obligación de indemnizar, que existe siempre, sino y solo para estimar la indemnización."

(24) in "Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, 2.<sup>a</sup> Ed., Tomo XIV, pág. 152: "A desapropriação nada tem de instituto misto, como pareceu ao Supremo Tribunal Federal (31 de janeiro de 1914, R. de D., 33, 472), parte de direito administrativo e parte de direito civil e processual civil. Como instituto e como fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu*, a desapropriação é de direito público, e só de direito público, constitucional, administrativo e processual. O que é de direito civil é um dos seus efeitos, o principal deles, que é a perda da propriedade".

(25) in "Princípios de Direito Administrativo", Edição da Livraria do Globo, 1939, pág. 118-119: "A desapropriação, declara-se num aresto do Supremo Tribunal Federal — é um instituto jurídico misto: tem uma parte sujeita ao Direito Administrativo e uma parte subordinada a certas normas de Processo Civil, bem como a alguns preceitos de Direito Civil". Pensamos, ao contrário, que a desapropriação é instituto exclusivamente de direito público constitucional e administrativo. Consiste a desapropriação num ato de direito público regido em sua substância e seus efeitos. Tais efeitos são meramente reconhecidos pelo Direito Civil, que se limita a providenciar, apenas, sobre as consequências deles. Por esse modo, de resto, é que universalmente se assegura, na economia do direito, a continuidade da ordem jurídica. ... Não se pretenda ver no artigo 590 uma contradição a esse sistema rigorosamente observado pelo Código Civil. No artigo 589 se declara: — "Além das causas de extinção consideradas neste Código, também se perde a propriedade imóvel: — I) pela alienação, etc.". Quando, portanto, no artigo 590 se diz — "Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação"

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 97-108, 1974

Com efeito, na desapropriação inexistente o elemento volitivo, a consensualidade, a bilateralidade que presidem os contratos de compra e venda.

Em se tratando de matéria afeta exclusivamente ao direito público (constitucional administrativo), jamais se poderá admitir a desapropriação como uma venda forçada, uma alienação, como doutrinam Cunha Gonçalves (26), Seabra Fagundes (27) e outros, posto que, como obtempera José Cavalcanti Neves, "a desapropriação só contém dois dos três elementos constitutivos da compra e venda: a coisa e o preço. Falta o terceiro elemento: o acordo de vontades" (28).

"Ora — continua o ilustre jurista pernambucano, se na desapropriação falta um dos elementos essenciais ao contrato de compra e venda, como é, pois, que se pode sustentar que a desapropriação equivale à compra e venda? Basta isso para distinguir os dois institutos, se outros meios de distingui-los não houvesse". (29)

Sem razão, portanto, J. Guimarães Menegale ao lecionar que "o direito administrativo insere em seus sistemas de instituições a desapropriação, equivalente a uma transferência de propriedade ou, como diz Lessona, a uma "venda forçada". Não importa que o instituto da desapropriação ou expropriação não figure na lei civil; não é o único a qual sucede, sem deixar de se projetar na esfera de direito público: e teleologicamente a expropriação vai ter ao direito a que serve — o direito administrativo. Diremos que é uma instituição privativista aplicada a um fim publicista (30).

---

— é fora de dúvida que o advérbio "também" já se não refere a outras causas de extinção disciplinadas pelo direito civil, esgotada como ficara a indicação destas pelo artigo anterior. A enumeração dos casos de necessidade e utilidade públicas destina-se simplesmente a prefixar os limites do regime de direito civil da propriedade imobiliária".

(26) ver nota supra n.º 14.

(27) in "opus" e ed. cit., pág. 16: "A desapropriação assemelha-se a uma alienação compulsória, pois que no procedimento expropriatório aparecem os elementos "entrega da coisa e pagamento do preço e falta o acordo de vontades".

(28) Parecer, in Revista de Direito Administrativo, vol. 34, pág. 443.

(29) "opus" cit., pág. 443-444.

(30) in "Direito Administrativo e Ciência da Administração, Editor Borsoi, 2.<sup>a</sup> Ed., 1950, vol. 2, pág. 89.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 97-108, 1974

Nem mesmo naqueles casos em que a desapropriação se opera amigavelmente é de se falar em negócio jurídico. O "acordo" de que trata o art. 10, da nossa lei de desapropriação ("A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto..."), diz respeito apenas ao quantum da indenização e não à perda do objeto expropriado, que o proprietário sofrerá queira ou não queira, a despeito de sua vontade ou contra a sua vontade, pois está diante de um ato de soberania inferido ao poder estatal.

Nesse sentido, é magistral a lição de Francisco Campos ao afirmar: "O acordo, porém, como é óbvio, só poderá ter por objeto a fixação do quantum da indenização. É, com efeito, o único elemento em relação ao qual, em falta de sentença que sobre ele se pronuncie, suprimindo a ausência do proprietário, o consentimento deste se torna necessário e suficiente. Quanto à desapropriação, em si mesma, o proprietário é obrigado a sofrê-la, mesmo contra a sua vontade. Não existe, pois, desapropriação amigável ou por acordo" (31).

Muito embora seja a desapropriação uma das formas pela qual se perde a propriedade, como informa o art. 590, do nosso vigente Código Civil ("Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública"), nem por isso deixa de ser também uma forma de aquisição pelo poder desapropriante.

Resta-nos saber, assim, se a desapropriação, sendo ato de império, ato de soberania estatal, ato unilateral, não se confundindo com a venda forçada nem outro qualquer tipo de alienação, é modo de aquisição originária ou derivada.

Para Lacerda de Almeida (32), dá-se a aquisição originária

(31) Parecer, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 24, pág. 309; item "Direito Civil", Livraria Freitas Bastos S. A., 1956, págs. 429-438.

(32) in "Direito das Cousas", J. Ribeiro dos Santos — Livreiro Editor, 1908, vol. I, págs. 116-117: "Dividem-se os modos de adquirir o domínio em originários e derivados: originários são os que juridicamente têm no proprietário o primeiro titular do direito a que se referem: é este o autor de seu próprio domínio; derivados os que supõem domínio anterior; o proprietário sucede, tem seu autor naquele de quem recebeu o domínio."

quando o domínio encontra no proprietário o seu primeiro titular e derivada, a que teve titular que lhe antecedeu.

Vincula-se, portanto, Lacerda de Almeida, à corrente doutrinária, para a qual a originariedade ou derivatividade de um título de aquisição de um bem estará sempre condicionada à pré-existência ou não de um título de propriedade anterior. A lição de Lacerda de Almeida não corresponde ao conceito mais atualizado de aquisição originária e derivada.

Nem sempre se deve examinar o modo de aquisição pela pré-existência ou não de um titular anterior, mas sim pelo ângulo da constituição do título, como lembra Ruggiero (33).

Se o domínio é recebido da maneira como o adquirente o institui, há aquisição originária: se, pelo contrário, esse domínio vem para o poder do adquirente como se encontrava no poder de seu antecessor, há aquisição derivada.

É controvertida a doutrina ao fixar o modo de aquisição, nos casos de desapropriação.

Para os juristas que vêem no instituto apenas uma alienação, uma venda forçada, a desapropriação é modo de aquisição derivada; para aqueles que o entendem como um ato de imperium, um ato de soberania, é modo de aquisição originária.

(33) in "Instituições de Direito Civil", Edições Saraiva, 1957, vol. I, pág. 255: "Na aquisição devem, no entanto, distinguir-se dois modos nitidamente diversos: o originário e o derivado. É originário quando o direito que se conjuga com o sujeito surge nele diretamente, autonomamente, independentemente de uma relação jurídica com determinada pessoa, sendo indiferente note-se bem, que o direito que assim se adquire existisse já antes nou-trem (ocupação de "res derelicta") ou não (ocupação de "res nullius"), uma vez que o que caracteriza a aquisição originária é o fato de surgir o direito para o seu titular independentemente de uma relação com outra pessoa. É, pelo contrário, derivada, quando o direito nasce de uma relação com outra pessoa, da qual deriva a favor do novo titular, seja porque dela se transmite para este o próprio direito que lhe pertencia (transmissão do domínio de uma res, aquisição de uma herança), seja porque, com fundamento no direito dessa primeira pessoa, se constitui para o adquirente um direito novo, que não existia nela mas do qual é pressuposto indispensável um direito anterior que essa mesma pessoa tinha (constituição de penhor ou de usufruto).

A primeira corrente se filiam, entre outros, Pasquale Carugno (34) Miguel Seabra Fagundes (35) e José Cretella Junior (36).

Admitindo tratar-se de aquisição originária encontramos Pontes de Miranda (37), Serpa Lopes (38), Francisco Campos

- (34) in "L'espropriazione per pubblica Utilità", Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, págs. 25/27: "Mas se è giusto affermare che l'espropriante (quisti potrà essere anche un soggetto privato) acquisti il diritto non per volontà dell'espropriato ma per virtù di un provvedimento dell'autorità (46), da questa premessa non deriva necessariamente che l'acquisto abbia carattere originario... La "forza originaria" che il Mayer riconosce al provvedimento amministrativo (decreto di espropriazione) non esprime in fondo altro concetto che quello della coazione inerente all'attività espropriatrice. Se non che il carattere coattivo del procedimento non è di ostacolo al principio dell'aquisizione derivativa (47), la cui essenza sta invece nella dispendenza del diritto del acquirente da quello del precedente titolare, poco importando che questo rapporto si stabilisca per volontà dell'uomo o anche contro la stessa volontà dell'antico titolare del diritto (48) — Nell'espropriazione per causa di pubblica utilità l'acquisto dell'espropriante à appunto una conseguenza della predita del diritto subita dall'espropriato".
- (35) "opus" e ed. cit., pág. 11: "Há três vias de aquisição para os bens do patrimônio estatal: A) aquisição originária (bens que sempre foram do Estado, ou seja, incorporados ao seu patrimônio desde que ele se constitui) (1); B) Aquisição derivada segundo os Princípios da Legislação Civil (bens adquiridos pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel, por acessão, usucapião, especificação, tradição, etc.) (2); e C) Aquisição Derivada segundo os princípios do direito constitucional e administrativo (bens adquiridos de particulares, mediante processo coativo especial, que se constitui a desapropriação)." in "opus" e ed. cit., pág. 14: "Torna-se, pois, o Estado proprietário mediante procedimento de direito público, operações que o levam à aquisição derivada da propriedade e é sob tal aspecto que o instituto expropriatório se inscreve como um dos meios aquisitivos do direito administrativo."
- (36) in "opus" e ed. cit., pág. 14: "Torna-se, pois, o Estado proprietário mediante procedimento de direito público, operações que o levam à aquisição derivada da propriedade e é sob tal aspecto que o instituto expropriatório se inscreve como um dos meios aquisitivos do direito administrativo."
- (37) "opus" e ed. cit., pág. 61: "Ora, o direito civil não rege, de modo algum, a desapropriação. Desapropriar não é modo de adquirir a propriedade, nem se equipara à venda forçada. Desapropriação é modo de perda da propriedade e tal perda não ocorre em virtude de relação jurídica privatística, de particular para particular, mas por causa do interesse público que se ergue muito acima do interesse privado. Não importa, no caso, que o Código Civil se refira à desapropriação, porque no diploma privatístico inúmeras são as colocações publicistas, os traços básicos de vários institutos jurídicos (pessoas públicas, bens públicos). Nem por isso as pessoas jurídicas públicas e os bens públicos são informados por uma série dupla de princípios. Ao contrário, regem-se pelos princípios informativos do direito público."
- (38) in "Curso de Direito Civil", Livraria Freitas Bastos S. A., 2.ª Ed., 1962, pág. 572: "Diante de tais dispositivos, precipuamente

(39) e Celso Antônio Bandeira de Melo (40), uma das mais expressivas vocações de jurista contemporâneo, de que temos conhecimento.

Michele Rossano prefere seguir uma linha eclética. Entende ele que nos casos de desapropriação é dispensável uma relação pessoal entre expropriado e expropriante. Enfocado o problema por esse ângulo, a desapropriação é aquisição originária. Por outro lado, desde que há uma transferência forçada do bem, do precedente proprietário para o expropriante, mesmo com a extinção de todos os ônus e gravames que pesavam sobre a coisa expropriada, não pode negar a existência de uma aquisição derivada (41).

Filiamo-nos à corrente doutrinária que entende ser a desapropriação um modo de aquisição originário.

Ao efetivar a desapropriação o poder público apanha a coisa isenta de todos e quaisquer ônus e gravames, vinculados ao título anterior. Todos os direitos reais são imediatamente transferidos para a indenização, desvinculando-se do bem expropriado. Inadmitte-se, na desapropriação, reivindicação do bem desapropriado, porque "reivindicação supõe normalmente uma coisa

o art. 3.º, não tem dúvida em considerar a desapropriação como um modo originário de aquisição pelo Estado, e ao mesmo tempo, um modo terminativo do domínio, em relação ao proprietário desapropriado, porquanto é preciso não esquecer a lição de Otto Mayer: a desapropriação é um instituto de direito público cujos efeitos pertencem ao Direito Civil (11)."

- (39) "opus" cit., pág. 312: "A desapropriação é um modo originário de aquisição; o desapropriante não adquire a propriedade como sucessor do desapropriado, mas por direito próprio, ainda que a coisa pertença efetivamente a terceiro, que não tenha sido parte no processo de desapropriação. Não importa que o proprietário aparente seja o proprietário real; ainda assim, intentada a ação contra o proprietário aparente, a propriedade se transmite ao desapropriante por cima da cabeça do proprietário real e a este não é lícito reivindicar a coisa desapropriada".
- (40) in "Apontamentos sobre a Desapropriação no Direito Brasileiro", Revista de Direito Administrativo, vol. III, págs. 511/513. "Além disso, por ser forma originária de aquisição de propriedade, uma vez efetuada a desapropriação, os ônus reais que incidam sobre o imóvel extinguem-se desde logo. O poder público adquire o bem limpo, livre de quaisquer gravames reais que sobre ele pudessem pesar, ressalvadas apenas servidões administrativas porventura predominantes em relação aos do expropriante (União em relação a Estados e Município e Estados em relação a estes últimos).
- (41) in "L'espropriazione per pubblica utilità", Unione Tipografica — Editrice Torinese, 1964, vol. 1.º, págs. 166 — 167; "Alla stregua di tal considerazioni può affermarsi che l'espropriazione per pubblica utilità è acquisto a titolo originario, in quanto prescin-

in commercio e, pois que o uso público exclui o commercium, a reivindicação somente poderá operar os seus efeitos normais, si res non in usu publico... erit, e o reivindicante, nesse caso, terá de satisfazer-se com a estimação dela" (42).

Aliás, a desvinculação do bem expropriado, de todos e quaisquer ônus e gravames que pesavam sobre o título anterior, está expressamente considerada na nossa legislação específica sobre desapropriação (Dec.-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941), quando preceitua, no seu art. 31, que na indeinização paga ao expropriado ficam sub-rogados todos e quaisquer ônus e direitos que devam recair sobre a coisa objeto da desapropriação.

É de se ressaltar, inclusive, que a doutrina tem afirmado que a desapropriação pode se operar até contra o *non dominus*, isto é, contra o proprietário aparente, sendo válidos os atos com ele praticados, mesmo que no curso do processo expropriatório o legítimo venha a aparecer, e, mesmo concluído o processo expropriatório, subsistirá a desapropriação.

Assim, concluímos este trabalho afirmando que:

- a) desapropriação é ato de soberania, *jus imperii*, inerente ao Estado;
- b) que, como tal, é instituto de direito público (constitucional e administrativo);
- c) que sendo ato de soberania, praticado unilateralmente pelo Estado, não equivale a uma venda forçada, a uma alienação;
- d) que, finalmente, é a desapropriação modo de aquisição originário, posto que o novo titular, o poder expropriante, não apanha o bem expropriado com os vícios, ônus e gravames que pesavam sobre o título do expropriado.

de da un rapporto personale tra precedente proprietario ed espropriante, ma é a título derivativo in quanto è un trasferimento coattivo per il quali la proprietà, secondo l'espressione della legge, cioè il diritto, è trasferito all'espropriante, sia pure, per esplicita previsione, con l'estinzione di tutti i diritti e pesi gravanti sulla cosa. Col dare risalto alla mancanza di un rapporto personale di successione, e quindi al carattere originario dell'acquisto, si chiariscono gli effetti dell'espropriazione in quanto fondata su un atto d'imperio della pubblica utilità, e col porre in rilievo che pur mancando un rapporto personale à disciplinato tuttavia il trasferimento del diritti di proprietà come tale, che in tanto si acquista dall'espropriante in quanto è perduto per l'espropriante, si chiarisce la disciplina della decadenza della retricessuibe (artt. 60, 63 legge 25 de giugno 1865, n. 2359): l'una e l'altra invero no avrebbero senso se l'acquisto per l'espropriante fosse in senso assoluto originário".

(42) Ruy Cirne Lima, in "Sistema de Direito Administrativo Brasileiro", Gráfica Editora Santa Maria, 1953, pág. 148.

## ISS — TAXATIVIDADE PARCIAL DA LISTA (\*)

Arthur Carlos A. Pereira Gomes (\*\*)

Matéria assaz discutida nos meios tributários tem sido a da exata compreensão do Decreto-lei federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, e de suas modificações pelo Decreto-lei n.º 834, de 8 de setembro de 1969.

Criou o edito de n.º 406 uma lista de serviços, por alguns havida como absolutamente taxativa. Os que assim entendem consideram tributáveis somente os serviços ali relacionados. Serviços outros, ainda que puros, estariam à ilharga do campo impositivo.

Entretanto, cuidadoso estudo do assunto revela que a lista anexa ao diploma legal é taxativa apenas em parte.

### O TEXTO DO DECRETO-LEI

Ainda em vigor a Constituição de 1967, em seu texto originário, e em ocasião em que o Congresso Nacional, na forma do Ato Complementar n.º 38, de 13 de dezembro de 1968, se encontrava em recesso forçado, o Presidente da República, usando da autorização conferida no § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, da mesma data, baixou o Decreto-lei n.º 406, de 31 do mesmo mês.

O edito, com força de lei complementar, alterou várias normas tributárias nacionais, estabelecendo, entre outras, estas regras (observadas as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 834):

(\*) Tese apresentada ao I Encontro de Procuradores Municipais, realizado de 20 a 27 de janeiro de 1974, na cidade de Recife, PE.

(\*\*) Advogado em São Paulo, Procurador da Prefeitura do município de São Paulo.

"Art. 8.º — O imposto de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço da lista anexa.

§ 1.º — Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2.º — O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias".

A interpretação científica de tais preceitos, à luz dos princípios da hermenêutica, revela o seu exato sentido.

#### REGRAS DE HERMENÊUTICA

O Código Tributário Nacional não reproduziu a norma do artigo 73 do Anteprojeto de 1953, *in verbis*:

"Art. 73 — Na aplicação da legislação tributária são admissíveis quaisquer métodos ou processos de interpretação, observado o disposto neste Título".

A omissão, argutamente observada por ALIOMAR BALEEIRO, explica-se mesmo pelo receio da superfluidade, acrescentando o jurista:

"Não só se podem invocar as regras da Introdução ao Cód. Civil, mas os processos consagrados de Hermenêutica, desde que se não choquem com os dispositivos do C.T.N. ou com os princípios em que se fundamentou" (Direito Tributário Brasileiro, 1.ª ed., pág. 381).

Ora, métodos de interpretação consagrados pela ciência jurídica são o gramatical e o lógico, que se coadunam com o nosso direito, especialmente no caso *sub examine*.

Elucida FERRARA que a interpretação lógica "remonta ao espírito da disposição, inferindo-o dos fatores racionais que a inspiram, da gênese histórica que a prende a leis anteriores, da conexão que a enlaça a outras normas e de todo o sistema. Será, assim, da ponderação desses diversos fatores que se deduzirá o valor da norma jurídica" (Aplicação das leis, trad. de MANOEL A. D. DE ANDRADE, ed. de 1934, págs. 36 a 37).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 109-119, 1974

Dessarte, o pensamento legal há de ser deduzido de elementos racionais, sistemáticos e históricos, convergentes e iluminadores do conteúdo da lei.

Na precedente observação de PEREZ DE AYALA, a doutrina moderna, com ligeiras variantes, apregoa que a interpretação das leis deve estar presidida por um elemento eclético, que requer a utilização destes elementos e instrumentos:

- a) em primeiro lugar, dever-se-á considerar a própria letra da lei, levando-se em conta, porém, que não basta seu puro sentido gramatical, ainda que o texto seja claro;
- b) em segundo lugar, o intérprete terá que se utilizar do elemento lógico, relacionando de maneira abstrata as diversas partes da norma e aplicando os aforismos e regras lógicas de interpretação aceitos pela prática jurídica;
- c) além disso, de especial importância o elemento teleológico constituído pelos fins que o legislador propôs alcançar com o preceito;
- d) naturalmente, o intérprete utilizar-se-á também do elemento histórico, analisando as circunstâncias de lugar e tempo em que a lei foi promulgada e a gênese de sua elaboração (Derecho Tributario, vol. I, ed. de 1968, pág. 109).

A interpretação deve, pois, atender ao espírito, à finalidade, à causa, aos valores jurídico-sociais da Lei" (CARLOS MAXIMILIANO, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 2.ª ed., n.º 401, pág. 341; ALÍPIO SILVEIRA, Hermenêutica no Direito Brasileiro, ed. de 1968, vol. II, pág. 122; COOLEY, A Treatise of the Law of Taxation, 3.ª ed., vol. I, pág. 460).

Inegável que a contínua busca de métodos de interpretação mais flexíveis é a eterna luta pela justiça como suprema aspiração do direito (FONROUGE, Derecho Financeiro, vol. 1, 2.ª ed., pág. 757).

Por isso que até agora jurista algum conseguiu eleger, com razões plenamente justificadas, um método único como o absolutamente correto, repudiando todos os outros (RECASENS SICHES, Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho, ed. de 1956, pág. 170).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 109-119, 1974

## INTELIGÊNCIA DO DECRETO-LEI 406

O Decreto-lei 406 foi baixado com o nítido objetivo de dirimir conflitos de competência tributária entre os Estados e os Municípios.

Os seus sete primeiros artigos cuidam do ICM e os demais versam sobre o ISS, havendo disposições que simultaneamente tratam de ambos os tributos.

Traçou o diploma "normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza", nos expressos termos de sua ementa.

Os vigentes §§ 1.º e 2.º do seu artigo 8.º deixam claro que sobre os serviços constantes da lista incide apenas o ISS, pouco importando envolvam fornecimento de mercadorias, enquanto que o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não previstos na lista está sujeito tão-só ao ICM.

A fim de melhor esclarecer os campos tributários do ISS e do ICM, o atual inciso III do § 3.º do artigo 1.º acrescentou esta incidência do ICM:

**"III — Sobre a saída, de estabelecimento prestador dos serviços a que se refere o artigo 8.º de mercadorias a serem ou que tenham sido utilizadas na prestação de tais serviços, ressalvados os casos de incidência previstos na lista de serviços tributados"**.

Patente, assim, que as regras relativas ao ICM e ao ISS — conteúdo do decreto-lei — vinham aclarar a zona cinzenta existente nos limites de um e de outro campo tributário.

Seguindo linha de simplicidade absoluta, o edito, de maneira taxativa, declarou o que na zona cinzenta passava a pertencer ao ICM ou ao ISS, definitivamente afastando a designada "atividade mista" e as incursões arbitrárias do Estado e do Município, cada qual empenhado na ampliação de sua receita tributária.

Com efeito, a leitura de todo o artigo 8.º (e não simplesmente de seu caput) e ainda a do inciso III do § 3.º do artigo 1.º evidenciam que a lista foi baixada simplesmente para desanuviar a zona cinzenta e não para restringir o campo do ISS, o que constituiria absurdo sem limite. Na verdade, a lista ordenou sem mutilar.

Logo, a taxatividade só alcança a mencionada zona cinzenta, sem retirar do campo do ISS serviços puros, serviços que não constituem fato gerador de imposto federal ou estadual, como, *exempli gratia*, os da manequim, do maquetista, do incorporador de imóveis e numerosíssimos outros.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 109-119, 1974

O eminente jurista ALIOMAR BALEEIRO, na primeira edição de seu "Direito Tributário Brasileiro", de maneira incisiva afirmou que o Decreto-lei 406 reservara aos Estados os serviços não previstos na lista, quando envolvam fornecimento de mercadorias. "Mas só esses. Não aqueles outros que, embora não previstos na lista, não estão consociados com o emprego de materiais" (pág. 265).

Nas edições posteriores (2.ª, 3.ª e 4.ª), o insigne Ministro do Supremo Tribunal Federal assim se expressou:

"Na opinião geral, a lista a que se referem o art. 24, II, da C. F. e o art. 8.º do Dec.-lei n.º 834/69 (houve equívoco: o certo é o art. 8.º do Dec.-lei 406/68, com as modificações feitas pelo Dec.-lei 834/69), é taxativa; tributáveis serão só os serviços nela mencionados, embora cada item dessa lista comporte interpretação ampla e analógica" (pág. 264).

Cauteloso, o julgador não avançou sua opinião, por evidente descuido manifestada na primeira edição, preferindo dizer que os outros dizem...

Nenhum fundamento jurídico, porém, foi aduzido, nenhuma razão de direito foi invocada em abono da "opinião geral".

Aliás, os autores que entendem a lista absolutamente taxativa se limitam a uma afirmação singela, desacompanhada de qualquer supedâneo.

Ora, as leis claras, aparentemente claras, oferecem esse perigo: o de serem entendidas no seu sentido imediato, que apressadamente transluz dos seus dizeres, sem espelhar com fidelidade e inteireza a verdade legal.

Examinando-se em maior profundidade o Decreto-lei 406, o qual, como parte integrante de um todo, não tem existência isolada, de mister a análise, ainda que sucinta, do sistema tributário nacional, com os elementos que o informam.

## A REFORMA TRIBUTÁRIA

Até o advento da Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de dezembro de 1965, vivíamos em anarquia tributária, caracterizada pela multiplicidade de sistemas tributários, cada qual com características próprios e diferentes dos outros, marcados todos por algo de comum, que os aproximava — o inadequado tratamento das figuras tributárias, com a criação de impostos e taxas que simplesmente objetivavam ampliar a arrecadação governamental.

Nas acertadas observações do relatório apresentado pela Comissão elaboradora do anteprojeto de reforma constitucional que, a final, redundou na mencionada Emenda n.º 18, prolifera-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 109-119, 1974

vam, até antes da reforma, figuras tributárias concebidas em termos puramente jurídico-formais, o que acarretava "superposições de tributos, do mesmo ou de outro Poder, economicamente idênticos e disfarçados apenas pela roupagem jurídica de que o legislador os reveste". (Reforma da Discriminação Constitucional de Rendas, Fund. Get. Vargas, n.º 6, pág. 5)

Inconteste que os tributos, com esta ou aquela vestimenta, eram em número superior aos fatores econômicos aptos a suportar a tributação, o que dificultava o desenvolvimento econômico do País.

Partindo de critérios eminentemente científicos e levando em consideração as peculiaridades de nossa economia e da ordem jurídica, a mencionada Comissão concebeu (e a Emenda n.º 18 tornou realidade) um sistema tributário nacional, integrado no plano econômico e no jurídico.

Atenção especial foi dada às normas destinadas a impedirem "a formação de pontos de atrito entre os diferentes níveis de governo, ou a remover os que ocorrem" (ob. cit., pág. 7). Exatamente porque se tratava dum sistema tributário, de um único e nacional sistema.

Primeiro marco para a identificação do campo tributário foi o reconhecimento das categorias dominadoras de nossa economia: comércio exterior; patrimônio e renda; produção e circulação; e operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do País.

A seguir, em cada qual desses campos foram designadas as situações econômicas passíveis de tributação, para só após fazer-se a partilha constitucional das rendas.

#### OS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DA TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS

No concernente à produção e circulação, identificaram-se como suscetíveis de imposição fiscal estes serviços, observada a ordem estabelecida na Emenda n.º 18: a produção industrial; a circulação de mercadorias realizada por comerciantes, industriais e produtores; o crédito, câmbio e seguro, e ainda os valores mobiliários; os transportes e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal; os serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados,

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 109-119, 1974

observados os critérios para distinguí-los de todos os outros, estabelecidos em lei complementar. Relativamente a estes últimos a emenda constitucional assim dispõe:

"Art. 15 — Compete aos Municípios o imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados.  
Parágrafo único — Lei complementar estabelecerá critérios para distinguir as atividades a que se refere este artigo das previstas no artigo 12" (circulação de mercadorias).

Absolutamente claro, pois, que o imposto sobre os últimos serviços, últimos e de qualquer natureza, atingia um campo residual amplo: todos os serviços não compreendidos na competência fiscal da União e dos Estados.

Insistem alguns, entretanto, na afirmação de que o referido campo não é residual. Mas, como transparece nítido, sem antes se deterem no exame do texto constitucional e dos contornos por ele dados ao sistema tributário nacional.

Inadmissível o jurista olvidar a ordem tributária, os seus princípios informadores, a vinculação estreita entre todos os impostos, que são peças da mesma engrenagem, para, sob as primeiras impressões, na tentativa de identificação de suposta mens legislatoris, vislumbrar o imposto municipal como algo absolutamente autônomo, sem liame com os outros tributos que também cneram serviços, no sistema designados como produção industrial, comércio, operação financeira etc.

De mister conhecer o sistema, a sua organização, os liames entre todas as figuras tributárias, não bastando simples e apresada leitura deste ou daquele dispositivo constitucional.

O labor científico, visando à inteligência da lei, identificará com nitidez as peculiaridades do sistema tributário nacional.

A interpretação do texto constitucional há de ser feita com o auxílio do elemento histórico.

Tal é a advertência de MAXIMILIANO:

"A história da Constituição e a de cada um dos seus dispositivos contribuem para interpretar o texto respectivo. Estudem-se as origens do código fundamental, as fontes de cada artigo, as causas da inserção das diversas providências na lei, os fins que se tiverem em mira ao criar determinado instituto, ou vedar certos atos" (ob. cit., n.º 371, pág. 318).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 109-119, 1974

Aplicar-se-á, também, consoante aduz o jurista, o processo sistemático de hermenêutica, como ainda o teleológico, que é preponderante (ob. cit., n.º 378, pág. 323).

Donde revestir-se de capital importância para o exame da matéria constitucional, no que tange à Emenda n.º 18, muito em especial ao parágrafo único do seu artigo 15, a seguinte observação textual do segundo relatório da Comissão de Reforma:

“Cumpre apenas esclarecer que o parágrafo único é uma disposição acautelatória que tem por fim afastar os problemas que certamente surgiriam em todos os casos em que a prestação do serviço é combinada com um fornecimento de materiais, o qual, configurando venda, incidirá no imposto estadual de que trata o art. 13 do texto revisto” (Reforma Tributária Nacional, n.º 17, Fund. Get. Vargas, pág. 96).

A emenda, como se vê, identificou uma só zona cinzenta (ISS-ICM) e desde logo deu-lhe remédio adequado: lei complementar disciplinará a zona cinzenta, evitando conflitos de competência.

A legislação a seguir editada (Lei n.º 5.172, de 1966, e Atos Complementares) cuidou disso, disciplinando mesmo a então denominada “atividade mista” (v. § 2.º do art. 71 do Cód. Trib. Nacional) e identificando os serviços tributáveis, isto é, alguns serviços impróprios, outros serviços acompanhados do fornecimento de mercadorias e “demais formas de fornecimento de trabalho, com ou sem utilização de máquinas, ferramentas e veículos”, vale dizer, todos os outros serviços propriamente ditos, serviços puros, sem nenhuma conotação com os serviços tributados pela União e Estados (v. § 1.º do art. 71 do Cód. Trib. Nacional, com a redação que lhe foi dada pelos Atos Complementares ns. 34, 35 e 36).

A verdade, porém, é que na aplicação da legislação tributária se verificou que o ISS tinha zonas cinzentas com todos os impostos sobre a produção e a circulação.

Por isso, a Constituição de 1967, servindo-se o constituinte de técnica redacional diversa e consciente que estava ele da vastidão do campo dos serviços tributados pelo Município (motivo determinante das zonas cinzentas com todos os outros serviços tributados pela União e Estados), mais adequadamente dispôs:

“Art. 25 — Compete aos Municípios decretar impostos sobre:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 109-119, 1974

II — serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, **definidos em lei complementar**”.

O texto, que não foi modificado pela Emenda n.º 1 (v. art. 24, II), manteve o mesmo objetivo da Emenda n.º 18: delegar à lei complementar a definição dos serviços que se encontrem em zonas cinzentas, de maneira a evitar conflitos de competência. Mas, com a adaptação da norma constitucional à realidade verificada durante os primeiros tempos de aplicação do novo sistema tributário, a lei complementar terá que dispor sobre todas as zonas cinzentas, isto é, as existentes entre o ISS-IPÍ, ISS-IOF, ISS-ICM e ISS-ITC.

Vigente esse sistema tributário, interligado o ISS, como se viu, entre outros, com o IPÍ, IOF, ICM, ITC e até mesmo com o IR, e guardando os preceitos constitucionais entre si uma conexão absoluta, uma articulação orgânica, formando por isso mesmo uma ordem e não um conjunto desordenado de regras simples justapostas, sem nenhum elo de união e coordenação, baixou o Governo federal o Decreto-lei n.º 406.

O edito, como se vê de sua ementa e do texto de todo o seu artigo 8.º, bem como do inciso III do § 3.º do artigo 1.º, teve por objetivo eliminar os conflitos de competência que estavam surgindo entre Estados e Municípios. Foi por isso que fez constar numa lista os serviços que se encontravam na zona cinzenta do ISS-ICM. E na lista incluiu ainda serviços que estavam nas zonas cinzentas do ISS-IPÍ e do ISS-IOF, como também outros serviços puros. Omitiu, entretanto, as “demais formas de fornecimento de trabalho, com ou sem utilização de máquinas, ferramentas e veículos”. A omissão, como é notório, não retirou do campo tributário os serviços puros, que continuam a ser tributados pelo Município, estejam ou não na lista federal.

Aliás, a atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressaltadas as limitações constitucionais e as emanadas das Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, como ainda as decorrentes do Cód. Trib. Nacional (art. 6.º do Código).

Cingindo-se a limitação da parte final do item II do artigo 24 da Emenda n.º 1 (ou item II do artigo 25 da Constituição de 1967, em seu texto originário) tão-só às zonas cinzentas dos serviços em geral, fora de dúvida que o Município, e só o Município, pode identificar os serviços puros sujeitos à tributação.

Vigente a ordem jurídica atual, a diminuição do campo tributário do ISS, por lei hierarquicamente superior, de maneira a deixar *in albis* numerosíssimos serviços, economicamente muito mais fortes do que, *exempli gratia*, os serviços dos tintureiros.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 109-119, 1974

desmoronaria o sistema tributário e criaria odiosos e inexplicáveis privilégios. Contrariaria mesmo a ordem tributária, os seus contornos constitucionais e os princípios fundamentais dos impostos.

### PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS IMPOSTOS

A reforma tributária, com a estrutura constitucional que lhe foi dada, atenta a legislação reguladora de todo o sistema, tem os seus alicerces nos princípios fundamentais dos impostos assinalados por ADAM SMITH: justiça, certeza, comodidade e economia.

Em conformidade com o princípio da justiça, todos devem contribuir para a sustentação econômica do governo, proporcionalmente às suas capacidades. Esse princípio desenvolve-se através de dois outros, que nele se contém: o da generalidade e o da uniformidade.

O princípio da generalidade indica, na lição de FLORES ZAVALLA (Elementos de Finanzas Publicas Mexicanas, ed. de 1970, pág. 130), que todos devem pagar impostos, ou, em termos negativos, que ninguém deve estar isento da obrigação de pagar impostos. Tal obrigação, entretanto, não deve ser entendida em termos absolutos, limitada que está pelo conceito de capacidade contributiva, segundo o qual todos quantos tenham alguma capacidade contributiva são obrigados a pagar impostos. Ninguém que tenha capacidade contributiva deve estar isento da obrigação de pagá-los.

Tampouco deve entender-se esta regra no sentido de que todos devem pagar todos os impostos, pois haverá impostos que devem ser pagos por certas pessoas e outros que devem estar a cargo de outras pessoas. O que se deve procurar é que o sistema de impostos atinja a todos, de tal forma que ninguém com capacidade contributiva deixe de pagar algum imposto.

O princípio da uniformidade, por sua vez, mostra que todos são iguais perante os impostos. Essa igualdade é alcançada através de dois critérios: um, objetivo, a capacidade contributiva; outro, subjetivo, a igualdade de sacrifício, que se completa com o princípio do menor sacrifício, preconizado por STUART MILL — cada membro do Estado deve contribuir para os gastos públicos, com o menor sacrifício possível, ou seja, o Estado só deve exigir aquilo que é indispensável para cobrir suas despesas, com o objetivo de o sacrifício de cada um ser o menor.

Exatamente em virtude desses princípios informativos, o sistema tributário nacional eliminou as superposições tributárias, as incidências em cascata e uma série de outras distorções, am-

pliando o número de contribuintes. Democratizou os impostos; hoje todos participam da contribuição tributária, o que permite que todos paguem menos. Dá-se o País ao "luxo" de permitir a participação de todos na construção do novo Brasil, através dos denominados incentivos fiscais, graças ao aumento da arrecadação tributária. Tais os resultados da revolução tributária e de sua exata condução.

Como é natural, dentro desse clima constitucional e legal não iria o Governo da União limitar o número de contribuintes do ISS, com o que se afastaria até mesmo da boa razão.

Não há, nem pode haver, justificativa de ordem econômico-financeira para a limitação dos serviços, exatamente numa época em que o Brasil explode em progresso, com a criação de novos e numerosos serviços, até há pouco absolutamente ignorados, desconhecidos, por efeito da estagnação em que vivia o País.

Discriminações tributárias — na advertência de SOUTO MAIOR BORGES — que impliquem tratamento privilegiado ou favorecimento de determinadas pessoas não são toleradas pelo ordenamento constitucional brasileiro (Isenções Tributárias, 1.<sup>a</sup> ed., pág. 51).

### EM CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, podemos afirmar que a lista federal é taxativa tão-somente na parte relativa à prestação de serviços consociada com o fornecimento de mercadorias.

Estamos convictos de que o Governo da República, em defesa dos contornos constitucionais do sistema tributário nacional, especialmente do ISS, e em exata aplicação do princípio da certeza tributária, há de rever o texto do Decreto-lei n.º 406, de forma a deixar absolutamente claro para o contribuinte que todos os serviços puros são tributáveis pelo Município. Por certo que a revisão do texto legal ainda aprimorará a disciplina das zonas cinzentas, até mesmo na parte concernente aos transportes e comunicações "de natureza estritamente municipal", de modo a extremá-los, criteriosamente e em conformidade com a ordem tributária, dos serviços e comunicações "de natureza federal".

## DESAPROPRIAÇÃO PARA URBANIZAÇÃO

Hely Lopes Meirelles (\*)

- I. Considerações gerais sobre o tema.  
— II. O conceito moderno de urbanismo  
— III. A competência em matéria urbanística — IV. O planejamento urbanístico — V. A desapropriação para urbanização — VI. A lei e a jurisprudência pátrias.

### I. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TEMA

O crescimento da cidade através de bairros novos, e o natural envelhecimento das zonas mais antigas, geram para a administração municipal o problema da urbanização e reurbanização, a fim de manter o conjunto urbano em condições satisfatórias de habitação, trabalho, circulação e recreação de seus habitantes.

Esse problema se agrava quando a cidade já cresceu desordenadamente, promiscuando-se o uso do solo em bairros mistos de residência, indústria, comércio e outras utilizações de difícil ou mesmo incompatível coexistência. Surge daí a necessidade do **zoneamento** ou do **rezoneamento**, para dar a cada bairro a sua adequada destinação, ou ainda, a de criar, fora da cidade, os **distritos industriais**.

Outros fatores podem sobrevir, tumultuando a vida rotineira da cidade ou do bairro, com um acréscimo repentino de população, como é o caso das **estâncias** que nas épocas de "estações" suportam uma avalanche incomensurável de turistas, muitas vezes superior ao número de seus habitantes.

---

(\*) Advogado e Professor de Direito em São Paulo.

Modernamente, a implantação de novos meios de transporte, como os **trens de subúrbio**, os **ônibus intermunicipais** e o **metrô**, impuseram a construção de **estações intermediárias** e **terminais** em certos bairros, os quais não estavam preparados para essa nova destinação urbana de estuário de uma população flutuante que em determinadas horas inunda as suas praças e ruas, como uma preamar humana, desordenando totalmente o cotidiano de seus habitantes.

Cada uma dessas situações exige um tratamento urbanístico específico que varia desde as **medidas extrafiscais** e **limitações de uso** impostas aos particulares até a **urbanização** de áreas nuas e a **reurbanização** da cidade ou do bairro, a cargo do Poder Público, visando adequá-los à sua nova destinação. Essa **reurbanização** exige demolições, alargamentos e retificações de vias públicas, ampliações de condutos, remanejamentos de espaços livres e áreas verdes, construções de edifícios para os serviços públicos e mesmo para utilizações particulares (habitação, comércio, escritórios, etc.), enfim, toda uma **cirurgia urbana**, tendente a dar à cidade a sua plena funcionalidade.

Tal cirurgia é precedida de um **plano urbanístico** que se executa, fundamentalmente, através de **desapropriação**.

Já o dissemos e nos permitimos repetir que: "O complexo urbano, tomado nos seus três elementos constitutivos — **território, população** e **equipamento** — exige as mais diversas realizações humanas, para estabelecer-se uma perfeita correlação de equipamentos e serviços entre as necessidades coletivas e os meios adequados a satisfazê-las com regularidade, generalidade, continuidade e presteza. Daí a exigência dessa infinidade de obras públicas e empreendimentos técnicos que compõem a cidade, como equipamentos indispensáveis à sua habitabilidade e funcionalidade" (cf. nosso **Direito Municipal Brasileiro**, 2.<sup>a</sup> ed., 1964, vol. I, pág. 128).

## II. O CONCEITO MODERNO DE URBANISMO

O conceito de urbanismo e a sua terminologia, ainda não estão definitivamente consolidados na técnica e no direito, a começar pelo próprio vocábulo "urbanismo", que é acusado de impróprio, por conter a idéia limitativa de sua área de atuação, aludindo unicamente à cidade (*urbe*), quando, na realidade, abrange a ordenação físico-social da cidade e do campo, no que concerne à sua adaptação à vida humana (cf. GASTON BARDET, *Le*

*Nouvel Urbanisme*, Paris, 1948, págs. 5 e segs.; e, também, in *Mission de l'Urbanisme*, Paris, 1950, pág. 39; PIERRE LAVENDAN, *Histoire de l'Urbanisme*, Paris, 1952, IV/7; PATRICK GEDDES, *Cities in Evolution*, Londres, 1949, págs. 19 e segs.; LUIZ DE ANHAIA MELLO, *O Urbanismo... esse desconhecido*, São Paulo, 1952, *passim*). Assim, também, os termos **urbanização** e **reurbanização** são identificados e sinonimizados com **renovação urbana**, com **remembramento** e demais atividades de **criação, ordenação ou melhoramento de núcleo urbano** (cf. HENRIQUE SERRANO GUIRADO, *La Administración Local y los Problemas de la Renovación Urbana*, Madrid, 1961, págs. 31 e segs.).

Toda essa atividade criadora de núcleos urbanos novos ou reordenadora de cidades ou bairros envelhecidos ou desajustados de suas novas destinações são objeto dos planos de **urbanização, de reurbanização, de remembramento, de renovação urbana**, que, em última análise, traduzem a mesma idéia de **melhoramento urbanístico**, apenas com palavras diferentes, como ocorre com o intraduzível "aménagement de l'espace" dos franceses, ou com o "piano particolareggiati" e o "rinnoviamento edilizio" dos italianos.

Vê-se, portanto, que no moderno urbanismo, os verbos "urbanizar", "reurbanizar", "remembrar" e "renovar" são empregados com o mesmo significado de "promover o desenvolvimento urbano" ou de "melhorar as condições urbanas" e até o de "implantar um núcleo urbano", em execução de um plano urbanístico global ou setorial, legalmente aprovado pela Administração competente. Tais expressões têm sido usadas indiferentemente, sem maior rigor técnico, pelos nossos legisladores, urbanistas, arquitetos, engenheiros e administradores, sempre para expressar o ato ou ação tanto de criar um novo núcleo urbano, como o de reordenar, beneficiar e modernizar os já existentes.

Mas, é inegável que o moderno urbanismo tanto abrange a cidade como o campo, no que ambos os ambientes concorrem para o bem-estar da coletividade e o conforto individual do homem. Daí a substituição dos antigos **planos diretores de cidade** pelo **Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado** (PDDI) do Município, considerando em conjunto os aspectos físicos, econômicos, sociais e administrativos de toda a área planejada (urbana e rural). Entretanto, nada impede — e tudo aconselha — que a cidade receba tratamento urbanístico especial, por ser a área de maior concentração populacional e, conseqüentemente, de maiores problemas para seus habitantes, tais como os de trans-

porte, abastecimento, circulação, recreação e habitação. Assim, o plano da cidade será parte do plano geral do Município, como este se-lo-á do plano regional do Estado e o deste integrará o plano urbanístico nacional. Esta é a integração desejável, como se demonstrará a seguir, para a planificação urbanística do nosso País.

### III. A COMPETÊNCIA EM MATÉRIA URBANÍSTICA

Em matéria urbanística, compete à União elaborar o **Plano Nacional de Urbanismo** e editar as **normas gerais** de sua atuação; cabe aos Estados organizar o **Plano Estadual de Urbanismo** e estabelecer as **normas regionais** para sua implantação; e, finalmente, compete aos Municípios elaborar a **planificação urbanística local** e impor as **normas edilícias** para a ordenação da cidade, especialmente para a **edificação urbana** (cf. nosso estudo **Limitações Urbanísticas ao Uso da Propriedade**, in *Rev. dos Tribs.*, 281/7 e, também, nossos livros **Direito Municipal Brasileiro**, São Paulo, ed. 1964, vol. I, págs. 311 e segs. e **Direito de Construir**, São Paulo, 1965, págs. 103 e segs.). Lamentavelmente a Constituição da República e as Constituições estaduais são parcas em tema de urbanismo, limitando-se aquela a indicar genericamente a competência da União para “planejar e promover o desenvolvimento” (art. 8.º, V) e estas aludindo mui superficialmente ao dever do Estado de promover o desenvolvimento econômico e social de seu território. Somente as Leis Orgânicas dos Municípios é que costumam tratar mais amplamente do assunto, impondo às Municipalidades a obrigação de elaborar o Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado (PDDI) e editar as normas de edificação, de loteamento, de arruamento e de zoneamento urbano, bem como a de impor as limitações urbanísticas convenientes à ordenação de seu território, a exemplo do que estabeleceu, pioneiramente, o Decreto-lei paulista n.º 9, de 31 de dezembro de 1969 (art. 3.º, VIII e IX e art. 54), de que fomos relator de seu projeto.

A propósito, já escrevemos em outra oportunidade que os assuntos urbanísticos são da competência concorrente federal, estadual e municipal, porque a planificação físico-social do solo, a ordenação das áreas urbanas e urbanizáveis e o policiamento administrativo das construções interessam a todas as esferas estatais, em maior ou menor intensidade, conforme a matéria a prover. Dessa coexistência de interesses nacionais, regionais e locais, resultam competências sucessivas da União, do Estado-membro e do Município, para estabelecer e impor limitações urbanísti-

cas ao uso da propriedade particular e, até mesmo, para retirar certas áreas do domínio individual, através de desapropriação, para urbanização ou reurbanização de interesse da comunidade (cf. nosso **Direito Municipal Brasileiro**, São Paulo, 1964, págs. 311 e segs.).

Mais recentemente reafirmamos em parecer acolhido pelo Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (apelação 163.395) que: “Não se nega ao Município o direito de estabelecer e executar planos de urbanização. A competência municipal nesse setor é ampla e decorre do preceito constitucional que lhe assegura autonomia político-administrativa em tudo que concerne ao seu peculiar interesse (Const. Rep., art. 15). Visando o urbanismo, precipuamente, à ordenação espacial da cidade e à regulamentação das atividades que entendem com as quatro funções sociais do homem — habitação, trabalho, recreação, circulação — é óbvio que cabe ao Município editar normas de atuação urbanística para o seu território e prover concretamente os assuntos que se relacionam com a sua administração e com os serviços públicos ou de interesse coletivo, dos quais depende o bem-estar da comunidade local” (in *Rev. de Dir. Adm.*, 106/441).

As atribuições municipais no campo urbanístico desdobram-se em dois ramos distintos: o da **regulamentação edilícia** que disciplina as atividades e as edificações urbanas dos particulares, comumente através do **Código de Obras** e **normas complementares**, e o da **ordenação física e social da cidade**, através das **leis de zoneamento** e dos **planos de urbanização e reurbanização**, que se implantam mediante **imposições extrafiscais**, **servidões administrativas**, **limitações de uso** e **desapropriações**, para dar-se à área planificada o beneficiamento urbanístico requerido pela sua nova destinação e compatível com os objetivos do plano (cf. nosso **Direito Municipal Brasileiro**, São Paulo, 1964, vol. I, págs. 115 e segs.; e, no mesmo sentido: LOUIS JACQUIGNON, *le Droit de l'Urbanisme*, Paris, 1965, págs. 17 e segs.; JEAN-MARIE-RIVALLAND, *Les Charges d'Urbanisme*, Paris, 1969, págs. 27 e segs. e 226 e segs.; ENRIQUE JARDI, *El Planeamiento Urbanístico*, Barcelona, ed. 1966, págs. 39 e segs.; MARIO PACELLI, *La Pianificazione Urbanistica*, Milano, 1966, págs. 117 e segs.; VIRGILIO TESTA, *Legislazione Urbanistica*, Milano, 1956, págs. 81 e segs.; FEDERICO SPANTIGATI, *Diritto Urbanistico*, Milano, 1969, págs. 293 e segs.; MIGUEL ANGEL BERCAITZ, *Problemas Jurídicos del Urbanismo*, Buenos Aires, 1972, págs. 17 e segs.).

### IV. O PLANEJAMENTO URBANÍSTICO

O **planejamento urbanístico**, como já acentuamos, conquanto possa e deva estender-se às áreas urbana e rural, incide, normal-

é preferentemente, sobre a cidade e os núcleos urbanos em formação, e compreende-se que assim seja porque nesses locais é que se concentra a população e surgem os maiores problemas a cargo do Município. Acertadamente, a cidade continua a merecer maior policiamento administrativo e mais rigorosa regulamentação urbanística, dada a concentração populacional, o adensamento de edificações e a intensidade do trânsito que afetam profundamente o bem-estar da comunidade. Essa realidade já foi sentida e proclamada magistralmente por ALCIDES GRECA, nestes termos: "Si las limitaciones a la propiedad se aplican en todo el territorio del país, en virtud de exigencias sociales, económicas, sanitarias e técnicas, con mayor motivo deben intensificarse en las ciudades, donde los problemas se presentan cada vez más apremiantes, dada la estrecha convivencia de una numerosa población"; e ajunta a seguir: "teniendo el Municipio facultades policiales podrá ejercerlas también por medio de regulaciones en todas aquellas materias y actividades que le son inherentes por razones de estética, de seguridad, de salud pública de tránsito, de servicios públicos, de moralidad, de carácter social y económico, cultural e histórico" (cf. Régimen Legal de la Construcción, Buenos Aires, 1956, pág. 40).

Em nossos dias, múltiplos fatores vêm prejudicando o conforto e bem-estar das populações urbanas, principalmente nas grandes e velhas cidades surpreendidas pelo seu próprio crescimento, que lhes retira a primitiva tranqüilidade, que faz escassear o abastecimento, que dificulta o transporte, que cria a poluição ambiental, tornando-as desumanas e quase inabitáveis. Tudo isso ocorre por falta de planificação inicial, o que enseja o desenvolvimento desordenado da urbe, sem que os serviços públicos acompanhem as necessidades crescentes da população, disseminada em bairros mistos de residência, indústria e comércio.

Tal situação só pode ser corrigida ou atenuada mediante planos de urbanização ou de reurbanização que estabeleçam o adequado zoneamento da cidade, disponham sobre a ocupação do solo urbano e urbanizável (loteamentos urbanos ou para fins urbanos em zona rural), instituem adequadamente as áreas industriais, estructurem convenientemente os meios de transporte coletivo e as vias de circulação, e adotem as demais medidas urbanísticas recomendadas tecnicamente para cada caso. Essa verdadeira "operação plástica" da cidade deve ser precedida de plano global ou setorial, a ser implantado a curto, médio ou longo prazo, através de obras públicas a cargo da própria Administração ou da atuação dos particulares em obediência às servidões e limi-

tações urbanísticas que forem impostas às suas propriedades, secundadas, ainda, por incentivos ou agravamentos fiscais, respectivamente, para os usos conformes e desconformes.

Todos esses são instrumentos de atuação urbanística, utilizáveis conjunta ou separadamente pela Municipalidade para a implantação de seus planos de urbanização ou reurbanização da cidade, mas nenhum deles impede, dispensa ou substitui a desapropriação, quando se torna necessária a retirada da propriedade particular, para nela a Administração realizar as obras e serviços públicos, planejados em benefício da comunidade urbana. Essa desapropriação para fins urbanísticos, embora já prevista em nossa legislação (art. 5.º, letra "i", do Dec.-lei 3.365/41), ainda não mereceu a necessária conceituação doutrinária e só agora vem sendo admitida pelos nossos Tribunais, na maioria dos casos confundida indevidamente com a desapropriação por zona (art. 4.º, do Dec.-lei 3.365/41), como demonstraremos a seguir.

## V. A DESAPROPRIAÇÃO PARA URBANIZAÇÃO

Desapropriação para urbanização é toda aquela que se decreta por necessidade ou utilidade pública, mas visando à formação de um novo núcleo urbano ou a reurbanização de uma cidade ou de um bairro envelhecido ou inadequado para sua nova destinação. A formação de um novo núcleo urbano é a mais típica das modalidades de urbanização, através de loteamento, mas não é a única, pois outras existem como, por exemplo, a renovação de uma cidade ou de um bairro envelhecido, ou mesmo de uma rua tornada imprópria para atender à sua nova destinação urbana, em face do progresso da comunidade. Esta operação se denomina reurbanização, renovação urbana ou remembramento e, normalmente, exige desapropriação de terrenos e construções particulares para que o Poder Público possa realizar os melhoramentos urbanísticos planejados, devolvendo, após, ao uso comum do povo, as áreas de domínio público, permanecendo com a Administração os estabelecimentos de uso especial e vendendo-se aos particulares os terrenos e construções excedentes e sem destinação pública.

Tais desapropriações são hoje de prática corrente nas nações civilizadas, como instrumento de implantação dos planos e programas urbanísticos de reordenação das cidades antigas, ou mesmo, de preordenação dos bairros novos e das áreas industriais, ou de adaptação dos núcleos envelhecidos, para atender às novas exigências comunitárias. Com essa finalidade, a desapropriação para urbanização consta da legislação da França (Code de l'Urbanisme et de l'Habitation, de 1958, art. 150), da Itália (Legge Ur-

banistica Nazionale, de 1942, arts. 18 e 19), da Inglaterra (*Town and Country Planning Act*, de 1947, cap. II), da Bélgica (*Loi Concernant l'Urbanization*, de 1954, art. 37), da Espanha (*Ley del Solo y Ordenamiento Urbano*, de 1957, arts. 52 a 56 e 121 a 123), assim como nos demais países que têm normas urbanísticas legisladas.

Nessas desapropriações se compreende a faculdade de venda das áreas e edificações excedentes e sem utilidade para a Administração, após a realização dos melhoramentos urbanísticos na área expropriada. A venda dos excedentes a particulares, em tal hipótese, não descaracteriza a utilidade pública que motivou a desapropriação, porque essa utilidade pública se consubstancia exatamente na urbanização ou reurbanização programada e realizada. Essa venda, ainda que acrescida das despesas de urbanização ou reurbanização, ou mesmo de um percentual de valorização do imóvel, não se erige em exploração imobiliária, nem desvirtua a desapropriação, visto que a utilidade pública ensejadora do ato expropriatório persiste nos melhoramentos públicos realizados e destinados à comunidade. O ato de venda dos excedentes é secundário e subsequente às realizações urbanísticas, e visa a propiciar ao Poder Público a recuperação total ou parcial das despesas de urbanização ou reurbanização, bem como aliviá-lo da manutenção de bens que se tornaram inúteis às finalidades públicas da Administração. Ambos esses objetivos são lícitos e de boa técnica administrativa, pois o Poder Público não deve manter bens desnecessários as suas atividades e onerosos ao seu erário, o que justifica a venda de tais bens e, até mesmo, a sua doação a particulares, para que promovam a sua correta utilização econômica.

O mesmo é de se dizer das áreas desapropriadas para a implantação de distritos industriais, as quais, após a urbanização necessária à sua finalidade, não que ser vendidas ou até mesmo doadas às indústrias interessadas. Sem essa possibilidade de desapropriação, urbanização e subsequente alienação a particulares não há viabilidade da formação dos parques industriais no perímetro indicado pela Prefeitura porque as indústrias que nele pretendam instalar-se nem sempre conseguirão adquirir dos proprietários particulares as áreas convenientes às suas atividades. Só através de desapropriação, tais áreas poderão passar de um particular a outro para a destinação industrial estabelecida em lei, e, para tanto, impõe-se a urbanização da gleba expropriada para atendimento de sua nova finalidade, pois é essa urbanização que legitima a transferência de lotes da área expropriada aos particulares que irão utilizá-los na sua nova destinação urbanística.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 121-135, 1974

Essa prática expropriatória ou, mais adequadamente, esse novo emprego da desapropriação, para fins urbanísticos, com possibilidade de venda a particulares dos excedentes, sobre estar consagrado nas modernas legislações, como já vimos precedentemente, encontrou pleno apoio da doutrina hodierna, que louva os seus propósitos sociais e justifica os seus objetivos. A propósito, são elucidativas estas palavras do Professor RIVALLAND, *doublé* de jurista e urbanista francês: "Désormais le but de l'expropriation, n'est plus de faire entrer l'immeuble dans le domaine de la collectivité agissant, mais plus exactement d'assurer un ordonnancement rationnel de la propriété; le bien exproprié ou préempté doit être, dans la mesure du possible, réaffecté à l'utilisation privée, après action régulatrice donc épisodique des pouvoirs publics. . . . ."

Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'il y a dégénérescence de l'expropriation pour cause d'utilité publique en expropriation pour cause d'utilité privée. Le but de l'opération doit toujours être l'intérêt général qui se dégage de l'enquête préalable, mais il peut coïncider désormais avec un intérêt particulier et se réaliser dans une action purement privée. L'utilité publique demeure, mais ne s'oppose plus à l'utilité individuelle; elle peut donc justifier le transfert d'un bien d'un patrimoine privé à un autre patrimoine privé" (JEAN-MARIE RIVALLAND, *Les Charges d'Urbanisme*, Paris, 1969, pág. 237).

A mesma orientação é seguida na Itália, como nos informa o Professor SPANTIGATI, em recente monografia sobre o direito urbanístico: "L'espropriazione è, nel quadro della disciplina urbanistica, uno strumento applicativo, che serve ad ottenere la utilizzazione prevista del territorio attraverso la sostituzione del titolare del diritto con un nuovo titolare.

L'espropriazione svolge così la sua funzione tipica nell'ordinamento (urbanistico) attuale. L'espropriazione oggi è strumento fondamentalmente rivolto a ottenere determinate utilizzazione positive dei beni, piuttosto che il trasferimento dei beni da un soggetto a un altro.

.....

L'espropriazione è utilizzata strumentalmente nella disciplina urbanistica in una varietà di casi.

Secondo la indicazioni del piano regolatore, il Comune può espropriare le aree inedificate e le costruzioni in contrasto con le prescrizioni di zona o di carattere provvisorio, e successivamente, eseguita la urbanizzazione della zona, cedere nuovamente le aree destinate alla edificazione ai private" (FEDERICO SPANTIGATI, *Diritto Urbanistico*, Milano, 1969, págs. 293/295).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 121-135, 1974

E GONZALES PEREZ, estudando especificamente a desapropriação para fins urbanísticos na Espanha de hoje, assim se pronuncia: "Sin limitación ni condicionamiento alguno, la Administración puede, cuando mejor le parezca, ejecutar los planos de urbanismo con arreglo al sistema de expropiación.

.....

Pero la ejecución de un plan de urbanismo no supone la adquisición indefinidamente de un determinado tipo de bienes por la Administración. Supone, sencillamente, la ejecución de unas obras de urbanización. Y el resultado será la existencia de unas calles, unas plazas, unas zonas verdes y unos solares. Solares que en modo alguno han de permanecer en la propiedad de algún ente público, pues ninguna razón de necesidad ou utilidad pública o interés social lo exige. Por lo que, en definitiva, estos solares, consumada la ejecución del plan, revertirán al tráfico jurídico-privado y serán adquiridos por aquellos que hayan de utilizarlos según las provisiones del plan de ordenación" (J. GONZALES PEREZ, *La Expropiación Forzosa por Razón de Urbanismo*, Madrid, 1965, págs. 16/19).

Essas transcrições bastam para evidenciar a universalidade da utilização da desapropriação como instrumento para execução de planos urbanísticos, bem assim a normal possibilidade de venda dos excedentes expropriados, após a urbanização ou reurbanização planejada. O que se nega ao Poder Público é a legitimidade da venda de áreas expropriadas sem qualquer tratamento urbanístico.

## VI. A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA PATRIAS

A nossa legislação contempla expressamente a **desapropriação para fins urbanísticos**, na letra "i" do artigo 5.º do Decreto-lei federal 3.365, de 21 de junho de 1941, quando considera **caso de utilidade pública a execução de planos de urbanização**.

E a expressão — "execução de planos de urbanização" — abrange todas as modalidades de implementação urbanística, ou seja, a **urbanização inicial**, a **reurbanização** do que estiver mal urbanizado ou envelhecido, o **remembramento** de áreas mal parceladas, para dar-lhes a conveniente destinação e funcionalidade em face das novas exigências da cidade ou do bairro. Esses "planos de urbanização" tanto podem ser globais como setoriais; integrais como específicos; a curto, a médio ou a longo prazo. O essencial é que estejam regularmente aprovados pela Administração competente, que, normalmente, é a Municipal, mas poderá ser a Metropolitana, a Estadual e até mesmo a Federal.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 121-135, 1974

Em tais casos a **utilidade pública** está na **urbanização**, que passa a ser o fundamento legal da desapropriação. Realizada a urbanização planejada, a Administração expropriante poderá vender ou doar as áreas e edificações excedentes, ou mesmo os lotes ou glebas a particulares, consoante a sua específica destinação, como ocorre normalmente nas áreas reservadas para a formação dos denominados distritos ou parques industriais. Essa **urbanização** pode até mesmo ficar a cargo dos próprios particulares, desde que obedeça ao plano oficial que ensejou a desapropriação e se realize como obra ou serviço público, de responsabilidade do poder expropriante.

Nada impede essa venda a particulares. Nenhuma norma constitucional ou legal a proíbe ou condiciona a sua efetivação, mesmo porque seria incivil obrigar o Poder Público a ficar com áreas e edifícios excedentes de suas necessidades administrativas, ou sem destinação pública, geral ou especial. Daí a possibilidade — e até mesmo a conveniência — de venda dessas áreas e edificações a particulares, para que a Administração recupere parcial ou totalmente o valor da indenização e da urbanização realizada em benefício da comunidade.

Não obstante o claro texto da lei (letra "i" do art. 5.º do Decreto-lei 3.365/41), que contempla como **caso de utilidade pública** a desapropriação para "execução de planos de urbanização", e a consequência lógica e inafastável da possibilidade de venda dos excedentes, após a execução do plano, os nossos Tribunais vinham hesitando, tanto no reconhecimento dessa modalidade expropriatória, como na possibilidade de venda a particulares, e, quando a admitiam, o faziam com indevida confusão com a **desapropriação por zona** (art. 4.º).

Raros são, assim, os julgados que reconheceram validade na desapropriação para fins urbanísticos e subsequente venda dos excedentes a particulares e, além disso, não deram os exatos fundamentos de sua legitimidade, como se pode verificar de dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rev. dos Tribs. 286/458 e 334/118) e de um único aresto do Supremo Tribunal Federal, versante sobre a matéria (Rev. Trim. de Jur. 46/550). Tal falha se deve, naturalmente, à omissão da doutrina pátria, que sempre silenciou na apreciação da pouco conhecida **desapropriação para urbanização**, preferindo deter-se e repetir-se na conhecida **desapropriação por zona**.

O debate sobre a matéria se abriu recentemente, quando a Municipalidade de São Paulo atribuiu à Empresa Municipal de Urbanização — EMURB, o encargo de efetivar desapropriações e reurbanizar os bairros de Santana e Jabaquara, permitindo-lhe a venda das áreas e edificações que se tornassem excedentes após

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 121-135, 1974

a reurbanização planejada. Tão logo foi promulgada a lei aprovadora do plano de reurbanização, alguns moradores de Santana impetraram três mandados de segurança perante o E. Tribunal de Justiça, argüindo a medida de inconstitucional e lesiva de seus direitos, notadamente a venda de áreas e edificações excedentes. Nessas impetrações a EMURB, por seu então Presidente, o urbanista ROBERTO CERQUEIRA CESAR e seu competente Assistente Jurídico, o advogado OCTAVIO DE MESQUITA SAMPAIO, sustentaram a legitimidade das providências urbanísticas a serem adotadas, e, em parecer que acompanhou as informações da impetrada, tivemos oportunidade de demonstrar que se tratava de **desapropriação para urbanização**, prevista na letra "i" do art. 5.º do Decreto-lei n.º 3.365/41, assemelhada mas diversificada da **desapropriação por zona**, contemplada no art. 4.º do mesmo diploma legal, pois que ambas admitem a venda dos excedentes, mas em condições e com finalidades diferentes (cf. Publicação da EMURB intitulada *A Reurbanização de Santana e Jabaquara*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, onde se encontram as informações e o parecer referidos).

A tese foi encampada pelo culto Procurador da Justiça, Dr. EURICO DE ANDRADE AZEVEDO e, a final, todos os três mandados de segurança foram denegados pelas 1.ª, 2.ª e 5.ª Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por unanimidade, reafirmaram e consagraram agora a exata distinção entre **desapropriação para urbanização** e **desapropriação por zona**, com possibilidade de venda dos excedentes a particulares. Os magníficos acórdãos não só firmaram uma jurisprudência correta sobre a matéria, como aclararam doutrinariamente a interpretação da letra "i" do artigo 5.º da nossa lei de desapropriações, até então esquecida pelas Administrações e pelos comentadores desse diploma legal.

No primeiro acórdão, da lavra do ilustrado Desembargador KAZUO WATANABE (mand. seg. 220.706 — 2.ª Câmara Civil — julgado em 24/7/1973), ficou acentuado que:

"... não se cuida de desapropriação extensiva ou por zona... e sim de desapropriação para a implantação de um plano de renovação urbana (grifamos).

.....  
As desapropriações a serem feitas, portanto, terão assento legal no artigo 5.º, alínea "i", do Decreto-lei 3.365/41 .....

Permite isto concluir que, diante do nosso sistema constitucional, a autorização da alienação posterior decorre da própria natureza e do objetivo da desapropriação. A revenda constitui mesmo, por vezes, até um imperativo do postulado da função social da propriedade".

No segundo acórdão (mand. seg. 222.643 — 1.ª Câmara Civil — julgado em 11/9/1973), relatado pelo culto Desembargador NEWTON HERMANO, ficou dito que:

"Por outro lado, é nenhuma a incompatibilidade do Decreto-lei n.º 3.365/41, que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública, com as normas constitucionais que lhe são posteriores, embora se cuide de diploma vindo à luz sob a égide do Estado Novo.

.....  
As constituições posteriores também limitaram o direito de propriedade, opondo-lhe a desapropriação por necessidade ou utilidade pública (Constituição de 1946, art. 141, § 16; Constituição de 1967, art. 150, § 22). Elas não se referiram expressamente à definição, em lei ordinária, das hipóteses de utilidade pública, mas, por não haverem disposto casuisticamente, implicitamente deixaram-na a diplomas comuns, como é o Decreto-lei n.º 3.365, de 1941. A circunstância deste ser anterior às citadas Constituições não importa em sua inaplicabilidade, porque não entra em testilhas com o predicamento vigente sobre direito de propriedade ou com qualquer outro que pudesse eliminá-lo do direito positivo, por vício superveniente de inconstitucionalidade.

Disso decorre a plena invocabilidade do art. 4.º da Lei de Desapropriações e a legalidade da efetação de utilidade pública das áreas em destaque, inclusive para revenda das **adjacências** de obras públicas, a serem feitas em execução do plano de urbanização e para funcionamento dos meios de transporte coletivo, como incontestavelmente previsto no art. 5.º, especialmente no item "i".

E linhas adiante remata:

"Quanto à revenda, tão criticada pelos impetrantes, nada tem ela de especulativa, assim como não padece de vício de inconstitucionalidade".

Nesse mesmo acórdão, o douto Desembargador MACEDO BITTENCOURT, acompanhando o Relator fez declaração de voto aditando mais que:

“A verdade, porém, é que, no caso dos autos, não se trata de desapropriação extensiva prevista no art. 4.º do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, mas de desapropriação para execução de plano de urbanização, conforme prevê o art. 5.º, letra “i”, do citado diploma.

.....

Perguntar-se-ia, então, se, fora da hipótese da desapropriação extensiva prevista no art. 4.º do Decreto-lei 3.365/41, seria possível ao Poder Público desapropriar imóveis para revendê-los, após a execução do plano urbanístico?

A Constituição Federal, além de não conter tal proibição, prevê a possibilidade de desapropriação de imóvel rural por interesse social, em que a autorização para revenda está implícita e decorre da própria razão de ser do ato expropriatório.

Do mesmo modo, a possibilidade de revenda está contida na própria finalidade da desapropriação para loteamento com melhor utilização econômica, higiênica ou estética, prevista na letra “i” do art. 5.º do Decreto-lei n.º 3.365/41”.

Finalmente, no terceiro acórdão (mand. seg. 220.707 — 5.ª Câmara Civil — julgado em 21/9/1973), o ilustrado Desembargador SYDNEY SANCHES, sufragando a mesma tese dos anteriores, reafirmou:

Não se trata, na hipótese, de desapropriação de zonas que se valorizaram extraordinariamente em consequência da implantação do metrô. Nesse caso, diga-se de passagem, a lei ordinária expressamente permite a revenda pelo expropriante (art. 4.º do Decreto-lei n.º 3.365, de 21/6/1941).

.....

Todavia, o que interessa aqui é que não se cogita de expropriação por valorização extraordinária de zonas contíguas a obras públicas, mas de expropriação para fins de reurbanização por interesse público, nos termos do art. 5.º, letras “e”, “i” e “j”, da Lei de Desapropriações.

Interesse público que reside, precipuamente, no mais amplo e racional aproveitamento do terminal do metro, em Santana pelo maior número de pessoas.

Interesse público, ademais, que só pode ser aferido por critério político do Poder Executivo. Não, assim, pelo Judiciário, nos expressos termos do art. 9.º da Lei de Desapropriações.

Ora, a revenda aí faz parte do próprio plano, que tornará possível o atendimento do interesse público. E sem ela não será possível cobrir os gastos da execução da obra”.

Com esses três julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que três Câmaras diferentes entenderam, sem discrepância de votos, que é legítima a **desapropriação para fins urbanísticos, com venda a particulares das áreas ou edificações excedentes após a reurbanização**, ficou definitivamente assentada a constitucionalidade do art. 5.º do Decreto-lei 3.365/41 e feita a nítida separação da **expropriação por zona**, que configura hipótese diversa, prevista no art. 4.º do mesmo diploma legal.

Essa jurisprudência abre novas perspectivas para as Municipalidades brasileiras, que se defrontam com o problema da urbanização e reurbanização da cidade e de seus bairros envelhecidos, e com as exigências da implantação de distritos industriais, cuja solução seria impossível sem a viabilidade de desapropriações e venda dos excedentes, ou mesmo de lotes ou construções com destinação específica aos particulares que se enquadrem nos requisitos do plano urbanístico em execução.

## O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (\*)

José Carlos Barbosa Moreira (\*\*)

Trata-se, como foi anunciado, do procedimento ordinário. E é desde logo evidente para todos que seria impossível numa despreziosa palestra tentar esgotá-lo, a não ser que me decidisse a retribuir a generosa acolhida que me está sendo proporcionada com um abuso intolerável contra a paciência dos que me vieram ouvir.

Vou, portanto, limitar-me a tentar traçar-lhes um panorama geral do procedimento ordinário, de acordo com o novo Código, e dar especial relevo, como é natural, a alguns tópicos que me parecem de maior importância, sublinhando principalmente o confronto entre a disciplina adotada pelo novo diploma e aquela constante do Código de 1939, ainda em vigor. Será, portanto, uma visão necessariamente incompleta, mas que procurará, ao menos, chamar a atenção dos senhores para os principais tópicos da matéria.

A primeira observação que me ocorre deriva do próprio enunciado do tema, que reflete a rubrica adotada pelo novo Código. "Do Procedimento Ordinário" é a rubrica do Título VIII do Livro I, dedicado ao processo de conhecimento, Título esse que se desdobra, por sua vez, em oito Capítulos, ao longo de cerca de 200 artigos.

A rubrica "Do Procedimento Ordinário" denota o avanço técnico do novo Código em relação à fórmula adotada pelo ainda em vigor, que fala em Processo Ordinário. Na realidade, as duas

(\*) Texto revisto de palestra proferida em Goiânia, em 17-8-73, a convite da Secção estadual da Ordem dos Advogados do Brasil.

(\*\*) Professor titular (interino) de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. Procurador do Estado da Guanabara.

expressões “processo” e “procedimento”, como se sabe, não correspondem a iguais conceitos. Se por **processo** se designa a série ordenada de atos, através dos quais se realiza a função jurisdicional em relação a uma determinada lide, quando falamos em **procedimento**, temos em vista, já de maneira particular, a forma exterior de que se reveste essa série de atos. Como é natural, tal forma pode variar, e efetivamente varia, de sorte que para um mesmo tipo ou uma mesma espécie de processo podemos ter, e efetivamente temos, diversos procedimentos, isto é, diversos modos pelos quais os atos que compõem o processo se encadeiam e se sucedem.

Na realidade, embora o novo Código declare, no art. 274, que o procedimento ordinário se regerá pelas disposições dos Livros I e II — o Livro I, dedicado ao processo de conhecimento, e o Livro II reservado ao de execução —, a despeito disso a designação “procedimento ordinário”, com a especificação que envolve, só tem verdadeira relevância no campo do processo de conhecimento, a saber no daquele que se destina à emissão de uma sentença ou, segundo fórmula mais extensa, devida a LIEBMAN, daquele que se destina a formulação da regra jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação, trazida à apreciação judicial. Digo que a relevância se restringe ao processo de conhecimento porque, se é verdade que também no processo de execução se podem distinguir vários procedimentos, não é menos certo que a opção por um ou por outro não depende do tipo de procedimento que tenha sido seguido no processo de cognição, e sim, como se sabe, da natureza da condenação proferida. Assim, vamos cingir-nos a estudar o procedimento ordinário naquele campo em que esse conceito assume efetivamente relevância, a saber, no processo de conhecimento, naquele que se desenvolve desde o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação jurisdicional, isto é, a demanda introdutória, até o momento em que essa prestação jurisdicional é concedida através de uma sentença.

Convém, antes de mais nada, delimitar o âmbito de aplicação do procedimento ordinário, já que, quando se fala em procedimento ordinário, necessariamente se está aludindo a uma determinada espécie. Cumpre, por conseqüência, verificar como essa espécie se delimita em relação às outras espécies do mesmo gênero.

O novo Código de Processo Civil contempla, no processo de conhecimento, um procedimento a que chama **comum**. Essa denominação não existia nem existe no direito brasileiro ainda em vigor. Hoje temos procedimento ordinário e procedimentos especiais, ou, como diz o Código atual, processo ordinário e processos especiais. A sistemática do Código de 1973 é diversa: ele distin-

gue, de um lado, um procedimento a que chama **comum** e, de outro lado, vários procedimentos que denomina **especiais** e que se subdividem em procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e procedimentos especiais de “jurisdição voluntária”, todos eles disciplinados no Livro IV.

O procedimento comum, naturalmente, é reservado para todas as causas que não estejam expressamente submetidas a nenhum procedimento especial, quer por força de disposições do próprio Código, quer em virtude de alguma lei extravagante que estabeleça disciplina específica; é o que resulta do art. 271: “Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial”. De modo que o âmbito de aplicação do procedimento comum se delimita por exclusão; e a mesma coisa acontece, dentro do procedimento comum, com a sua subdivisão em procedimento ordinário e procedimento sumaríssimo.

Para chegar-se a delimitar, a demarcar o território próprio do procedimento ordinário, que é o que nos vai interessar hoje aqui, procede-se também por exclusão. Será o ordinário o procedimento aplicável, sempre que a lei não indicar como próprio o procedimento sumaríssimo; isto é, a lei só discrimina as hipóteses em que a causa deve obedecer ao procedimento sumaríssimo; não discrimina aquelas em que se há de observar o procedimento ordinário, o qual constitui — se me permitem imagem talvez vulgar — uma espécie de “posta-restante”.

A ele se chega, portanto, através de duplo processo de exclusão: primeiro, excluem-se os procedimentos especiais, e o que resta é o procedimento comum; depois, dentro do procedimento comum, excluem-se os casos de procedimento sumaríssimo, que ora se definem em razão da matéria, ora em razão do valor. Excluídos esses casos, tudo que remanescer pertencerá ao campo do procedimento ordinário, que constitui ainda a reserva da disciplina subsidiária de todos os outros.

Não só o Código faz recair no procedimento ordinário diversos procedimentos especiais, em determinadas circunstâncias, notadamente quando haja contestação (como é o caso, por exemplo, da ação de depósito, da ação de usucapião e assim por diante), mas também considera as disposições relativas ao procedimento ordinário como subsidiariamente aplicáveis aos procedimentos especiais e ao procedimento sumaríssimo, em tudo aquilo que não esteja especificamente regulado de modo diverso. De modo que, a rigor, o procedimento **verdadeiramente comum** é apenas o ordinário.

Assim delimitado o âmbito de aplicação do procedimento ordinário, cumpre agora, em rápidas pinceladas, retratar-lhe a estrutura.

Quem quer que reflita, por alguns momentos, sobre a finalidade do processo de conhecimento, desde logo compreende, quase intuitivamente, a necessidade de que nele se realizem atividades de várias naturezas. De que é que se trata, afinal? Trata-se, como diria LIEBMAN, de formular a regra jurídica concreta que deve ser aplicada a uma determinada situação; trata-se, enfim, de julgar, trata-se de proferir uma sentença. O processo de conhecimento é um processo de fabricação de sentença, digamos assim. Ora, de acordo com os princípios gerais que regem o nosso processo civil, o órgão jurisdicional não toma a iniciativa de buscar lides para compor e, sim, espera que o procurem os interessados nessa composição. Desde logo se percebe que há necessidade de atos através dos quais as partes comuniquem ao órgão judicial as suas pretensões. Em outras palavras: atividade de natureza **postulatória**.

É também indispensável que a comunicação dessas pretensões seja acompanhada do fornecimento, ao órgão judicial, dos elementos indispensáveis para que ele possa formular a sua convicção. Temos aí, portanto, um segundo tipo de atividade que, necessariamente, existe no processo de conhecimento, a saber: atividade **probatória**, atividade de instrução.

E, por fim, compete ao órgão judicial (esta é a meta a que tende o processo de conhecimento, e quando ele não a atinge pode-se afirmar que ficou frustrado no seu objetivo) compete ao órgão judicial decidir, aplicando aos fatos, tais como conseguiu reconstituí-los através das provas, as normas jurídicas. Então, temos, afinal, a atividade de **decisão**.

Pode-se conceber uma estrutura em que a cada qual dessas atividades houvesse de corresponder uma fase nitidamente diferenciada; porém não é isso, na prática, o que acontece, por mais de uma razão. O que existe são fases em que cada uma dessas atividades **predomina**. Realmente, podemos discernir, no itinerário do processo, diversas fases e podemos pô-las em correspondência com esses diferentes tipos de atividade. Podemos falar de uma fase **postulatória**, podemos falar de uma fase **probatória** e podemos falar de uma fase **decisória**; mas não nos devemos iludir com essas denominações a ponto de supormos que cada uma delas seja exclusivamente consagrada à atividade que lhe empresta o nome.

Basta pensar, por exemplo, na atividade **probatória**, que, na verdade, começa a realizar-se desde o início do processo, uma vez que a prova documental, por exemplo, deve ser produzida,

em princípio, salvo casos especiais, pelo autor, com a petição inicial, e pelo réu, com a defesa. De modo que há uma interpenetração, uma parcial superposição, uma mistura, digamos mesmo, dessas atividades, o que não nos impede, repito, de reconhecer, dentro da estrutura do processo de conhecimento, a existência de fases, cada uma das quais se caracterizará, não pela exclusividade, senão apenas pela predominância dos atos **postulatórios**, dos atos de instrução e dos atos **decisórios**, respectivamente.

Pode-se ainda falar de um quarto tipo de atividade ao qual corresponderia também uma quarta fase. Seria a atividade de **saneamento**, que, se é verdade que se exerce difusamente ao longo do processo, se apresenta em todo caso concentrada de preferência numa determinada etapa do itinerário processual, destinada a expungir, a purificar o processo das irregularidades que possa apresentar, a fim de facilitar a atividade do Juiz no exame da prova e na decisão da causa.

Teríamos, portanto — e este é o esquema geralmente adotado — quatro fases no procedimento de primeira instância ou, como prefere dizer o novo Código, no procedimento em primeiro grau de jurisdição: a fase **postulatória**, a fase de **saneamento**, a fase de instrução ou **probatória** e a fase **decisória**.

No novo Código esse esquema vê-se alterado em certa medida, porque, como teremos oportunidade de explicar dentro de alguns minutos, as duas últimas fases, a saber, a fase **probatória**, de instrução, e a fase **decisória**, em determinadas circunstâncias, deixarão de apresentar-se individualizadas, diferenciadas: o processo poderá encontrar o seu termo na própria fase de **saneamento**, que não será ultrapassada, desde que ocorram determinadas circunstâncias a que dentro em pouco vou referir-me.

Assim, na realidade, o esquema do procedimento ordinário, segundo o novo Código, desdobra-se em dois possíveis esquemas: o esquema, digamos, **completo** e o esquema **abreviado**. Teremos dois tipos de procedimento ordinário: um com as quatro fases a que acabo de aludir, e outro em que o procedimento ficará reduzido, na verdade, à fase **postulatória** e a uma segunda fase que conduzirá, desde logo, ao encerramento do processo.

Nisto o Código atendeu aos anseios de muitos que se batiam por essa abreviação. Sabemos todos que, em grande número de casos, o prosseguimento do processo após o despacho saneador, à espera da audiência de instrução e julgamento, constitui uma causa inútil de retardamento, e eu diria até de prejuízo para o bom andamento, para o bom funcionamento da máquina judiciária, pelo que representa de acúmulo inútil de serviço. Sabemos todos que os autos do processo muitas vezes ficam aguardando nas prateleiras dos cartórios, acumulando poeira em suas folhas,

à espera de uma audiência de instrução e julgamento, que deveria constituir o ato culminante, o ato mais solene, mais importante do procedimento e que, na prática, não raro se reduz a verdadeira farsa, se me permitem usar termo talvez um pouco forte, mas creio que não muito distante da realidade, uma vez que as partes se limitam a reportar-se àquilo que já disseram nas peças constantes dos autos e, muitas vezes, não há debates orais, nem o Juiz profere a decisão no momento, de modo que toda aquela espera, toda aquela protelação, motivada pelas pautas repletas que não permitem a marcação da audiência para um dia próximo, revela-se, afinal, inútil.

Ja mesmo sob a vigência do Código atual, alguns processualistas — e, no momento, lembro-me de GALENO LACERDA e de CELSO AGRÍCOLA BARBI — sustentaram a possibilidade de, em certos casos, quando fosse possível, quando não houvesse necessidade de outros atos destinados a apurar a verdade dos fatos, proceder-se ao julgamento do mérito na própria ocasião em que o Juiz houvesse de proferir o despacho saneador. Essa tese, entretanto, como sabem, não prevaleceu. Talvez realmente ela não fosse compatível com a sistemática do Código de 1939, que procurou dar muita ênfase à oralidade e por isso exigiu a audiência como formalidade indispensável.

O novo Código, a meu ver, louvavelmente, atendeu à realidade, transigiu com o princípio para acomodar-se melhor às necessidades práticas. Daí, então, a existência dessas duas possibilidades, ou desses dois esquemas: um que se desdobra nas quatro fases tradicionais e outro que se reduz a duas únicas fases.

No tocante à fase postulatória, que abrange o ajuizamento da causa e, depois da citação, a defesa do réu, algumas inovações merecem relevo; e, naturalmente, terei de limitar-me aqui, como ao longo de toda a palestra, aos pontos mais salientes, sendo impossível deter-me no exame de todas as normas concernentes à matéria.

Gostaria de iniciar pedindo a atenção dos senhores para a inovação que o Código traz, quanto ao momento em que se considera proposta a ação. Como se sabe, no regime de 1939, ainda em vigor, como resulta do art. 292 do Código, a ação se considera proposta no momento em que é feita a citação do réu. O novo Código abandona essa maneira de construir e antecipa o momento da propositura da ação para aquele em que a petição inicial é despachada pelo órgão judicial, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de um Juízo competente. É o que dispõe o art. 263, que não está, aliás, colocado no Título referente ao procedimento ordinário, mas cuja importância me parece por demais evidente para que eu precise justificar a referência que acabo

de fazer. Basta que se pense nas diversas normas que fazem remissão ao conceito de propositura da ação, assim por exemplo a do art. 37, segundo a qual a competência é determinada de acordo com os elementos que existam no momento em que a ação é proposta. Eis aí a importância do conceito de propositura da ação, que vai servir à interpretação de vários dispositivos do Código. Pois bem, esse momento, em vez de ser aquele em que o réu é citado, passará a ser aquele em que a petição inicial é despachada ou, simplesmente, distribuída, onde houver mais de um Juízo competente.

Um segundo aspecto interessante é o maior relevo que o Código atribui a esse primeiro contato do órgão judicial com a postulação do autor. O Código de 1939 passou muito de leve por esse assunto. Existe, é verdade, o art. 160, que prevê o indeferimento da petição inicial, quando ela for inepta, ou a parte for ilegítima. Entretanto, o Código não se deu ao cuidado de caracterizar o que se deveria entender por petição inepta, como também deixou dúvidas no espírito dos intérpretes quando usou a expressão “parte ilegítima”, que para uns deveria referir-se à falta da chamada legitimidade *ad causam*, uma das condições da ação, como se sabe, ao passo que para outros deveria referir-se à chamada ilegitimidade *ad processum*, ou a falta de capacidade processual, sem que a doutrina e a jurisprudência tenham conseguido pacificar-se em torno desses problemas.

Já o novo Código, com melhor técnica, disciplina minuciosamente o exame da inicial pelo Juiz, indicando as hipóteses em que deve ela ser indeferida, no art. 265: quando for inepta, quando a parte for manifestamente ilegítima, quando o autor carecer de interesse processual, quando o Juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição, e assim por diante. E no parágrafo único arrola as hipóteses que devem ser consideradas como de inépcia da inicial, fornecendo, assim, portanto, um conceito bastante preciso, do qual se poderão valer os Juízes quando tiverem de examinar a petição inicial.

Concede o Código uma oportunidade ao autor para, sendo possível, suprir, corrigir as deficiências e as irregularidades que existam na petição inicial; abre-se para tanto um prazo, e só no caso de não ser possível o suprimento é que o Juiz, então, deixará de deferir-la. Note-se que esse indeferimento não se baseará exclusivamente em razões de ordem formal; poderá até fundamentar-se em matéria de mérito, porque o Código permite que o Juiz indefira a petição inicial, inclusive fundado na ocorrência de prescrição, desde que se trate de um daqueles casos em que a prescrição pode ser pronunciada pelo órgão judicial, independentemente de provocação da parte, isto é, desde que não se tra-

te de direitos patrimoniais. E nesse caso o Juiz poderá fazê-lo, ou até deverá fazê-lo, desde esse primeiro contato com a petição inicial, indeferindo-a se verificar que ocorreu a prescrição. Ter-se-á aí, portanto, um caso, à primeira vista algo estranho, de decisão de mérito proferida no exame da petição inicial, já que o Código, ao meu ver acertadamente, arrola, em termos expressos, a prescrição entre as questões de mérito.

Quanto à resposta do réu, convém notar que o Código engloba sob essa denominação genérica três possíveis atos, a saber: as duas modalidades de defesa, propriamente dita — a contestação e a exceção — e, ainda mais, a reconvenção, que já não é propriamente defesa e, sim, antes, um contra-ataque do réu, uma nova ação proposta nos mesmos autos pelo réu contra o autor.

Ao contrário do que sucede atualmente, haverá um prazo único para o oferecimento de qualquer dessas modalidades de resposta, prazo esse que o Código fixa em 15 dias. Talvez seja louvável o propósito do Código de uniformizar os prazos. Entretanto, a meu ver, parece que a fixação em 15 dias será um tanto excessiva, quando se pensa, por exemplo, na hipótese de uma simples exceção de incompetência, que hoje se oferece em 3 dias, sem que isso tenha despertado maiores lamúrias por parte dos interessados; e elevá-lo para o quántuplo afigura-se um tanto contrário ao propósito que deveria ter o novo Código de, afinal de contas, contribuir para a abreviação da duração dos processos, e não para o seu aumento, para o seu prolongamento. Percebe-se, entretanto, que o intuito foi o de unificar o prazo para as várias modalidades de resposta.

Ainda no tocante às exceções, é de notar também que o Código reduz o seu elenco. Enquanto atualmente o réu pode, por essa via, alegar quatro questões preliminares, a saber: a incompetência, a suspeição, a litispendência e a coisa julgada, o novo Código afasta do campo das exceções a arguição da litispendência e da coisa julgada, a meu ver louvavelmente. Aliás, já no regime vigente, tendiam a doutrina e a jurisprudência a achar que, a despeito de poderem ser elas alegadas por via de exceção, nada impedia o réu, contudo, de fazer a arguição como preliminar na própria contestação, ou até depois, inexistindo, portanto, preclusão, em consequência do fato de ele se omitir nos 3 dias. O Código envereda corajosamente por esse caminho e reduz as exceções às de incompetência (relativa somente, porque a incompetência absoluta poderá ser argüida a qualquer tempo), suspeição e impedimento, estabelecendo aqui, nitidamente, e também de maneira correta, uma distinção que no Código de 1939 ficou na sombra.

O Código de 1939, ao tratar da exceção da suspeição, engloba casos que, doutrinariamente, são considerados de impedimento, e a palavra **impedimento** só vai aparecer no dispositivo referente aos pressupostos da ação rescisória. Um dos casos desta, como se sabe, é o de sentença proferida por Juiz impedido, sem que, entretanto, a lei tivesse tido o cuidado de conceituar ou de discriminar as hipóteses de impedimento. O novo Código, portanto, beneficia-se, sob esse aspecto, de técnica inegavelmente superior.

Quanto à segunda fase, que, em princípio, se destina ao saneamento do processo, ainda que possa, sob certas circunstâncias, conduzir, desde logo, ao seu encerramento, o Código prevê uma série de providências a que chama **preliminares**, embora a denominação possa aqui suscitar alguma controvérsia, porque, na realidade, já não estamos mais na fase inaugural, e sim na segunda fase do procedimento; providências essas que podem consistir na abertura de oportunidade ao autor para falar sobre preliminares suscitadas pelo réu, para falar sobre fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, quando os tenha suscitado o réu, na sua contestação, e poderão consistir ainda no pedido de pronunciamento sobre a relação jurídica prejudicial, quando o réu conteste o direito que constitui o fundamento do pedido do autor, sendo lícito a este, então, requerer que o Juiz, desde logo, se possível, profira, sobre essa relação jurídica prejudicial, "sentença incidente", como diz o art. 325. É o instituto da chamada **ação declaratória incidental**, cuja finalidade é a de permitir um pronunciamento, com força de coisa julgada, sobre relações jurídicas que, não tendo constituído o objeto do pedido inicial, representem, contudo, pressuposto lógico da decisão sobre a lide. Infelizmente não é possível desenvolver aqui o tema, que por si só poderia ser objeto, não digo de uma palestra, porém de uma série de palestras. Estou apenas enumerando aquelas providências que o Código arrola entre as chamadas preliminares.

Gostaria de acrescentar que aqui também se incluem a determinação de suprimento de irregularidades ou nulidades sanáveis, que o Juiz verifique existir no processo, e é justamente essa atividade que caracteriza a fase, a meu ver, nitidamente, como sendo uma fase de saneamento. E aqui convém notar que o Código, de certa maneira, antecipa a atividade de saneamento àquele ato denominado tradicionalmente **despacho saneador**.

Há certa inversão na ordem a que estamos habituados sob o regime de 1939. Neste, a atividade de saneamento, embora se exerça difusamente ao longo do processo, todavia se concentra com ênfase toda especial, toda particular, no chamado despacho

saneador. É nele que o Juiz deve determinar essas providências destinadas a suprir as irregularidades porventura existentes. Pois bem, o novo Código constrói esquema um pouco diferente. Determina que o Juiz tome essas providências antes de proferir o despacho saneador. E conforme o caso, como veremos, ele nem sequer chegará a proferir tal despacho, porque nesse momento, depois de realizadas as providências preliminares, chega-se a uma verdadeira encruzilhada: aqui, o destino do processo pode variar entre aquelas duas possibilidades a que me referi de início; ou o processo se encerra desde logo, ou vai prosseguir com destino à audiência de instrução e julgamento. Temos de ver, portanto, quando é que ocorre uma dessas hipóteses e quando é que ocorre a outra.

O Código só quer que o processo prossiga depois das providências preliminares, quando isso seja útil e quando seja necessário. Pode-se dizer que é útil o prosseguimento do processo quando ainda não seja possível, desde logo, julgar-se a lide, porém fique patente que num momento posterior se poderá, efetivamente, chegar a esse julgamento. Então, duas coisas podem acontecer. Pode acontecer que se verifique nesse instante que é inútil prosseguir no processo porque jamais se poderá chegar à apreciação do mérito. Por exemplo, quando se verifica que falta uma das condições exigidas para o exercício da ação. Nesse caso, seria inútil o prosseguimento. E pode acontecer que se verifique que tal prosseguimento seria, não inútil, porém desnecessário, porque já estão presentes todos os elementos que habilitam o Juiz, desde logo, a julgar o mérito. Creio que assim se pode resumir esta matéria. O processo só prossegue quando não for nem inútil, nem desnecessário prosseguir.

Quais foram os casos em que o Código considerou inútil prosseguir? Aqueles em que ocorra algumas das hipóteses arroladas nos arts. 267 e 269, de extinção do processo. O art. 267 cogita das hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito; O art. 269 cogita das hipóteses de extinção do processo com julgamento do mérito. E aí temos, nos números II a V, os casos de reconhecimento do pedido do autor pelo réu, da transação entre as partes, do pronunciamento da decadência ou da prescrição, e da renúncia do autor ao direito sobre que se funda a ação.

Em outros casos, o Código considerou que já seria possível ao Juiz, de imediato, pronunciar-se a respeito da lide, porque não só inexistente qualquer obstáculo ao julgamento do mérito, como também já estão reunidos os elementos suficientes para que o Juiz possa formar convicção nesse momento a respeito da causa.

Quais são essas hipóteses, referidas no art. 330? "O Juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I — quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II — quando ocorrer a revelia". O conjunto dessas hipóteses forma aquilo que o Código chama de "julgamento antecipado da lide".

Quanto ao inciso primeiro, é de fácil entendimento. Quando a questão de mérito for unicamente de direito, isto é, quando não houver nenhuma controvérsia quanto aos fatos, seria evidentemente supérfluo, constituiria desperdício de tempo, de energias, de dinheiro, fazer prosseguir o processo em direção à audiência, quando nenhuma prova é necessária, já que a prova se refere aos fatos, pois o direito é conhecido do órgão judicial. Então, se a controvérsia gira exclusivamente em torno da questão de direito, é perfeitamente natural e louvável que o Código tenha previsto a antecipação do julgamento da causa para esse momento. Ou ainda quando, existindo, embora, controvérsia quanto a fatos, não haja necessidade de produzir provas em audiência, isto é, não haja necessidade de perícia, não haja necessidade de ouvir testemunhas, não haja necessidade de tomar-se o depoimento pessoal da parte. Suponhamos que a controvérsia existente sobre os fatos possa ser deslindada pelo Juiz mediante a simples leitura dos documentos que instruem a inicial e a defesa. Seria também, nesse caso, absolutamente supérfluo fazer prosseguir o processo. De modo que, nessas hipóteses, merece aplausos o Código por ter previsto a abreviação do processo de conhecimento, determinando ao Juiz, e não apenas permitindo — é importante que se frise —, determinando ao Juiz que desde logo julgue o mérito.

O inciso II do art. 330 refere-se à hipótese de revelia, isto é, à hipótese do réu que não apresentou defesa. O Código, inspirando-se no sistema germânico, adotou tratamento bastante rigoroso para com o revel. A este respeito eu gostaria de informá-los de que a Comissão Revisora do Anteprojeto elaborado pelo eminente jurista e atual Ministro da Justiça, Professor ALFREDO BUZALD, a cujo talento e a cuja erudição todos nós rendemos as nossas homenagens, a Comissão Revisora, dizia, discordou da orientação adotada no Anteprojeto, entendendo que no meio social brasileiro a revelia não pode ser tratada em termos idênticos àqueles em que a trata o direito de nações, como a Alemanha, com pequeno território e com outras condições políticas e sociais, muito diferentes das nossas.

No Brasil, o fato de o réu ficar omissos, não apresentar defesa, nem sempre se pode imputar à suposta inexistência de argumentos com que ele se opusesse à postulação do autor. Sabemos

todos que muitos outros fatores influem e concorrem para que a revelia se configure: distâncias muito grandes, nível de instrução baixo, dificuldade de procurar advogado, problemas de ordem financeira, e assim por diante, muitas vezes levam o réu, sobretudo nas classes menos favorecidas, a ficar revel. De sorte que o tratamento muito rigoroso dado à revelia pareceu à Comissão Revisora — e neste ponto estou de pleno acordo com ela — inconveniente e injusto no nosso meio. Nem sempre se podem transplantar institutos de um ambiente para outro, sobretudo quando se trata de países tão diferentes, sob todos os pontos-de-vista, como, de um lado, a Alemanha e a Áustria, de outro lado o Brasil, sob pena de chegar-se a resultados que não consultam os interesses da coletividade.

Assim, neste ponto, devo manifestar a minha discordância em relação ao tratamento dado à revelia. A revelia acarreta a consideração dos fatos alegados pelo autor como verdadeiros, salvo determinadas hipóteses em que o Código abre exceções à regra. Em conseqüência disso, coerentemente com as suas premissas, é forçoso reconhecer, o Código prevê também a antecipação do julgamento da lide, isto é, do mérito, para este momento, quando ocorrer a revelia. De modo que, embora não haja regra alguma que vincule o Juiz a julgar procedente o pedido, na maioria dos casos, sendo aceitos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor e encerrando-se, desde logo, o processo, sem que o réu tenha oportunidade mais tarde de intervir nele, dada a sua abreviação, pode-se prever, sem grande margem de erro, que o pedido acabará por ser julgado procedente quando houver revelia. Entretanto, convém sublinhar que o Código não leva forçosamente a essa conclusão; limita-se a dispor que, salvo as exceções expressas, os fatos alegados pelo autor se reputarão verdadeiros quando o réu permanecer revel e, mais adiante, contempla a antecipação do julgamento do mérito para esse momento subsequente às providências preliminares. Não é pelo fato de o réu permanecer revel que obrigatoriamente o pedido será julgado procedente, até porque, ainda que o Juiz aceite os fatos como verdadeiros, a conclusão proposta pelo autor poderá não estar juridicamente fundada, isto é, a norma aplicável poderá não ser aquela que ele indicou, ou a interpretação da norma poderá não ser aquela que ele sustentou na sua inicial. Assim, mesmo que os fatos sejam admitidos como verdadeiros, a conclusão jurídica poderá ser outra, é claro.

Creio que os nossos Juizes deverão aplicar com extrema cautela esses dispositivos concernentes à revelia, a fim de evitar que se agravem as possíveis injustiças na matéria.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 137-156, 1974

Como disse, o processo pode encerrar-se nesse momento, desde que ocorra algumas das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, números II a V, isto é, extinção do processo sem julgamento do mérito ou com julgamento de mérito; ou ainda desde que a lide seja, de acordo com o art. 330, números I e II, antecipadamente julgada. Quando não ocorrer nenhuma dessas hipóteses, por exclusão, então sim, o Juiz proferirá o despacho saneador. Não se trata, verdadeiramente, de um despacho, e já não é assim no Código atual: trata-se de uma decisão interlocutória, de um ato através do qual o Juiz resolve uma série importante de questões. No Código novo, a denominação, embora tenha por si a tradição, fica em desacordo com os conceitos que o próprio legislador insculpiu no art. 162, no qual ele procedeu a uma classificação dos pronunciamentos do Juiz em: sentenças, decisões interlocutórias e despachos, definindo a decisão interlocutória como o ato pelo qual o Juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. É tipicamente o caso do despacho saneador, que não mereceria, portanto, o nome de despacho, embora, repita-se, esse nome esteja consagrado pela tradição.

Talvez seja isso, aliás, que tenha levado o Sr. Ministro da Justiça a incluir uma modificação dessa denominação no Projeto de lei (\*) que tramita pelo Congresso Nacional, com o fito de introduzir algumas alterações no Código de Processo Civil. Nesse Projeto há um artigo que determina a substituição deste nome "Do Despacho Saneador", que é a rubrica da Seção III, Capítulo V, deste Título, para "Do Saneamento do Processo". E, como o nome de "despacho saneador" só aparece na rubrica, não aparece no corpo do artigo, deixará de figurar aqui neste lugar, embora figure noutros dispositivos, situados em outros Capítulos do Código.

A rigor, também a nova rubrica não será exatamente adequada, porque, como já vimos, a atividade do saneamento não se concentra neste ato; muito pelo contrário, ela o precede. Conforme reza o art. 331, "se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o Juiz, ao declarar saneado o processo" (vejam bem: "ao declarar saneado o processo"), "deferirá a realização do exame pericial", etc. Quer dizer, o despacho saneador fica com a sua fisionomia um pouco diminuída sob certo ponto-de-vista, porque nele o Juiz não saneia propriamente, senão que já declara saneado o processo; isto é, o Juiz refere-se a alguma coisa que já aconteceu antes. De modo que

(\*) Convertido na Lei n.º 5.925, de 1.º-10-1973; a alteração a que se refere o texto foi consagrada no art. 2.º (nota de 1974).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 137-156, 1974

nem a rubrica "Do despacho saneador", nem esta pela qual deverá ela ser substituída, nem uma nem outra, na verdade, se adaptam com muita precisão ao texto do art. 331.

Em todo caso, convém observar que, a despeito de ter ficado reduzido, na letra da lei, ao ato em que o Juiz se limitaria a deferir (ou indeferir, é evidente) a realização do exame pericial, tomando providências relativas a ele, e a designar audiência de instrução e julgamento — é o que consta dos incisos I e II do art. 331 —, no fundo o despacho saneador envolve implicitamente um juízo de admissibilidade da ação e de regularidade do processo, porque ele só é proferido "se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções procedentes". Isso significa que o simples fato de o Juiz proferir o despacho saneador, nos termos do art. 331, envolve um pronunciamento, ainda que implícito, no sentido da não-ocorrência daquelas irregularidades ou defeitos, ou daquelas causas que poderiam impedir o julgamento do mérito.

Portanto, na realidade, conseguimos discernir nas entrelinhas a verdadeira dimensão do despacho saneador, que parece um pouco reduzida, se nos ativermos ao texto da lei. Ele, no fundo, envolve certamente, embora de maneira implícita, a afirmação de que não existem ou de que já foram sanadas as nulidades e as irregularidades processuais, e envolve também a afirmação de que estão presentes as condições exigidas para o exercício do direito de ação naquele caso concreto.

De qualquer modo, o despacho saneador constitui apenas uma de três possibilidades. O Juiz ou extingue o processo, ou julga antecipadamente a lide, ou então, e em último caso, por exclusão, se não se verificar nenhuma daquelas hipóteses, proferirá o despacho saneador.

O Código deu a esse conjunto, constituído por três possíveis decisões, pela decisão que decreta simplesmente a extinção do processo, ou pela decisão que julgue antecipadamente a lide, ou ainda pelo despacho saneador, deu a essas três possibilidades, a essas três figuras, a denominação genérica de "Julgamento conforme o estado do processo". De modo que é essa a rubrica do Capítulo V: "Do julgamento conforme o estado do processo".

Esse conceito é, digamos assim, polimórfico, é um conceito variável, não unívoco; não há determinado tipo de pronunciamento judicial que se denomine **Julgamento conforme o estado do processo**. Há uma variedade de tipos de pronunciamentos judiciais, em que o único denominador comum será o momento em que surgem, porque, na realidade, podemos ter aí: ou uma decisão **interlocutória**, que é o despacho saneador, mandando prosseguir o processo em direção à audiência; ou uma **sentença mera-**

**mente terminativa**, nas hipóteses da extinção do processo sem julgamento do mérito; ou ainda uma **sentença definitiva**, nas hipóteses em que desde logo se julga o mérito. Assim, três pronunciamentos de diferentes naturezas ficam aqui reunidos sob esta denominação comum de "Julgamento conforme o estado do processo".

Vamos supor então que nenhuma das hipóteses anteriores se tenha verificado e que o Juiz profira o despacho saneador, mandando prosseguir o feito. Teremos ainda à frente, no primeiro grau de jurisdição, a fase probatória e a fase decisória, que não se diferenciam nitidamente nas suas fronteiras, digamos assim, bastando ver que o mesmo ato que serve para a colheita das provas orais já pode também servir para que seja proferida a sentença. Refiro-me, como sabem, à audiência de instrução e julgamento, que é, portanto, um ato de natureza complexa, um ato misto, que interessa tanto à atividade probatória quanto à atividade decisória, podendo conglobá-las, ambas, no seu bojo.

No tocante à fase probatória, sem querer alongar-me demasiado, gostaria de lembrar apenas, para pedir-lhes a atenção para algumas inovações importantes do Código, a disciplina da prova pericial, em que o Código se afasta um pouco do modelo atual, prevendo um perito único, nomeado pelo Juiz, e assistentes técnicos designados pelas partes. A meu ver, foi tímida essa inovação, e a Comissão Revisora, tendo em vista a realidade forense, havia ido além nas suas sugestões. Todos sabemos que, na verdade, o único perito que funciona como tal é o perito nomeado pelo Juiz. Os peritos designados pelas partes nada mais são do que auxiliares de advogados. Esta é a realidade que a vida forense nos põe ineludivelmente diante dos olhos.

Os senhores nunca terão visto, provavelmente, um laudo apresentado pelo perito do autor, que não consultasse os interesses do autor, e a mesma coisa se pode dizer do perito do réu. A Comissão Revisora entendeu que seria mais prático aceitar esta realidade. Aceitá-la e reduzir a figura do perito àquele designado pelo Juiz, porém deixando às partes a possibilidade de nomear assistentes técnicos, com a finalidade de fiscalizar o laudo do perito do Juiz e oferecer suas críticas. Esta, a meu ver, seria uma atividade eficaz a ser desempenhada pelos assistentes técnicos. Depois que o perito do Juiz apresentasse o seu laudo, abrir-se-ia um prazo comum para que os assistentes técnicos das partes lhe criticassem o laudo, mostrando as suas possíveis falhas.

Essa foi a sugestão feita pela Comissão Revisora que, entretanto, não vingou, embora, formalmente, o Código haja reservado a denominação de perito para aquele indicado pelo Juiz e tenha consagrado a denominação de assistentes técnicos para os

indicados pelas partes. Mas a inovação foi quase que somente terminológica, porque o Código conserva para os assistentes técnicos aquela função, a meu ver ilusória, ideal, utópica, que eles têm no Código de 1939, aliás não na redação primitiva do Código de 1939, mas na redação que depois veio a prevalecer. De modo que, por exemplo, o assistente técnico da parte presta também compromisso, fica sujeito a ver-se recusado por suspeição, etc., quando nada disso tem sentido se aceitarmos a realidade de que ele está ali para auxiliar a parte, para servir aos interesses dela; apenas, tratar-se-ia de disciplinar isso de um modo coerente, através da oportunidade que se lhe abria de criticar o laudo do perito, de apontar as suas possíveis falhas, omissões, incoerências, contradições, deficiências de toda sorte. Tal como se encontra disciplinada a prova pericial no Código, conquanto de certa maneira haja um avanço em relação ao regime atual, creio que continuaremos a ter, em boa medida, esta ficção dos "peritos" das partes, embora com o rótulo de "assistentes técnicos".

Inovação interessante é a possibilidade de determinar o juiz, em qualquer momento, o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las, independentemente do requerimento que a outra parte faça, para prestação de depoimento pessoal na audiência. O próprio Juiz, *ex officio*, e a qualquer momento, como diz o art. 342, pode determinar o comparecimento das partes a fim de ele próprio interrogá-las sobre os fatos relacionados com a causa. É uma inovação que corresponde a normas já existentes em diversas legislações estrangeiras, como a alemã, a italiana, e que parece dar bons resultados.

Também merece louvor o Código por ter disciplinado expressamente uma forma de atividade probatória que hoje não está contemplada no texto legal, se bem que a doutrina e a jurisprudência já se tenham pronunciado pela sua admissibilidade, a saber: a inspeção judicial de pessoas ou coisas. O Juiz, de acordo com o art. 440, de ofício ou a requerimento da parte, poderá, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Efetivamente, sabemos que em muitos casos só mesmo o contato direto do Juiz com a coisa ou com a pessoa, ou a sua visita a determinado local é que pode esclarecê-lo de maneira cabal sobre aquilo que realmente está acontecendo. O Código fez bem em prever expressamente este meio de prova e em dar-lhe a disciplina específica necessária.

No tocante à fase decisória, que é a última do procedimento em primeiro grau de jurisdição, nos casos em que seja necessária a audiência de instrução e julgamento, esta se realizará

mais ou menos nos moldes daquilo que temos hoje, com uma importante inovação, que é a tentativa de conciliação das partes. Aliás, permito-me lembrar que não se trata propriamente de uma inovação, talvez mais de uma renovação, porque o instituto, longe de ser novo, era conhecido no velho direito português, que o Brasil recebeu ao tornar-se independente. Estava lá regulada a tentativa de conciliação nas antigas Ordenações do Reino. E mais ainda, a Constituição Imperial de 1824 previu expressamente, como formalidade prévia indispensável à instauração do processo, a tentativa de conciliação. Mais tarde ela veio a desaparecer do nosso processo civil, mas foi ressuscitada, com resultados que todos conhecem, no processo trabalhista, e voltou a figurar no campo civil em alguns processos relativos ao direito de família: ação de desquite e ação de alimentos. Trata-se de um instituto consagrado pela grande maioria das legislações processuais modernas, o que depõe em favor da sua utilidade, pois não é crível que tantos ordenamentos se dispusessem a mantê-lo se não estivesse produzindo bons resultados; ele existe na legislação alemã, na austríaca, na italiana, na espanhola, na portuguesa, enfim, em quase todos os principais sistemas processuais do mundo contemporâneo.

Teria sido, a meu ver, mais útil que a tentativa de conciliação fosse situada no início do processo, como é, aliás, da tradição, não apenas brasileira, mas universal: em todas as leis que prevêem a tentativa de conciliação, ela deve realizar-se no início do processo. É fácil compreender a razão disso. Trata-se do momento psicologicamente mais favorável para que se chegue a um acordo. Na fase final do procedimento de primeiro grau, quando as partes já gastaram tempo e dinheiro, já tiveram os seus ressentimentos exasperados pelo fogo cruzado das increpações, quando os próprios advogados já estão num estado de ânimo pouco propício à conversa, ao diálogo, irritados com as palavras, muitas vezes duras, que os colegas lhes dirigiram ao longo das primeiras fases; e, sobretudo, quando para uma das partes já se delineia a probabilidade da vitória ante o resultado da atividade de instrução, as provas já foram quase todas feitas, já se sabe quais são os resultados, já se sabe a quem elas favorecem, nesse momento parece-me duvidoso que ainda subsista o ânimo conciliatório. Poderá existir na parte que teme a eminência da derrota, mas, afinal de contas, a conciliação é bilateral; exige que ambos os litigantes estejam dispostos a conjugar-se em torno de uma solução pacífica. E, se é verdade que o temeroso da derrota estaria naturalmente inclinado a uma solução conciliatória, não é menos verdade que aquele que pressente no horizonte a sua vitória total estará positivamente muito desinteressado

do da conciliação. A Comissão Revisora havia, portanto, sugerido, nessa ordem de idéias, o deslocamento da tentativa de conciliação para a fase postulatória. O Professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, no Congresso de Campos do Jordão, em que se discutiu o então Anteprojeto elaborado pelo Professor ALFREDO BUZÁID, propunha que ela se fizesse após a contestação, mas de qualquer maneira na fase inicial. Entretanto, nenhuma sugestão foi aceita, e o Código determina que se proceda à tentativa de conciliação no momento inicial da própria audiência de instrução e julgamento, onde, a meu ver, ela será menos útil. E queira Deus que me engane, porque é um instituto pelo qual tenho a maior simpatia, e gostaria que a sua reintrodução, em caráter genérico, no processo civil, produzisse bons frutos. Entretanto, a mim me parece que esse não seria positivamente o momento mais propício à utilização eficaz do instrumento.

Diz o Código no art. 447, já no Capítulo relativo à audiência: "Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado" (restrição, a meu ver, de validade discutível), "o Juiz de ofício determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento". E, em seguida, disciplina a tentativa em dispositivos, aliás, simples e bastante laconicos. Antes de iniciar a instrução, o Juiz tentará conciliar as partes. Chegando elas a acordo, mandará que se tome por termo. Esse termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo Juiz, terá o mesmo valor de uma sentença, podendo, inclusive, servir de título, se for o caso, para a instauração da execução.

Ainda no tocante à audiência, permito-me citar outro tópico, que é a possibilidade da substituição dos debates orais pela apresentação de memoriais. Aqui o Código desenvolve uma idéia que já estava refletida na Lei n. 4.215, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que permitiu aos advogados proceder à juntada de memoriais após o debate. O Código permite a própria substituição do debate oral pela apresentação de memoriais. E para isto ordena que o Juiz fixe uma data. Seria talvez desnecessária a designação de dia e hora; bastaria que a lei tivesse previsto a fixação de um prazo, dentro do qual houvessem de ser oferecidos os memoriais. Isso pode ocorrer quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, ficando naturalmente a critério do Juiz (e é claro que haverá aí uma larga dose de subjetivismo) determinar quando é que são complexas as questões de fato ou as questões de direito cujos deslin-des sejam necessários para a solução do litígio.

O Código inclui ainda, no Título referente ao procedimento ordinário, um Capítulo VIII, "Da Sentença e da Coisa Julgada",

que contém dispositivos a rigor de aplicabilidade genérica, não limitada ao procedimento ordinário. Mas essa é, aliás, uma característica muito sensível no Código, e sobretudo neste Livro I, "Do Processo de Conhecimento", onde encontramos grande número de dispositivos que, na realidade, não são peculiares, não são exclusivos do processo de conhecimento: dispositivos sobre nulidades processuais, sobre contagem de prazos, sobre capacidade das partes e maneiras de suprir-lhe a falta, sobre representação, enfim, sobre diversas matérias cuja relevância, evidentissimamente, não se esgota no âmbito do processo de conhecimento.

Pois bem, aqui também as normas que constam do Capítulo VIII — "Da sentença e da coisa julgada" com as suas duas seções: Seção I, "Dos requisitos e dos efeitos da Sentença"; Seção II, "Da coisa julgada", não se aplicam apenas no âmbito do procedimento ordinário, e até diria que não se aplicam sequer apenas no âmbito do processo de conhecimento, porque também no processo de execução, e também no processo cautelar, poderá haver sentença e haverá eventualmente coisa julgada.

Para não abusar mais da paciência dos que têm a gentileza de ouvir-me — e, a esta altura, já diria a incrível generosidade de continuar-me ouvindo —, vou dizer apenas rápidas palavras sobre a fase recursal, na qual a circunstância de ser ordinário ou não o procedimento tem relevância muito pequena.

Em princípio, os recursos utilizáveis no procedimento sumaríssimo e nos procedimentos especiais e seus requisitos de admissibilidade não variam pelo fato de não ser ordinário o procedimento, a não ser no tocante ao prazo; este, sim, é diferente: é, em regra, de 15 dias, tanto para interposição como para resposta, no procedimento ordinário, e reduz-se a 5 dias no procedimento sumaríssimo. Com essa única exceção, a admissibilidade dos recursos não apresenta qualquer peculiaridade pelo fato de ser ordinário ou de não ser ordinário o procedimento.

E, em segundo grau de jurisdição, apenas dois dispositivos fazem referência ao tipo do procedimento, ou com ele têm relação. São os arts. 550 e 551, § 3.º, que prevêem duas peculiaridades, duas características privativas dos recursos interpostos em causas de procedimento sumaríssimo. Portanto, esses dois dispositivos aberram, fogem, desviam-se do padrão do procedimento recursal.

O art. 550 dispõe que os recursos interpostos nas causas de procedimento sumaríssimo deverão ser julgados no Tribunal dentro de 40 dias, o que vale, ao meu ver, por uma recomendação, já que a ultrapassagem desse prazo nenhuma consequência prática terá. É um voto que o legislador formula, como aquele outro vo-

to que ele formula para que o processo do inventário, por exemplo, se complete dentro de três meses, coisa que nunca vi acontecer. É um voto que o legislador formula, e Deus queira que o voto se realize.

No art. 551, § 3.º, também se estabelece uma diferença entre processamento de recurso em causa sujeita ao procedimento ordinário, e de recurso em causa sujeita a procedimento sumaríssimo. É que neste último nunca haverá revisor, mesmo em se tratando de apelação ou de embargos infringentes, casos em que, quando se tratar de causa de procedimento ordinário, haverá relator e revisor. E assim também nos procedimentos especiais, porém não no sumaríssimo.

São essas as únicas peculiaridades que se notam na sistemática impressa aos recursos, com relação a essa distinção que se faz entre os vários tipos de procedimentos no tocante ao primeiro grau de jurisdição. Em tudo mais, o sistema de recursos é o mesmo e obedece à mesma disciplina, nada importando que se trate de causa que, no primeiro grau, seguiu o procedimento ordinário, ou o procedimento sumaríssimo, ou algum procedimento especial.

Vou terminar, pedindo desculpas aos que me ouvem pelo tempo excessivo por que lhes ocupei a atenção, agradecendo essa mesma atenção, e, mais uma vez, o honroso convite que me foi feito para participar desta feliz iniciativa da Secção goiana da Ordem dos Advogados do Brasil.

A todos, os meus sinceros agradecimentos.

## ALÍQUOTA DO ICM NA OPERAÇÃO QUE DESTINA MERCADORIA A CONSUMIDOR LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO

Jorge Arthur Morsch (\*)

1. Quanto à fixação da alíquota, diferem basicamente o imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICM). Enquanto a alíquota do IPI é seletiva, em função da essencialidade dos produtos (Constituição Federal, art. 21, § 3.º), a alíquota do ICM é uniforme para todas as mercadorias (Constituição Federal, art. 23, § 5.º). Seletividade da alíquota do IPI quer dizer discriminação ou sistema de alíquotas diferenciais por espécies de mercadoria, tributando-se mais intensamente as mercadorias de consumo considerado supérfluo (perfume) e menos intensamente as imprescindíveis à existência civilizada (sabão) (Baleeiro, Aliomar, Direito Tributário Brasileiro, Forense, Rio, 6.ª edição, 1974, p. 188). A uniformidade de alíquota do ICM veda o estabelecimento de tratamento diferencial em consideração à espécie de mercadoria: o perfume e o sabão tem a mesma alíquota. (Baleeiro, Aliomar, op. cit., p. 225).

2. Qual seja o propósito dessas normas constitucionais definidoras dos critérios de fixação das alíquotas desses tributos, não é difícil determinar: pretende-se obviamente, no IPI, onerar menos os consumidores de bens indispensáveis, e mais os consumidores do supérfluo; e no ICM, que todas as mercadorias cheguem ao consumidor oneradas de forma análoga. Então, a pedra de toque desses critérios constitucionais é o consumidor. Ou por ou-

(\*) Professor de Direito Tributário na Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Dirigente da Equipe de Assuntos Tributários da Unidade de Defesa Judicial da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

tra, as alíquotas serão diferenciais (IPI) ou uniformes (ICM) de referência ao consumidor. A essa conclusão se chega a partir das noções mesmas de seletividade e uniformidade de alíquotas, como visto acima. Mas também da consideração de que são dois tributos tipicamente indiretos, cujo montante integra o custo da mercadoria e repercute sobre o adquirente, sendo, a final, suportado pelo consumidor. Nesses tributos, o contribuinte (industrial e comerciante importador; comerciante, industrial ou produtor) apenas recolhe ao Erário o valor que recebeu do adquirente. Mas o ônus desses tributos é suportado pelo consumidor. A pedra de toque, a base de referência dos critérios constitucionais de seletividade e de uniformidade de alíquota nesses tributos é exclusivamente o consumidor.

3. Com relação ao ICM, somente estará guardado o princípio constitucional da uniformidade da alíquota para todas as mercadorias quando em qualquer parte do território nacional qualquer mercadoria puder chegar a qualquer consumidor contendo o mesmo percentual de imposto. Esta, já se viu, é a uniformidade desejada pelo texto constitucional.

4. Isto não impede a previsão de alíquota inferior, para atender a objetivos especiais, como a reserva de uma maior margem de tributação para o Estado do destino da mercadoria. Quando se prevê uma alíquota inferior para as operações interestaduais, se está cogitando de beneficiar com maior parcela de imposto o Estado do destino da mercadoria, que lhe fornece o mercado consumidor. Isto é, se supõe uma operação posterior tributável, na qual o Estado destinatário vai receber o tributo calculado não apenas sobre o valor adicionado na operação, mas também a diferença entre a alíquota maior da operação atual e a alíquota menor da operação anterior. Na primeira operação subsequente à saída interestadual, graças à aplicação da alíquota básica, se opera a reconstituição do percentual de imposto dentro da mercadoria, que chega ao consumidor nos termos das disposições constitucionais. Esta é a única forma de realização efetiva do princípio constitucional da uniformidade da alíquota do ICM.

5. Se se aplicasse alíquota inferior, das operações interestaduais, numa saída para consumidor (deste ou doutro Estado, pouco importa), se cometeria tríplice equívoco. Em primeiro lugar, haveria inobservância ao princípio da uniformidade da alíquota do ICM, para todas as mercadorias, no momento chave, na única oportunidade realmente importante, que é a operação para consumidor (que suporta o ônus do imposto). Em segundo lugar,

restaria desatendido o fundamento da redução da alíquota nas operações interestaduais, consistente na outorga de um benefício ao Erário do Estado destinatário da mercadoria, pois não haveria nova circulação tributável. Em terceiro lugar, haveria infração à norma do inciso III do art. 20 da Constituição Federal, que veda aos Estados estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

6. Uma palavra sobre a terceira observação, isto é, de que a aplicação da alíquota inferior nas operações interestaduais para não-contribuinte importa em estabelecer uma diferença tributária em razão da procedência ou do destino da mercadoria. Digamos que eu seja consumidor e necessite adquirir uma máquina colheitadeira, fabricada tanto no Rio Grande, como em São Paulo. Se, apesar de eu ser consumidor, pudesse adquiri-la lá pagando o ICM à alíquota mais baixa das operações interestaduais, certamente iria fazê-lo, mas estaria inevitavelmente criada uma situação de discriminação tributária em razão da procedência da mercadoria. Se a comprasse aqui, pagaria uma alíquota. Se a comprasse lá, pagaria outra, inferior. Seria o fim do princípio da uniformidade da alíquota do ICM, e a instauração de um regime de discriminação tributária, em razão da procedência da mercadoria, abertamente violador do princípio da unidade geográfica, política e econômica do território nacional (Baleiro, Aliomar, Direito Tributário Brasileiro, Forense, Rio, 1974, 6.<sup>a</sup> edição p. 99).

7. Já se viu que a existência de uma alíquota inferior em operações interestaduais obedece ao propósito de atribuir maior margem de tributação ao Estado destinatário da mercadoria, e que isto não importa em infração ao princípio da uniformidade da alíquota: a realização da subsequente operação interna tributada reajusta a alíquota, fazendo-a uniforme na operação com destino ao consumidor, que é a operação final, e constitui o momento em que a uniformidade deve ser conferida.

8. Vimos também que a aplicação da alíquota diferente e mais baixa em operação para o consumidor, ainda que interestadual, não só é violadora dos princípios constitucionais de uniformidade da alíquota e da proibição de diferença tributária em razão da procedência ou destino da mercadoria, mas que não realiza a finalidade da implantação de uma alíquota mais baixa nas operações interestaduais, que é o de proporcionar maior quota tributária ao Erário do Estado de destino da mercadoria, pois neste não haverá operação tributável.

9. Com efeito. A aplicação da alíquota inferior do ICM nas operações que destinam mercadoria para consumidor localizado em outro Estado também geraria situações absurdas, e inexplicáveis dentro de nosso sistema tributário. Consideremos exemplificativamente o que aconteceria nos Municípios que constituem fronteira estadual, como Mafra e Rio Negro, nos Estados de Santa Catarina e Paraná, municípios cujas sedes são separadas apenas por uma ponte. A adotar o critério duplamente violador da Constituição, segundo o qual é aplicável a alíquota inferior do ICM nas operações que destinam mercadoria a consumidor localizado em outro Estado, os consumidores de Mafra, ao invés de adquirir suas mercadorias em sua cidade, fariam suas compras em Rio Negro, adquirindo mercadorias com a alíquota mais baixa, própria das operações interestaduais, e os consumidores de Rio Negro, ao invés de comprar em Rio Negro, fariam suas compras em Mafra, também à alíquota mais baixa, própria das operações interestaduais. Trata-se realmente de situação absurda, intolerável dentro do sistema, distorsiva do processo de comercialização, e que seria altamente prejudicial para ambos os Estados. Ninguém, de sã consciência, poderá afirmar que o legislador tenha querido incentivar esse tipo de operação.

10. Na realidade, em termos de ICM, importa que todas as mercadorias cheguem ao consumidor oneradas pela alíquota básica, atualmente de 15%. Esta é a uniformidade da alíquota do ICM para todas as mercadorias. Se o consumidor de um Estado pudesse reivindicar em outro Estado a sujeição de suas compras à alíquota mais baixa, das operações interestaduais, então o turista estrangeiro em suas compras de produtos industrializados no comércio e na indústria locais também poderia postular a imunidade ao ICM !!!

11. A afirmação dos princípios constitucionais da uniformidade da alíquota do ICM e da proibição de distinção tributária em função da origem ou do destino das mercadorias, leva necessariamente à conclusão de que, nas operações a consumidor, embora situado noutro Estado, a alíquota deve ser a básica, a alíquota das operações internas. Não há como fugir dessa realidade. É a própria apreensão do sentido das normas constitucionais determinantes da uniformidade da alíquota e da vedação de distinção tributária em função da origem ou do destino da mercadoria que exige uniformidade de tratamento das operações que destinem mercadorias a consumidor, esteja onde estiver dentro do território nacional.

12. Mas a Constituição deferiu competência a um órgão do Poder Legislativo, o Senado Federal, para fixação das alíquotas máximas, nas operações internas, interestaduais e de exportação, observada a iniciativa do Presidente da República (Constituição Federal, art. 23, § 5.º). No exercício dessa competência, o Senado Federal, acolhendo proposição presidencial, fixou as alíquotas máximas a serem observadas pelos Estados nas operações internas, interestaduais e de exportação, definindo o que sejam (Resolução n.º 65, de 10 de agosto de 1970, do Senado Federal). E a teor do art. 2.º, inciso II, da resolução senatorial, consideram-se operações internas aquelas em que o destinatário, embora situado noutro Estado, não seja contribuinte do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, ou sendo contribuinte, tenha adquirido a mercadoria para uso ou consumo próprio. (Lex, Legislação Federal, 1970, julho a setembro, p. 391).

13. Destarte, a aplicação da alíquota básica do ICM, de 15%, nas operações de saída de mercadoria com destino a não contribuinte (consumidor ou usuário final) é decorrência dos princípios constitucionais da uniformidade da alíquota e da vedação do estabelecimento de distinção tributária em função da origem ou destino da mercadoria. A Resolução n.º 70, do Senado Federal, de 10 de agosto de 1970, ao definir os diferentes tipos de operações de circulação de mercadorias, guardou estrita conformidade às normas constitucionais acima mencionadas, assegurando simultaneamente a uniformidade final da alíquota e a igualdade fiscal, pois através da observância de suas normas, qualquer que seja o Estado destinatário, a saída de mercadoria a consumidor ou usuário final se sujeita à mesma alíquota básica. Pelo contrário, se se considera interestadual qualquer operação de Estado para Estado, cria-se inevitavelmente um tratamento fiscal discriminatório, com ofensa direta a esses princípios, pois se sujeita os consumidores a uma alíquota (mais elevada) nas compras dentro do Estado, e a outra alíquota (mais baixa) nas compras a outro Estado.

## OS NOVOS INSTRUMENTOS OPERACIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO (\*)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (\*\*)

Procurei um tema para esta nossa conversa que fosse atual, não só pela importância do convite recebido, mas por saber que mesmo os temas atuais alcançam dimensão histórica, e que há problemas no Direito Administrativo, que, apesar de antigos, assumem um gosto sutil de modernidade, ou melhor, de flagrante interesse doutrinário, não só para a Administração, mas também para os administrados.

Ninguém deixa de saber que já vai bastante esquecida aquela advertência de pensamento com respeito à tônica da má organização dos poderes estatais, e má organização que levou ao insucesso algumas das mais importantes nações européias na década dos trinta. Na verdade, porém, não foi a figura do Estado que falhou nas suas perspectivas. A responsabilidade cabe, sem dúvida, ao poder administrativo, que não teve condições para acompanhar na prática as exigências da evolução e dos tempos modernos.

A mesma perplexidade de ontem ainda hoje domina vastos setores do pensamento jurídico, impedindo a atualização de certas normas de direito privado, e, mais grave do que no passado, não permitindo ao direito público absorver regras comuns que passaram a reger as relações do administrado com a Administração. Pela tibieza dos conceitos o Estado se desfigura, como já historicamente se desfigurou, na procura de caminhos viáveis e convenientes às soluções jurídicas que possam traduzir a realidade social e a realidade econômica.

---

(\*) Palestra proferida, sob os auspícios do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, no I Curso de Advocacia de Empresa.

(\*\*) Professor Catedrático de Direito Administrativo na Universidade Federal do Paraná.

Mas, no entanto, não é só isso que mantém em crise o fenômeno da Administração. Falta-lhe, na sua mecânica, maior aproximação com a técnica, a economia e a ciência, aproximação, sobretudo, que afete o interesse público e a vontade estatal, não oferecendo, por falta de novos meios, ao poder administrativo elementos capazes de impor e desconcentrar serviços sem qualquer violência contra a ordem jurídica estabelecida. Todo aquele processo rápido de descentralização que surgiu após 1918, não poderia senão provocar alterações institucionais com relação ao Estado.

De um modo geral, bem analisadas, num confronto de conteúdos programáticos, as cartas constitucionais que vieram depois de 1945, também se tornaram obsoletas diante dos fatos administrativos considerados em si mesmos como superados.

Sob esse aspecto importa lembrar a irreversível evolução das instituições jurídicas administrativas, tendo em conta não só as experiências novas que se fazem, mas os elementos novos que oferecem ao Estado amplas e variadas possibilidades de aparelhamento organizacional.

A tarefa da Administração, impossível de negar, está por demais vinculada à fiscalização dos interesses diretos do Estado, com a vontade de se dar a ela, em qualquer plano de atividade ou mesmo jurisdicional, um conceito que extravasa do sentido clássico para atingir formulações de grande alcance e que nem sempre respeitam a posição do administrado.

Acreditar, hoje em dia, que a crise administrativa nos sistemas jurídicos ou nos regimes políticos, surgiu por falta de alguns modos que possibilitassem o exercício mais completo das funções estatais ou administrativas, não passa de um equívoco de apressada conclusão histórica.

Observe-se a realidade na evolução e verifique-se que as formas delegadas, cada qual na sua formação de pessoa jurídica, ou de pessoas administrativas, não apareceram no direito público senão depois de consagradas pelo direito privado.

O importante, na controvérsia, está na gênese das pessoas administrativas, na origem, como fonte, de pessoas privadas que passaram a servir o direito público. São apenas, na verdade, fenômenos de natureza política e social que não poderiam deixar de impressionar o Direito Administrativo e a Ciência da Administração, e, assim, permitir à organização do Estado outros processos e modos declaratórios de manifestação da vontade pública.

Desconhecer, no entanto, a natureza dessa vontade não é, face à unidade do direito, a solução definidora mais adequada aos fatos como eles exatamente se apresentam. Prevalecem, sabemos, não os meios, mas os fins, ou melhor, a característica da

criação estatal, eis que as pessoas administrativas nascem da vontade do Estado, como o Estado quer, e não da simples iniciativa particular.

Analisemos, do melhor ponto-de-vista do pensamento doutrinário, o que há de comum nas pessoas administrativas, isto é, nas autarquias, nas sociedades mistas, nas empresas públicas e nas fundações, e só uma conclusão existe na problemática, — aquela conclusão que se harmoniza com a vontade estatal e que necessariamente se extroverte por força de lei.

Nas autarquias, o fenômeno da delegação, os pressupostos de autonomia e de fim, a questão de relação ou de subordinação; de conveniência de organização administrativa interna, fazem condições que são consequência de um regime legal, ou melhor dizendo, da própria lei que traça os limites de ação e de atuação permitidas.

Nas sociedades mistas não é diferente. O processo jurídico informador e formador é o mesmo. Está na base da vontade de criação estatal e, portanto, naquilo que constitui sua formulação legal, ou na lei instituidora da figura da pessoa jurídica. A atividade específica é o que menos preocupa. Como forma de associação regula-se pelos fins públicos apontados.

Nas fundações o ato criador, instituidor, ou de vontade explícita, não requer indagações subjetivas, sendo uma peculiar modalidade institucional na sua exteriorização, é o que diz a lei e o regime jurídico. Não cabem, portanto, quanto a elas, sutilezas teóricas que se inclinam contra os padrões clássicos ou tragam o vezo de confundir os meios jurídicos com os fins administrativos.

No tocante às empresas públicas a vontade estatal origina-se tal e qual a tradição impõe às fundações. São públicas conforme indicam as regras jurídicas próprias às finalidades administrativas. Note-se, aliás, que é do ato constitutivo, criador, que nasce o regime jurídico, com a declaração, no ato, do fim específico, ou da destinação pública.

Muito embora o direito público não possa determinar o alcance da ação administrativa estatal, é no direito positivo que se buscam os suportes das formulações institucionais de processo privado para os serviços que sejam públicos e de interesse geral. Desempenha a Administração, na sua qualidade de querer e de poder, papel em nada conflitante com a unidade do direito asentada nos sistemas jurídicos.

É importante que se diga: argumento nenhum procede contra a lei escrita e o direito positivo.

Buscar para as criações estatais os recursos do processo privado nada mais é do que admitir para a Administração métodos

capazes de melhor atendimento dos serviços públicos essenciais. Nada há de mal que perdurem as linhas mestras traçadas pelo direito privado.

Como fenômenos jurídicos, as nominadas pessoas administrativas fazem-se definir primeiro pela situação jurídica e depois pelo seu regime. Não há, para elas, fins indeterminados ou imprecisos, mas fins que são os legais e os definidos nas leis instituidoras.

Todas essas entidades, entes ou pessoas administrativas são, portanto, criações do próprio Estado, em regime jurídico, todavia, condizente com a natureza dos serviços a prestar.

Importa, contudo, que o Estado efetive a sua vontade através da lei. Através de lei o Estado cria um organismo dotado de personalidade capaz de agir e administrar, dotado de patrimônio, e em condições jurídicas de atender as suas finalidades.

Indesculpável, sem dúvida, qualquer preconceito no direito público ou no direito Administrativo, em desfavor do processo ou procedimento jurídico privado.

A questão é tão-somente uma questão de fato e não apenas uma questão de nomenclatura. Integrando tais pessoas na Administração indireta, atende o Estado necessidades públicas autonomizando serviços sob controle jurisdicional interno e de tutela administrativa.

Todas as correntes de idéias levam a um mesmo objetivo: o da necessidade de certo serviço público efetivo, constante, permanente ou até mesmo temporário.

Não impressionam, contudo, na técnica pública de gestão, só as características de fim, aconteçam ser industriais, econômicos, comerciais, educacionais, ou simplesmente de previdência.

Os fins, apesar de imporem caráter fisionômico às pessoas, nada afetam ou têm com o regime jurídico, muito menos com os métodos administrativos convenientemente adotados.

Como já tivemos oportunidade de afirmar, a situação jurídica das pessoas administrativas acha-se fundamentalmente vinculada ao regime jurídico. E é pelo regime que se estabelece a relação obrigacional. Quanto às pessoas, no entanto, variam conforme o critério adotado e que melhor convenha à Administração.

Nessa falada conveniência resume-se praticamente o pleno exercício das atividades personalizadas. Não se trata, no entanto, de uma orientação que possa ser acusada de sistema, embora ofereça a vantagem de simplificar os conceitos ou de fixar a vontade estatal em razão das variadas providências de natureza administrativa.

É possível, portanto, desde logo, conhecer das pessoas administrativas pela situação, posição e regime jurídico. Da simples

definição nada decorre, a não ser que seja possível, ao Estado, em determinadas circunstâncias, assegurar a personificação, ou a personalidade, fugindo das regras positivas, o que geralmente não acontece e nem é aconselhável.

Pela simples tipicidade, característica elementar de fisiologia jurídica, extraem-se os elementos essenciais à figuração das pessoas administrativas, sejam elas autarquias, sociedades mistas, fundações ou empresas públicas.

No tipo fundacional, por exemplo, apesar dos compromissos finalísticos, as conotações se apresentam, no complexo da Administração, sob a índole privatística.

É da natureza do poder administrativo ser também virtual. Não pode ser ele apenas potencial como muitos teóricos querem, pois para tanto basta a coação externa da ordem institucional e das emergentes necessidades públicas.

A virtualidade aqui, todavia, não dispensa e não pode dispensar o conhecimento da lei. Quando assim for, somente ante a expectativa de eventuais emergências; ou, então, de motivos de força maior, o que não é o caso na ordem da organização administrativa e no tocante à criação de pessoas às quais se obrigam certos tipos necessários de serviços públicos.

Cabe aqui, nesta oportunidade temática, não confundir nunca intervencionismo com intervenção.

A diferença entre os fenômenos, bastante sensível para a compreensão da ação estatal, evidencia dois modos que não se chocam administrativamente falando, pois um deles inspira-se em preceitos políticos ortodoxos, enquanto o outro reflete regime por onde os interesses coletivos buscam condições para a prática dos serviços públicos.

Muitas vezes, ambas as expressões aparecem como iguais ou semelhantes. Mas, examinado o conteúdo, representam atitudes distintas, ou melhor, atitudes que visam à proteção da ordem econômica e social, principalmente no que diz respeito com a organização do Estado.

De nossa parte, vamos um pouco mais além, e isso porque partimos do exame da problemática nos seus exatos condicionamentos jurídicos e sem a preocupação de violentar qualquer sistema nacional de estatuídas garantias jurídicas ou individuais.

Por sua definição como social, o intervencionismo apenas pretende uma programação de atividades com motivo na existência de serviços públicos essenciais, e nunca assentar a ação administrativa estatal na predominância do Estado sobre as demais manifestações livres que fazem o complexo natural da vida societária ou comunitária.

Não se venha, portanto, dizer assim que, do momento em que o Estado está criando pessoas administrativas, está iniciando a prática da intervenção. A questão não é essa e já alcançou a adequação correta no mecanismo de atividade da Administração. A verdade evidente dos fatos aí está para demonstrar que, com o auxílio indispensável do direito positivo, o Estado pode atuar através das mais diferentes categorias jurídicas sem violentação da ordem institucional e constitucional.

Não se compreende que num regime jurídico positivo, no qual a Administração também funciona como a expressão de interesses gerais, não possa ela com suporte na lei adequar à realidade das suas tarefas tanto as fundações como as empresas, tanto as sociedades mistas como as autarquias, resguardando para cada figura as formas julgadas melhor afeitas às distintas categorias orgânicas.

As normas jurídicas, a orientação administrativa, as normas técnicas de controle, naquilo que não se conflitam com o processo criador adotado, dependem exclusivamente da lei instituidora que no ato da criação estabelece quais as atividades e quais os poderes que a elas correspondem, e se concederam.

Quem sabe para as empresas públicas bastasse o título de empresas estatais. A matéria, sem dúvida, reveste-se de tanta importância que a diversidade de pessoas, a variedade de organismos, está a exigir na nomenclatura jurídica uma definição que leve a um denominador comum, ou, então, a uma conceituação uniforme sem com tal fato se desfigurarem as fundações e as autarquias.

Na verdade, diga-se de passagem, um dos fenômenos mais curiosos na vida jurídica e econômica das nações são as chamadas empresas estatais. Tais figuras se apresentam como organismos executores dos planos e programas de desenvolvimento, tanto no setor da produção como no de serviços, oferecendo um aspecto de transcendência que integra o direito nos seus processos públicos e privados.

Em falando da criação de pessoas administrativas novas, as conseqüências decorrentes dessa criação identificam-se em termos de exato regime jurídico, não, porém, com reduções no campo do direito público e administrativo, mas sim ampliando através do processo privado a capacidade de atuação do Estado e da Administração.

Não há, por assim dizer, distorção de conceitos clássicos, pois nunca foi difícil distinguir a atividade pública da privada ou os pressupostos de estrutura jurídica que levam a doutrina a aceitar como indiscutível o método privado na organização e execução dos serviços públicos.

A tendência, como estamos bem observando, é para se recorrer às formas privadas para os entes estatais que, não obstante as estreitas finalidades públicas, no sistema jurídico administrativo aparecem como pessoas jurídicas de direito privado.

No sentido do Estado moderno, o que acontece é apenas isto: a procura de novos instrumentos operacionais visando à desconcentração do poder administrativo, a descentralização dos serviços, ou, mais precisamente, o ativismo dos meios indiretos de administração.

Aparece a Administração, assim, nos seus contornos, não só racionalizada nos seus fins, como procurando, pelos novos instrumentos operacionais, dar satisfação formal às necessidades públicas imediatas, quer sociais, quer econômicas.

Nisso reside a transcendência dos métodos jurídicos comuns ao direito e à ciência do direito, métodos que são modos de se efetivar o que pede a necessidade pública ou o que está exigindo o interesse do Estado.

Não existem motivos absolutos preponderantes, portanto, para as controvérsias doutrinárias que se levantaram em torno da personalidade jurídica dos entes-pessoas que se foram incorporando à Administração estatal indireta.

Em nosso modesto entender a doutrina ficou pacificada diante dos fatos e da realidade, sem que razões fundamentais haja para que não se aceite o pensamento firmado do legislador.

Como pessoas jurídicas de existência real, autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações, participam de uma mesma estrutura geral orgânica, não obrigando no ato de sua criação que o Estado adote esse ou aquele caminho, essa ou aquela maneira de fazer a sua vontade.

O que é preciso, e este é o grande problema, é saber como e até onde o poder administrativo pode e deve atuar, pode e deve interferir, tal é a soma de obrigações que sobrecarregam o Estado, sobretudo a Administração.

A resposta, todavia, decorre do princípio constitucional e legal vigente, e da sua aplicação concreta e material. A explicação resulta necessariamente da norma positiva que favorece a transformação nos sistemas administrativos.

Considere-se, destarte, a tipologia, os diversos tipos de entes, pessoas ou organismos, nascidos da simples vontade estatal, e que aparecem:

- a) integrados no sistema administrativo geral do Estado;
- b) autônomos e sob tutela em virtude da natureza especial do serviço;
- c) simplesmente delegados, concedidos ou autorizados;
- d) conseqüentes do intervencionismo administrativo estatal;
- e) com modalidades privatísticas sob controle público e métodos de ação privada.

Já não se pode, pelo óbvio, afirmar que todas as entidades criadas pelo Estado gozem de personalidade jurídica de direito público. No entanto, é possível afirmar que entidades privadas, aparecidas na esfera de atividade da Administração, investem-se de prerrogativas próprias aos órgãos estatais, identificando-se com o Estado a que se acham sujeitas em virtude de um fim, informado pelo interesse público ou de serviço público.

Contudo, sejamos claros, a institucionalização de pessoas administrativas novas não é um fim em si mesmo. Deve ser encarada como um processo de jurisdicionalização de serviços, pelos quais o Estado se instrumentaliza na medida em que formula e coloca em execução possíveis instrumentos compatíveis.

A verdade evidente não é outra do que esta: materialmente, a Administração não estando equipada para acompanhar a dinâmica exigida pelo Estado, socorre-se na prática dos melhores instrumentos do direito público e também do direito privado.

Assim, se o poder administrativo há de ser limitado no seu alcance constitucional, esse limite não impede que opere acolhendo e aplicando normas positivas de conteúdo privado.

No tocante ao interesse público ou de serviço público não basta generalizar. É preciso particularizar. Chega a consideração lógica para concluir-se como as regras jurídicas são sempre proporcionadas em quantidade e qualidade às condições econômicas e sociais das comunidades políticas.

Vale aqui uma advertência causal: ao formalismo jurídico público abstrato nas suas origens ajunte-se a simplicidade das formas jurídicas privadas.

No desenvolvimento do direito sucede o que sucede nos organismos naturais e com todos os fenômenos vitais: vai desaparecendo a primitiva homogeneidade, as funções tornam-se mais particulares e distintas, os órgãos adquirem cada um uma fisiologia própria, as diferenças aumentam e os sistemas reúnem aspectos multiformes.

Sempre isso aconteceu e continuará acontecendo na evolução das instituições.

Compreender a expansão da Administração não é renegar qualquer regime de garantias jurídicas estabelecidas. O direito do Estado não é um direito para o Estado.

Quem quer que analise o poder administrativo no Estado contemporâneo não pode deixar de notar que ele se enquadra o quanto possível no direito positivo. Quanto às formas de ação, algumas livres e outras condicionadas, refletem sempre disposições legais ou autoridade legal.

Além do mais, a aplicação da doutrina ao fato não é uma novidade que surpreenda o administrativismo conceitual. A experiência mostra a importância dos sistemas, e, ao mesmo tempo, as transformações que sofrem para acompanhar o ritmo imprevisível dos fenômenos econômicos exteriores e relacionais.

Vamos terminar, ressaltando: qualquer esforço para separar os aspectos jurídicos e administrativos, econômicos e políticos, será uma tentativa inútil à compreensão do Estado, ou mesmo da Administração, precisamente naquilo que concerne com certas atividades indiretas e que se tornaram medidas de forte tendência social.

Permanecem juntos, integrados, todos esses aspectos como harmonizadores entre a atividade administrativa e o desenvolvimento econômico e cultural, sem que se possa destacar a prevalência do direito público sobre o direito privado, ou critérios que possibilitem a violação da ordem jurídica e constitucional.

O que importa está na ordem jurídica e nos sistemas jurídicos já consagrados, no entendimento do que seja Administração sem esquecer-se a posição do administrado.

Não vamos querer que o Direito Administrativo seja um direito distanciado do direito positivo. São os esquemas dinâmicos fundamentais que atualmente possuem importância.

Finalizando, temos duas observações a fazer. Em primeiro lugar, tanto a vida jurídica como a vida econômica dependem da natureza e da razão das coisas. Em segundo lugar, são a natureza e a razão das coisas que dominam o processo jurídico, que, como o conceito de direito, não é para a Administração um todo simples e unitário, mas um conjunto de múltiplos elementos, diferenças e válidas conexões.

A questão é de experiência jurídica, não simplesmente de pensamento doutrinário. Não polemizando, apenas digo: o Estado, pela Administração, não pode mais prescindir das regras tradicionais e de direito privado.

Uma maneira de compreender todo o fenômeno, ou seja, o fenômeno dos distintos instrumentos operacionais novos na Administração é considerá-lo como uma exigência nascente de um moderno conjunto de relacionamentos.

Um conjunto de tal natureza, de caráter e composição mutáveis quanto aos fins, só pode servir ao bem público, e servir superando a limitada capacidade administrativa estatal diante de uma complexa constelação de problemas sócio-econômicos.

Não foi sem motivo que um ilustre juiz e professor norte-americano, Arthur T. Vanderbilt, reconheceu no Direito Administrativo "o desenvolvimento jurídico mais notável do século XX".

## REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES MUNICIPAIS (\*)

Caio Tácito (\*\*)

O convite a um jurista carioca para versar tema tão sensível e polêmico certamente atendeu a uma expectativa da plena disponibilidade de espírito de um representante do único Estado brasileiro sem municípios: sinto-me como uma espécie de juiz de Haia ou de banqueiro suíço, se é que um e outro símbolo de neutralidade ainda são válidos em nossos dias conturbados de crise.

Não me proponho, no entanto — fiquem tranqüilos — a uma atitude olímpica, distante do calor dos fatos jurígenos, que são o caldo de cultura da verdadeira hermenêutica jurídica.

A sucessão, desde o Império, de ciclos de centralização e descentralização política, marca variantes na amplitude da autonomia municipal e estadual.

O pêndulo de nossas sucessivas Constituições — desde a de 1824 até a atual, aditada de Atos Institucionais — tem oscilado entre o centro e a periferia dos sistemas políticos. Repugna, contudo, à nossa formação histórica o modelo unitário ortodoxo, contrário às nossas tradições, incompatível com nossa geografia e inadaptável às nossas diversidades regionais dentro da irreversível unidade nacional.

O sentimento local está na essência de nossa origem independente: foi da inquietação dos memoriais das câmaras municipais da Colônia que subiu ao jovem Príncipe Regente o impulso ativo e ardente da maioria política.

(\*) Conferência proferida por ocasião do I Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado de 20 a 27 de janeiro de 1974, na cidade de Recife, PE.

(\*\*) Magnífico Reitor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O município é o cerne da história nacional e as sementes de sua autonomia precedem à própria aspiração federativa, na qual iriam se consolidar legítimos interesses regionais, que o equilíbrio português, estimulado pelo gênio de José Bonifácio, canalizaria, colocando a coroa como ponto de confluência de tendências que, na América Hispânica, conduziriam à multiplicidade de Repúblicas.

Não podemos ignorar, assim, na origem dos textos constitucionais brasileiros, o princípio tradicional das esferas concêntricas, porém distintas, dos ordenamentos jurídicos, através dos quais se exprime a distinção e a hierarquia das pessoas políticas que compõem o Estado Nacional.

A primeira premissa importante ao estudo do regime jurídico constitucional dos servidores municipais — que é o tema específico de nossas preocupações desta noite — é, portanto, a de que, dentro do regime federativo e segundo os princípios da autonomia estadual e municipal, não é possível resumir a fonte normativa unicamente na legislação federal, entendida a palavra legislação no seu mais amplo sentido de fonte objetiva de direito.

Certamente o modelo institucional de 1967 e 1969 não é o mesmo de 1946, como este não se confunde com o de 1934 ou de 1891. As Constituições são o sismógrafo sensível de transições essenciais que, por toda parte, estão modernamente a inspirar forma e conteúdo novos às revoluções pacíficas do desenvolvimento e da justiça social.

Mas se a faixa da autonomia municipal sofre variações de gabarito e de latitude, perdura, de outra parte, até mesmo na letra expressa dos textos, o princípio da organização dos serviços públicos locais, como instrumento de administração própria dos interesses peculiares aos municípios (Constituição, art. 15, n.º II, b).

A organização dos serviços públicos locais é matéria precípua da competência legislativa municipal, à qual incumbe determinar o grau de descentralização administrativa, instituindo as pessoas jurídicas aptas ao exercício dessas atividades de âmbito local: órgãos de administração direta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações.

Igualmente ao legislador municipal compete, dentro dos limites e paradigmas predeterminados na Constituição Federal, estabelecer o regime jurídico do pessoal que integrará os quadros funcionais dessas diversas pessoas administrativas.

Em função das matrizes constitucionais, há normas que alcançam, por igual, o ordenamento jurídico da função pública nos três níveis da organização do Estado Federado. Mas a simetria não é absoluta, a bem da própria noção federativa. São ordena-

mentos jurídicos que se colocam como círculos superpostos, ou como áreas de interseção, em que a existência de normas comuns não repele a edição de normas peculiares, no âmbito de competência própria.

O conselho de HOLMES, lembrado por Francisco Campos, é sempre atual: a insistência no óbvio é muitas vezes mais necessária do que a investigação do obscuro.

As Constituições são um sistema que não suporta interpretações isoladas ou meramente literais, que contrariem o seu espírito ou a sua estrutura.

Não temos, assim, como exato o entendimento de que, por força do art. 13, n.º V, combinado com o art. 108, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (equivalentes, em substância, às disposições da Constituição de 1967), as leis ordinárias federais sobre funcionalismo público aplicar-se-iam, imediatamente, aos servidores estaduais e municipais.

Em verdade, o art. 13 integra o mesmo capítulo constitucional em que se firma a autonomia dos entes menores da Federação e a interpretação não pode conduzir, de plano, à nulificação dos preceitos sucessivos que consignam aos Estados e Municípios a faculdade de auto-organização de seus próprios serviços.

Certamente, os vários itens do art. 13 restringem a capacidade de auto-organização dos Estados, impondo-lhes, entre outras limitações, a observância das “normas relativas aos funcionários públicos”.

Mas que normas são essas assim tornadas cogentes, às quais se devem curvar as Constituições e leis dos Estados?

A cabeça do art. 13 esclarece com nitidez seu teor impositivo. O que não pode o constituinte ou o legislador comum descumprir, no tocante aos assuntos a seguir relacionados (e entre eles está o regime jurídico dos funcionários públicos) são “os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

As normas federais obrigatórias no âmbito estadual não são, portanto, as que figuram em suas leis ordinárias, mas unicamente aquelas normas que, por seu relevo, ascenderam à categoria de princípios constitucionais.

E quais são, com respeito aos funcionários públicos, tais princípios normativos? São, **basicamente**, os da Seção VIII do Capítulo VII, abrangendo os arts. 97 a 109, em que se consolidam as normas constitucionais sobre funcionários públicos (os arts. 110 e 111 tratam de matéria jurisdicional, impropriamente colocada na Seção).

Dizemos **basicamente** porque a extensão alcançará outros princípios que, embora por via reflexa, incidem sobre o regime jurídico dos servidores públicos, como o impedimento da aceita-

ção ou exercício de cargo, função ou emprego remunerado por parlamentares (art. 34, I e II, b); a aprovação prévia pelo Senado da escolha para cargos da magistratura e outros (art. 42, III); a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para prover e extinguir cargos públicos (art. 81, n.º VIII) e a do Legislativo para criá-los e fixar-lhes os vencimentos (art. 43, V).

Se, portanto, o que se impõe aos Estados é o respeito às normas sobre funcionários públicos que estão estabelecidas na Constituição — e não a todas as normas que regem os servidores federais — com maior cópia de razões esse entendimento ter-se-á de adotar quanto aos servidores públicos municipais.

O art. 108 da Constituição manda aplicar aos funcionários, em geral, dos Municípios, “o disposto nesta Seção”, ou seja, a que cuida dos princípios constitucionais especificamente enunciados sobre a função pública federal (arts. 97 a 109).

O “disposto nesta Seção” não exaure, obviamente, o regime jurídico dos servidores públicos federais, ainda que lhe desenhe as linhas mestras. São, em suma, os princípios constitucionais previstos para a União que também obrigam aos Municípios, e não as leis federais que, além de traduzir ou particularizar esses princípios, podem e devem dispor sobre outros aspectos da relação estatutária da função federal.

A novidade que resulta da vinculação agora estabelecida na Constituição de 1967, e reproduzida em 1969, do regime jurídico dos servidores locais aos princípios por ela firmados na matéria, é o caráter exaustivo das garantias constitucionais dos funcionários públicos, que a jurisprudência anterior admitia pudessem ser ampliadas pelo constituinte estadual.

Já agora, revendo a precedente orientação, o Supremo Tribunal Federal firmou a interpretação de que, a partir de 1967, o modelo federal não comporta alargamento.

No Recurso Extraordinário n.º 71.581, a ementa do acórdão, da lavra do ilustre Ministro Luiz Gallotti, assim condensa a nova orientação:

“A doutrina de que as Constituições estaduais não podem restringir, mas podem ampliar os direitos outorgados aos funcionários públicos pela Constituição Federal, existiu realmente e teve o apoio do Supremo Tribunal, mas foi derogada por textos constitucionais supervenientes” (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 58 — p. 306).

II — Os princípios constitucionais dos arts. 97 a 109, de obrigatoria observância pelos Municípios no exercício de sua

competência legislativa peculiar, não são inteiramente novos, nem se contrapõem às tendências dominantes na legislação anterior.

Não tencionamos submeter a tolerância do auditório ao exame, um a um, dos princípios ali relacionados, que não somente a presunção legal, mas a notoriedade do saber de experiência feito, de todos faz conhecidos.

Permitimo-nos, apenas, aflorar algumas inovações constitucionais, que estão a merecer meditação e debate.

Como é sabido, o princípio da exigência de aprovação em concurso público para o provimento de cargos públicos tem variado nas diversas Constituições brasileiras.

O texto atual, constante do art. 97, §§ 1.º e 2.º, submete a esse requisito a primeira investidura em cargo público, salvo quanto a nomeações para cargos em comissão, ou, no tocante a cargos de provimento efetivo, “nos casos indicados em lei”.

Delegada ficou, assim, à lei ordinária discriminar os casos de dispensa do concurso público para a primeira investidura em cargo público.

De logo, cabe observar que essa autorização não pode alcançar os cargos administrativos dos demais Poderes, para os quais o art. 108, § 2.º, impõe, em termos absolutos, a prévia habilitação em concurso público (“somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos”).

Qual será, porém, o nível de competência legislativa delegada? A lei, no caso, será apenas a lei federal, ou também, conforme a natureza do cargo, a lei estadual ou municipal?

A dúvida se adensa diante do art. 109 da mesma Constituição, que, mandando respeitar os §§ 1.º e 2.º do art. 97, torna privativa da lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, a definição da “forma e as condições de provimento dos cargos públicos”.

O Supremo Tribunal Federal, convocado ao controle das Constituições de Alagoas e Paraná, considerou prejudicada a arguição de inconstitucionalidade de preceitos que dispensam a exigência em casos específicos (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 60/12 e vol. 55/532).

A decisão, atribuindo implicitamente à lei estadual, com base no art. 97, § 1.º, a dispensa do requisito de aprovação prévia em concurso, admitiu, a fortiori, a validade de norma desse teor inserida na Constituição do Estado.

Parece-nos perfeita a interpretação que atribui à lei municipal a previsão dos casos em que o princípio geral do sistema

do mérito, apurado em concurso público, deva ser abandonado ou abrandado, em benefício do serviço, para provimento de cargos públicos municipais.

A inteligência do texto deve, porém, ser feita *cum grano salis*, em harmonia com a competência federal privativa para a definição da forma e condições dos cargos públicos em geral. Em suma: é mister conciliar o art. 97, § 1.º, com o art. 109, n.º II, colocados lado a lado na mesma Seção da Carta de 1969.

A subordinação do regime jurídico local aos princípios constitucionais federais — entre os quais a moralizadora previsão de concursos públicos para ingresso no funcionalismo público — não se compadece com a faculdade irrestrita de exceções ao princípio pela via legislativa municipal.

As normas aparentemente conflitantes comportam, no entanto, interpretação conciliatória, como pede a boa hermenêutica.

A lei federal, definindo condições de provimento, estabelecerá critérios sobre os concursos públicos, inclusive os pressupostos de sua dispensa. A lei municipal caberá, porém, especificar os casos em que a isenção do concurso, ou a sua limitação a formas mais sumárias de seleção (como, por exemplo, o concurso apenas de títulos) deva ser adotada.

Outra disposição de duvidoso entendimento é a do art. 106, que atribui à lei especial regular o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada.

Aqui a perplexidade ainda mais se acentua diante da imprecisão do texto.

A expressão lei especial está referida por oposição à lei geral que deverá especificar o regime jurídico dos servidores públicos da União, na forma do art. 109, n.º I? Ou a lei especial, a valer como paradigma, deverá ser unicamente a lei federal que regule a matéria?

A primeira interpretação, que já tem o abono de boas autoridades, parece-nos a de melhor técnica. A Constituição, sempre que pretendeu resguardar a competência da União, adotou a referência a lei federal, inclusive na própria Seção em exame, v.g., arts. 99, § 3.º, 103 e 109.

Estendendo as normas constitucionais sobre funcionários públicos aos servidores locais, o constituinte certamente adotaria igual cautela se pretendesse excluir do alcance da lei estadual ou municipal o tratamento da matéria versada no art. 106, a saber, a fixação do regime jurídico do pessoal temporário ou especializado, que é por natureza excepcional, não podendo compreender atribuições próprias dos cargos públicos.

III — Princípio relevante inserido na Constituição de 1967 é o do atual art. 98, parágrafo único, que vedou terminantemente a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público.

A norma, de efeitos imediatos, revogou todas as vinculações ou equiparações existentes e proibiu que outras se instituissem, ressalvados apenas os direitos adquiridos às remunerações já percebidas.

A vedação é ampla e não se limita aos vencimentos de cargos públicos, mas a quaisquer vínculos empregatícios, pondo termo aos reajustamentos em cadeia, tão nocivos ao equilíbrio orçamentário e aos sistemas de classificação de cargos e funções.

O Supremo Tribunal Federal, aplicando o princípio, declarou a inconstitucionalidade de equiparações entre ativos e inativos, assim como a vinculação do valor da retribuição ao salário mínimo, conforme julgamentos em Representações relativas às Constituições de Minas Gerais, Guanabara e Estado do Rio (RTJ-63/604; 50/218; 52/501; 57/358).

Não se confunda a interdição de cargos ou remunerações vinculadas, com o princípio, também de nível constitucional, que prevê a revisão de proventos de inatividade sempre que os vencimentos de funcionários em atividade forem modificados por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda. Essa medida de teor econômico equivale, como procurei demonstrar em trabalho anterior, aos mesmos pressupostos de realismo financeiro que inspiraram, no texto constitucional, as regras de justa indenização de bens desapropriados e de justa remuneração dos investimentos em serviços públicos concedidos (ver: CAIO TACITO — A correção monetária no direito administrativo — in *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, § 129; e in *RDA-97/9-19*).

Nessa hipótese, não há vínculo ou correlação entre situações jurídicas, mas apenas igualdade de tratamento diante de efeitos inflacionários que a lei não poderá compensar somente quanto a vencimentos, e não quanto a proventos, uns e outros a serem corrigidos na sua expressão monetária para preservação de seu real e intrínseco valor.

A Constituição proibiu também, em órbita estadual ou municipal, a redução dos limites de tempo para aposentadoria, que estão fixados no art. 102. Somente lei complementar federal, poderá, com base no art. 103, abrir exceções à regra estabelecida, seja quanto ao tempo, seja quanto à natureza do serviço, como fato gerador da inatividade.

Nem mesmo as Constituições estaduais poderão fazê-lo e sob esse fundamento o Supremo Tribunal Federal repudiou, por

vício de inconstitucionalidade, preceitos das Constituições de Mato Grosso e da Guanabara (RTJ-60/18 e 50/218).

Já vai longo esse passeio em torno de paisagem por demais conhecida. Não desejo, contudo, encerrar o estudo — que é mais uma provocação ao debate do que uma dissertação acadêmica — sem uma referência a um ato que, embora não integre a Constituição, nela tem sua fonte e visa a propósitos específicos de limitação ao provimento de cargos e funções públicas.

Refiro-me ao Ato Complementar n.º 41, de 22 de janeiro de 1969, alterado pelo Ato Complementar n.º 52, de 2 de maio do mesmo ano.

Confessadamente expedido para “coibir possíveis excessos quanto à admissão de servidores públicos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios”, que, como regra, vedou, inclusive nos serviços administrativos e auxiliares do Legislativo, do Judiciário e dos Tribunais de Contas, o Ato Complementar excepcionou da proibição determinadas hipóteses, porque — é outro dos seus **consideranda** — “as medidas baixadas não devem servir de obstáculo ao exercício das atividades públicas essenciais”.

Medida de emergência, de óbvio caráter transitório, o Ato Complementar n.º 52, enquanto vigente, haveria de ser aplicado em função da regra que estabelece — a da vedação de admissões, contratos ou nomeações tanto na Administração Direta como na Autárquica.

Como impõe a boa hermenêutica, as exceções abertas à regra terão de ser interpretadas restritamente e, ainda, em harmonia com o sistema da Constituição e da legislação geral.

Não posso, assim, aderir ao entendimento proposto no sentido de que o Ato Complementar n.º 52, por se referir à contratação ou admissão de pessoal, estaria, restabelecendo a categoria de pessoal extranumerário, extinta por via constitucional.

A linguagem do Ato Complementar em causa, em seu § 1.º, poderá não alcançar prêmio de exatidão terminológica, mas não comporta certamente, em seu espírito, outro alvo senão o de remover, para o provimento de situações jurídicas já admitidas em lei, a vedação do corpo do preceito.

Outra disposição a ser entendida em seus estritos termos é a que permite “contratação ou admissão de pessoal para preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa”.

O sentido da norma de exceção é o de permitir substituição de pessoal nos casos de vacância pelos motivos enunciados, de forma a não reduzir os contingentes de servidores. A autorização de provimento se dirige, porém, ao cargo ou função que vagou e pelo processo legalmente permitido na legislação. Não fica

livre à Administração escolher o critério de preenchimento do cargo, de forma a valer-se, por exemplo, do contrato para prover cargo vago sujeito a concurso público.

Coerente, ainda, com o fundamento expresso no próprio Ato tais substituições de pessoal pressupõem a essencialidade da prestação dos serviços a que correspondem, constituindo abuso de poder o provimento de cargo ou funções vagas que manifestadamente não forem necessários ao “exercício de atividades públicas essenciais”.

Creio que já terei cumprido o papel que incumbe de agente catalisador dos debates com que certamente se enriquecerão os anais deste Encontro nacional.

Aqui ficam, na síntese desta palavra, temas que me parecem atuais ao diálogo científico, alto e livre para o qual estão mobilizados especialistas de todos os quadrantes.

Agradeço a todos a atenção paciente e aos promotores desse conclave a generosa hospitalidade.

**13.º SALÁRIO AOS SERVIDORES PÚBLICOS REGIDOS  
PELO ESTATUTO (\*)**

**Orlando Giraldi Vanin (\*\*)**

Legitimidade do município para editar norma.

**COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.**

Princípio da limitação e repartição de poderes entre as diferentes pessoas de direito público interno.

**TRIBUNAL DE CONTAS.**

Natureza do seu parecer, art. 16, § 2.º, da Constituição Federal.

Parece que se não discute mais hoje — quer na doutrina quer na jurisprudência — a natureza estatutária das relações entre o agente da Administração Pública e o Estado, que se exercem no campo do domínio público. Prevalece, pois, o interesse do serviço e não se admite acordo de vontades para estabelecer direitos particulares no plano individual, capaz de sujeitar o Estado àquelas figuras próprias do direito privado — composição, transação, disposição, renúncia e outras.

O administrador público, em outras palavras, exerce o poder de administração, sem ter a disposição, já que a faculdade conferida há de ser desempenhada, no interesse do serviço público, em conformidade com a lei. Ao contrário do particular,

---

(\*) Trabalho apresentado ao I Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado de 20 a 27 de janeiro de 1974, na cidade de Recife, PE.

(\*\*) Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e na Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre.

que pode fazer tudo quanto não lhe vede a lei, o agente da administração pública só pode fazer o permitido pela lei.

2. Apesar disso, ainda se discute se podem os municípios instituir o 13.º salário ou, também, chamada gratificação natalina, em favor dos servidores municipais submetidos ao regime jurídico do serviço público.

3. A dúvida resulta da posição assumida pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que, a exemplo de outros Pretórios de Contas: Paraná e Goiás — a teor do Ofício-Circular n.º 2534, de 6 de junho do ano em curso, do Senhor Diretor-Geral —, afirmou consideraria, a partir daquela data, “irregulares os pagamentos feitos a título de 13.º salário” aos funcionários públicos municipais, sujeitos ao regime estatutário, já que seria vantagem devida unicamente aos servidores submetidos à legislação consolidada (CLT).

Não se compreendendo, pois, diz o Tribunal de Contas, nessa categoria de trabalhadores, os funcionários públicos que têm regime próprio de proteção laboral, estão sujeitos a uma política de paridade salarial, tal como preconizado pela EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1/69.

4. Depois de uma série de decisões isoladas, de turna, em sessão plena de 15 de agosto do ano de 1972, não só o Tribunal de Contas ratificou seus julgados anteriores sobre a matéria — invocando especialmente o da sessão de 16 de junho —, como procurou aduzir novas razões para melhor sustentar a posição adotada pela Turma.

Os fundamentos, porém, são os mesmos, eis que, por sua natureza jurídica, por ser vantagem trabalhista, o 13.º salário só seria pagável a tal grupo de servidores, sendo vedado ao legislador local dispor a respeito, “sem prévia instituição em lei federal, aos funcionários municipais estatutários, tendo em vista o art. 13, item V, da Constituição Federal de 1969 e art. 15, § 1.º, da Lei Federal n.º 4.345, de 26 de junho de 1964”; respeitados os limites federais, o 13.º salário poderia “ser absorvido em futuras leis municipais de aumento”.

Mais precisamente, afirma o voto vencedor:

“Para evitar o decesso salarial que representar para esses servidores o não-pagamento do 13.º salário a solução será a sua absorção, no duodécimo, ao vencimento mensal...” (ut “Boletim Informativo do Tribunal de Contas”, n.º 10, p. 79)

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

Cita, igualmente, em abono da tese, que idêntica posição têm os Tribunais de Contas dos Estados de Goiás e do Paraná, além de referir parecer do Dr. CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, que, oficiando no Processo n.º 377/72, asseverou:

“Continua a entender esta Assessoria Jurídica que, havendo a Constituição Federal de 1967, desde a sua primitiva redação, cassado a competência dos Estados e Municípios para estabelecer normas sobre os seus funcionários públicos, consoante se verifica do seu art. 13, n.º V, passando a ser matéria privativa da União não pode ser concedida a funcionários públicos estaduais ou municipais, regidos por disposições estatutárias, vantagem inexistente em relação aos funcionários federais ou expressamente autorizada em lei federal para esses Estados e Municípios.” (id. págs. 78/79 e “Boletim Informativo Serfhau”, vol. 6, n.º 57, pág. 51)

5. O julgado do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Goiás, que conheço, não se presta para o cotejo, porque cuida de hipótese bem diversa. No caso, *sub examine*, considera-se a figura do 13.º salário ou gratificação natalina, em virtude de lei municipal concessiva do benefício, a servidor público regido pelo Estatuto enquanto a decisão visa ao agente político, já que se refere a Prefeito Municipal, *verbis*:

#### “13.º SALARIO

CONSULTA N.º 81: ... Diante do exposto, indagamos se é o Prefeito Municipal considerado servidor público e, em consequência, pode ele perceber, também, o 13.º salário.

RESPOSTA: O Prefeito não é funcionário público. Ele é um agente político do Governo. A sua situação jurídica é totalmente diferente dos que vinculam ao regime estatutário ou das leis trabalhistas. Diz, a propósito, DIOGO LORDELLO DE MELLO: “O Prefeito não é funcionário, mas um agente político responsável pelo ramo executivo de uma unidade de Governo autônomo, o Município”. Não é servidor público e, portanto, não tem direito ao 13.º salário, vantagem que a lei assegura apenas ao funcionalismo. No mais, o pagamento do 13.º salário ao Prefeito, vem

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

ferir a regra da pré-fixação dos subsídios do chefe do executivo municipal antes de sua posse." (in "Assuntos Municipais, Tribunal de Contas do Estado de Goiás", n.º 29, p. 31)

6. A decisão do ilustrado Tribunal de Contas do Estado do Paraná funda-se, em síntese, no fato de que, não existindo lei federal concessora da vantagem, não poderiam os municípios instituí-la, porque haveria disparidade de tratamento (ut "Tribunal de Contas do Estado do Paraná", janeiro e fevereiro de 1972, publicação n.º 9, pág. 28 e seguintes).

Finalmente, traz-se à colação acórdão do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo para justificar que existem diferenças entre os servidores sujeitos ao regime estatutário e os do regime trabalhista.

7. Ressalvada a solução do caso apreciado pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Goiás e que não tem pertinência com a figura considerada, as decisões das respeitáveis Cortes de Contas do Rio Grande do Sul e do Paraná, a par de não serem unânimes, não encontram, salva reverência, apoio no direito e na melhor doutrina.

A razão está, portanto, com os ilustres prolores dos votos vencidos.

8. O eminente Conselheiro EURICO TRINDADE NEVES (hoje Presidente do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul), afirmando não ignorar todas as manifestações arroladas pelo eminente Conselheiro Relator do processo — embora lhe reconheça autoridade pessoal na matéria —, não se mostra convencido; nem percebe eiva de inconstitucionalidade ou ofensa a regras de maior hierarquia às leis municipais concessoras de tal benefício.

Não vê, de conseguinte, conflito entre as leis municipais e o art. 13, inciso V, da Carta Federal, como, também, não reconhece qualquer serventia para o desate da espécie a invocação do art. 15, § 1.º, da Lei Federal n.º 4.345, de 26/6/64. (Veja-se o "Boletim Informativo do Tribunal de Contas", ano IV, agosto de 1973, n.º 10, pp. 75/83)

9. A posição mais acertada é, repita-se, a dos votos vencidos. É o que se demonstrará. Como primeira razão invocada — tal como registra o ofício da Direção-Geral — estaria o fato de que, no plano federal, só os trabalhadores protegidos pela legislação obreira fariam jus e os servidores sujeitos ao regime estatutário não mereceriam o favor legal porque a EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1/69 busca uma política de paridade.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

A figura da paridade tem em vista um princípio de isonomia, isto é, busca evitar que os vencimentos dos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário sejam superiores aos "pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas." (ut C. F., art. 98)

Dirige-se a servidores de uma mesma pessoa jurídica, embora de diferentes setores e até Poderes, não cogitando, pois, da situação de servidores entre pessoas de esferas diversas. Destes cuidará a lei complementar de que fala o art. 64 da Carta Federal e a Lei Federal que se recomenda no art. 13, item V. Enquanto, porém, não forem editados tais diplomas, inexistente qualquer paradigma capaz de mostrar o desacerto da administração local e, a seu turno, a existência de agressão a preceito federal.

10. De menor valia, ainda, me parecem os argumentos aduzidos ao ensejo da ratificação do julgado, na sessão de 15 de agosto. Tenho-os até por inconciliáveis, sem registrar que brigam, a um mesmo tempo, com princípios, cuja distinção é fundamental em direito constitucional.

Assim o é, por exemplo, quando fala da imprescindibilidade de lei federal para autorizar o legislador local a atuar, mas que

"... para evitar o decesso salarial ... a solução será a sua absorção, ..., ao vencimento mensal",

ou, citando CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, afirma:

"... a Constituição Federal de 1967, desde a sua primitiva redação, (teria) cassado a competência dos Estados e Municípios para estabelecer normas sobre os seus funcionários públicos, consoante se verifica de seu art. 13, inciso V, passando a ser matéria privativa da União..."

Ora, se não o pode dar porque seria irregular o pagamento pela ausência da lei federal, igualmente, não o poderia conferir sob qualquer outro título e, muito menos, absorvê-lo nos ganhos mensais, pela só e mesma razão de inexistir a reclamada lei federal; e, a seu tempo, a Lei Federal n.º 4.345, de 26/6/1964, a que faz referência o julgado, apenas cuida da revisão de níveis salariais para o pessoal da União; e, igualmente, o outro argumento de que os Estados e Municípios não teriam mais competência para legislar sobre os seus funcionários nega o princípio federativo do sistema legal brasileiro.

Semelhante afirmação, por si só, conscientemente lançada, dispensa que se continue examinando os demais conceitos, pois não será difícil compreender o desacerto do resultado.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

11. A Carta Federal vigente, de forma ampla, dispõe sobre a figura da competência das diferentes pessoas de direito público interno nos arts. 8.º a 16, onde mostra que o princípio consagrado pela ordem jurídica nacional é o das competências limitadas e repartidas. Diante, pois, de tal ordenamento há limitações às atividades de todas as pessoas, com maiores ou menores reservas

No art. 15, procurou o legislador constituinte definir a figura da autonomia municipal, estabelecendo que será assegurada pela administração própria, especialmente no que diz com a decretação e arrecadação de tributos, aplicação das rendas e organização dos serviços locais, competindo, pois, aos Órgãos Municipais — Prefeito e Câmara de Vereadores — elaborar os necessários instrumentos legais para o fiel cumprimento de tais encargos e prerrogativas. (ut Disposições da Constituição Federal e da Constituição Estadual)

É, sem dúvida, assunto de peculiar interesse do Município, entre outros, o de que se cogita — remuneração dos servidores municipais, tanto do Órgão Executivo quanto do Legislativo. Desde que atendidos os princípios constitucionais aplicáveis aos servidores públicos em geral (C. F., art. 97 a 101; C. E., art. 88 a 113), pode o Município, livremente, de acordo com as conveniências locais, estabelecer a remuneração a ser paga aos seus funcionários, não tendo ainda qualquer interferência o art. 13, V, da Constituição Federal, que manda serem respeitados, pelos Estados e Municípios, os limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal, já que inexistente qualquer diploma federal disciplinando a matéria.

Editado, a seu tempo, o diploma federal de que fala o mando constitucional — desde que observados os limites desse ordenamento — não seria infringente da Carta Federal lei local que deferisse semelhante vantagem. A lei federal disporá sobre os limites e não sobre as diversas parcelas de que se comporá o ganho dos servidores municipais.

12. A União Federal, tenho como princípio assente e inquestionável, tem competência para editar “normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública” (ut art. 8.º, inciso XVII, letra c, C. F.), e, nessas matérias, só em caráter supletivo ou complementar, poderá haver legislação dos Estados-membros e Municípios. Recusa-se, com efeito, em tais circunstâncias, a essas pessoas competência para elaboração de preceitos fundamentais. O mesmo, porém, não se verifica naquelas hipóteses em que o Legislador constituinte autoriza a dupla competência ou a competência concorrente. Distingue, pois, o Pacto Fundamental Brasileiro, a exemplo das legis-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

lações estrangeiras, a competência legislativa fundamental e a competência legislativa complementar ou supletiva e a concorrente.

Na hipótese de competência supletiva, não podem os Estados-membros e Municípios editar regras fundamentais, sob pena de serem afastadas por infringentes da Lei Magna. O mesmo, todavia, não se verifica quando se cuida da figura de competência concorrente, isto é, dupla competência, a Federal e a das demais pessoas, embora sem cumulatividade.

13. A propósito da espécie, com a precisão invejável de sempre, PONTES DE MIRANDA ministra:

“COMPETÊNCIA CONCORRENTE — O texto estende, ao longo de algumas matérias, a dupla competência — a do centro e a do Estado-membro respectivo. A leitura dele logo nos mostra quanto se admitiu a concorrência de atribuições, sem cumulatividade, Portanto, a supletividade. É um ponto em que assaz se distingue do direito constitucional de 1891-1930 o novo direito constitucional do Brasil (1934-1967). Uma vez que não é cumulativa, a competência concorrente do art. 8.º, parágrafo único, permite que se conceitue a uma das competências como superior à outra — não porque se lhe dê mais, e sim porque se lhe deixa, às vezes, o poder de escolher os próprios limites. A União legisla, e os Estados-membros editam regras jurídicas supletivas. Mas há regras jurídicas complementares, que não são supletivas, em sentido estrito.

.....  
Deixa-se campo aos Estados-membros, o que exclui a codificação, pelo menos a codificação no sentido material, a codificação exaustiva.  
.....

Para o corte como inconstitucional, é preciso que o legislador central tenha ido a pormenores absurdos, pelo intervir em “particularidades” do Estado-membro; e.g., vedando qualquer regra jurídica estatal a respeito de replantio das florestas e sendo-lhe peculiar a necessidade de certas árvores para a sua indústria de corantes.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

Enquanto não há legislação federal, a legislação estadual é aplicada, ainda em se tratando de regra jurídica geral, ou regra jurídica fundamental.” (in “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969”, tomo II, 2.ª ed., pp. 168, 169 e 170)

14. Sobre a competência privativa que os Municípios têm para legislar sobre assuntos de seu peculiar interesse, em especial sobre a remuneração de seus servidores, assim se expressa HELY LOPES MEIRELLES:

“Os Municípios, como os quer a Constituição Federal vigente, exercem a sua autonomia sob o tríplice aspecto político (composição de seu governo e imposição das normas locais), administrativo (administração de seus bens e organização de seus serviços) e financeiro (decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas).

No âmbito desses assuntos, de seu peculiar interesse, nenhuma interferência pode ter a legislação federal ou estadual, porque o poder normativo está constitucionalmente deferido ao próprio Município.

O Estado-membro só tem o poder de organizar os seus municípios, o que não se confunde com a organização dos serviços do Município. A estrutura municipal, em cada Estado, é dada pelo próprio Estado, mas a organização interna dos serviços locais é da competência do próprio Município, segundo as leis por ele votadas. Isto é da essência da nossa organização municipal.

Nem se compreenderia uma autonomia para organizar serviços locais, em que o Estado fixasse as condições de funcionamento do serviço e estabelecesse a remuneração a ser paga, pelo Município, aos seus servidores. Isto seria a negação da autonomia administrativa e a destruição financeira.

Com efeito, a fixação de vencimentos ou vantagens para os funcionários municipais, por leis estaduais, aniquilaria a autonomia financeira do Município, pois ficaria a comuna obrigada a despendar com o seu funcionalismo o que o Estado lhe impusesse.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

Já então faltaria ao Município a liberdade de que fala a Constituição, para a aplicação de suas rendas.

No caso dos Municípios brasileiros só eles têm competência para instituir os seus serviços e fixar as condições de trabalho e de remuneração de seu pessoal, levando em consideração as peculiaridades locais e as possibilidades de seu erário. Na organização de seu funcionalismo, o Município só está adstrito aos mandamentos pertinentes da Constituição da República, para os funcionários em geral, das três entidades estatais (arts. 184 e 194).” (“Assuntos Municipais”, 1965, pp. 546 a 548, grifei)

15. JOÃO BUARQUE DE GUSMÃO, Procurador do Estado de São Paulo, em parecer publicado no Boletim Informativo do SERFHAU, n.º 41, p. 61, pronunciou-se de maneira positiva e categórica sobre o assunto, nos seguintes termos:

“Esta Procuradoria tem entendido uniformemente que o Município, dentro da garantia constitucional da autonomia, pode dispor livremente sobre a organização dos serviços públicos locais, devendo, contudo, atender aos princípios expressamente estabelecidos na Lei Maior do País.

Por outro lado, quando a Constituição Federal diz, no art. 200, que nas disposições ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislativo dos Estados, entendemos que o dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o que dispõe o art. 13 da mesma Lei Básica do Brasil. Ora, como inexiste proibição constitucional, nada obsta a que o Município, no uso e gozo de sua autonomia para dispor livremente sobre tudo o que disser respeito a seu peculiar interesse, conceda a seus funcionários a gratificação de fim de ano.”

Essa também é a opinião do Professor ADILSON DE ABREU DALLARI, Diretor do CEPAM, o qual, na obra “Questões de Direito e Administração Municipal”, recentemente publicada com a finalidade de dar publicidade aos problemas discutidos no XVI CONGRESSO ESTADUAL DE MUNICÍPIOS, promovido pela Associação Paulista de Municípios, assim se manifestou:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

“Somente os contratados no regime da CLT têm direito ao 13.º, por disposição da própria CLT. Quanto aos contratados, no regime da CLT, o Prefeito não pode deixar de pagar; quanto aos titulares de cargos efetivos, estes somente receberão uma gratificação de natal, assemelhada ao 13.º, se houver lei municipal nesse sentido.” (grifei)

Outro não é o entendimento do ilustre Professor ANGELITO AIQUEL e seu corpo de assessores, que, através do Parecer n.º 871, de 14/9/1973, ministra:

“Não é necessário alinhar mais argumentos para configurar os pareceres anteriores, sempre no sentido da possibilidade legal da concessão da vantagem do 13.º salário ou abono de Natal aos funcionários regidos pelo Estatuto. Com as valiosas contribuições carreadas, esta Delegação vê reforçado o acerto do seu ponto-de-vista. Os argumentos contrários não abalaram a convicção, não obstante o grande respeito e apreço que merecem seus preclaros autores. Verifica-se, inclusive, que a corrente contrária ao 13.º salário, sob o argumento de que os funcionários federais não são beneficiados por igual vantagem, admitem a existência de outras vantagens, para os funcionários estaduais e municipais, não beneficiados, por igual, os funcionários da União. Resta, então, responder especificamente as questões que nos têm sido suscitadas.

Cumprindo o dever desta DPM de dar sua interpretação aos municípios que a consultam e de indicar as possíveis soluções àqueles que desejam manter sua lei e cumpri-la, responde ela da maneira seguinte:

a) Entendemos que as leis municipais que concedem 13.º salário, ou abono de Natal, gratificação de fim de ano, ou que outro nome possam ter, são perfeitamente constitucionais e não estão infringindo nenhuma disposição de lei federal fixadora de limites para a remuneração dos funcionários estaduais e municipais, prevista no art. 13, V, da Constituição Federal, pelo simples fato de que essa lei não foi editada ainda.

b) Os municípios são livres para revogarem ou manterem vigentes as leis que possuem nesse sentido, usando da autonomia que lhes é assegurada pelo art. 15 da Carta Federal, para a administração naquilo que seja de seu peculiar interesse.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

c) Mantendo-as em vigor, podem ou não cumpri-las, conforme entendam de seu interesse. Todavia, cumpre esclarecer que: 1.º) Se as cumprirem, estão sob o risco de terem a despesa correspondente impugnada pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado, conforme circular expedida, caso aquela Corte de Contas não haja reformulado seu entendimento até essa ocasião. 2.º) Se houver essa impugnação, pode o município levar o assunto a ser decidido em Juízo, o que também poderá fazer antes, se assim o desejar, já que o entendimento de inconstitucionalidade dos Tribunais de Contas só pode ser recebido como um pronunciamento opinativo, visto que não se encontra entre as suas atribuições constitucionais a de declarar a inconstitucionalidade das leis. Ao Egrégio Tribunal de Contas, conforme manda a Constituição do Estado, cabe a importantíssima missão de controlar a administração financeira e orçamentária (art. 53), cabendo-lhe adotar providências para o exato cumprimento da lei, no caso de verificar ilegalidade de qualquer despesa (art. 53, § 1.º). Exigir o cumprimento da lei é coisa diversa de declarar a inconstitucionalidade da lei. O órgão estadual constitucionalmente encarregado da assistência jurídica aos Municípios é a Consultoria-Geral do Estado (art. 87) e a declaração de inconstitucionalidade das leis é atribuição privativa do Poder Judiciário e, assim mesmo, pelo voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais que o integram (Constituição Federal, art. 116, repetido no art. 139 da Constituição do Estado).

d) Se os municípios mantiverem em vigor as leis e não as cumprirem, os funcionários prejudicados poderão recorrer à justiça para compelirem as administrações ao pagamento da gratificação.

De qualquer forma, colocada como está a questão, parece que a solução esclarecedora final será dada pelo Egrégio Poder Judiciário.”

De feito, a posição da Consultoria-Geral do Estado preconizada — através do Parecer n.º 1189 —, em 19 de abril de 1971 e a 8 de novembro último, reafirmada mediante a emissão do Parecer n.º 2444 e do correspondente despacho de encaminhamento desse estudo à Prefeitura Municipal de Igrejinha, além de não ser isolada, encontra amplo respaldo em manifestações dos mais autorizados autores.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

16. A extensão, aliás, do 13.º salário aos servidores públicos regidos pelo regime jurídico próprio — Estatuto —, representaria o fim de grave injustiça, segundo entendimento sufragado pela Consultoria-Geral da República, ao tempo do eminente Professor ADROALDO MESQUITA DA COSTA, em trabalho que mereceu acolhimento de Sua Excelência, o Senhor Presidente da República, *verbis*:

“Presentemente, o salário do servidor regido pela CLT — ao qual se estendeu o direito ao 13.º salário — em verdade, está acrescido, mês a mês, de 1/12 sobre o quantum correspondente ao vencimento-base de seu colega funcionário sujeito ao regime estatutário: Enquanto esse recebe, apenas, 12 vencimentos em um ano, aquele recebe 13 salários no mesmo período. Essa situação parece encerrar grave injustiça, de modo que entendo de bom alvitre sejam tomadas as medidas cabíveis para corrigi-la.” (ut “Pareceres da Consultoria-Geral da República”, vol. 76, tomo VI, p. 505, Parecer H-586)

17. Dentro, pois, dessa ordem de idéias e considerações, tenho por indubitosa a legitimidade conferida aos municípios de editarem regra própria concessiva do 13.º salário aos servidores municipais regidos pelo Estatuto e, por outro lado, posição contrária que possam vir a assumir os Tribunais de Contas em tais hipóteses não é, *data venia*, de ser acolhida, uma vez que, não sendo incontroverso o assunto e havendo razões suficientes que demonstram o desacerto da medida até mesmo com brilhantes votos vencidos, podem as Câmaras de Vereadores, na forma do art. 16, § 2.º, da Constituição Federal, recusá-la, *verbis*:

“Art. 16 — .....

§ 2.º — Somente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal deixará de prevalecer o parecer prévio, emitido pelo Tribunal de Contas ou Órgão estadual mencionado no § 1.º, sobre as contas que o Prefeito deve prestar anualmente.”

Se, todavia, a Câmara de Vereadores não rejeitar, penso que ao Chefe do Órgão Executivo restaria o caminho judicial e, uma vez demonstrado que as contas do Prefeito deixaram de ser aprovadas, pelo só fato de ter pago o 13.º salário na forma da lei municipal, estou certo de que o Egrégio Poder Judiciário — que

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 183-195, 1974

ainda não se pronunciou sobre a matéria — não recusaria conferir-lhe a correspondente quitação de regularidade, eis que ninguém pode, estando no exercício regular de direito ou cumprimento de dever legal, sofrer constrangimento ou, o que seria pior, o labéu de desonesto.

(relatada e debatida a presente tese foi, afinal, aprovada pela Comissão para Estudo do Regime Jurídico do Servidor Público Municipal, do 1 Encontro Nacional dos Procuradores Municipais sem qualquer voto divergente, adotando-se as seguintes conclusões:

a) é legítimo que o Município legisle sobre o 13.º salário (ou vencimentos para o seu pessoal, seja ele contratado, ou sujeito ao regime estatutário, ou submetido a qualquer outro tipo de vinculação com o serviço público.

b) Não importa, para o pagamento do 13.º salário, que lei federal fixe limites máximos de remuneração, nos termos do artigo 13.º V, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Essa fixação poderá interferir no quantum a ser pago pelos municípios aos seus servidores, mas não poderá impedir o pagamento do 13.º salário, ou gratificação pois que, tal pagamento e sua fixação por lei municipal é corolário de autonomia do município, assegurada pela mesma Constituição.

c) A denominação de gratificação, 13.º vencimento, 13.º salário ou qualquer outra no mesmo sentido fica a critério exclusivo da lei local).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8) 183-195, 1974

**CAIXA DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA DE  
FUNCIONÁRIOS DE BANCO**

**Arnoldo Wald (\*)**

**INSOLVÊNCIA. CONSEQUÊNCIAS.**

Invalidez de estipulações que violam a Constituição Federal, deturpam a natureza e finalidade das instituições de seguridade social e infringem as normas aplicáveis às sociedades por ações. Inconstitucionalidade, incompetência *ratione materiae* e desvio de poder como vícios das decisões tomadas a respeito da CAIXA. Remédios eventualmente cabíveis: I) Anulação das cláusulas viciadas; a) unilateralmente pela direção do Banco; b) mediante decisão judicial em ação popular; c) em virtude de acordo com os interessados. II) Respeito das situações jurídicas, embora tenham sido irregularmente constituídas, legitimando-se as soluções dadas de acordo com os princípios da boa fé e da presunção de legitimidade dos atos administrativos, realizando-se a modificação do sistema para o futuro, em bases atuariais sólidas, com a criação de Fundação como sucessora da CAIXA. Possibilidade de permitir e incentivar a opção dos antigos contribuintes para o novo sistema.

---

(\*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara e Advogado no Estado da Guanabara.

## I. OS FATOS

1. O Banco, pelo seu eminente Presidente, solicitou-nos um estudo jurídico dos problemas da Caixa de Previdência e Assistência dos seus funcionários, a fim de apreciar a legalidade dos atos praticados e encontrar uma solução adequada para a instituição, no interesse comum do Banco e dos seus funcionários.
2. A realidade contábil e atuária da CAIXA já foi estudada e minuciosamente analisada. A presente situação decorre do fato de terem sido instituídos benefícios excessivamente generosos correspondentes a contribuições insuficientes, sem um Fundo de Reserva matemática. Por outro lado, as hipóteses biométricas e demográficas, em que se fundamentou o plano, não foram confirmadas e não houve previsão matemática adequada para as obrigações assumidas pela instituição previdenciária (como, por exemplo, o reajustamento monetário automático).
3. O parecer técnico propõe, alternativamente, o reerguimento da CAIXA como associação civil ou o seu fechamento, em virtude de sua insolvência, com a posterior criação de nova instituição previdenciária em bases atuariais e contábeis sólidas, devendo a nova entidade encampar todos os compromissos de complementação salarial assumidos pela CAIXA. Conclui o mencionado estudo que, independentemente da solução alvitada para o futuro, deve ser reconhecida a "plena e integral responsabilidade financeira do Banco quanto aos compromissos." Quanto às operações já realizadas pela CAIXA, entende o parecer que, embora idealizada com boas intenções, a entidade optou por uma orientação que se apresenta "onerosa, arriscada, insegura, com tendência de aumento de custo operacional e possibilidade de novos desequilíbrios técnicos no futuro."
4. Os aspectos jurídicos decorrentes do parecer técnico-atuarial abrangem respectiva e sucessivamente o exame
  - a) da regularidade das decisões tomadas pela Diretoria do Banco no tocante à CAIXA;
  - b) dos direitos e deveres decorrentes da criação da CAIXA para o Banco e para os seus funcionários, que contribuíram aceitando o plano previdenciário, tendo sido aposentados ou continuando em atividade;
  - c) da solução jurídica a ser dada ao caso.
5. Da leitura do parecer técnico-atuarial e da documentação que nos foi apresentada, pudemos preliminarmente concluir que

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

existem dois problemas distintos: o do futuro, para o qual se impõe uma nova estrutura previdenciária organizada em bases técnicas sólidas, e o do passado, em relação ao qual deve ser encontrada uma fórmula não apenas juridicamente adequada mas também justa, para conciliar o interesse do Banco e o de seus funcionários, contribuintes da CAIXA, que não devem nem podem perder as contribuições que efetivamente realizaram, não lhes cabendo, em tese, arcar com qualquer prejuízo, pois, de sua parte, nenhuma culpa ocorreu e contribuíram compulsoriamente para um plano previdenciário aprovado pela Diretoria da instituição financeira empregadora. Por outro lado, não se pode olvidar a apuração da responsabilidade dos diretores da empresa que, levianamente, transformaram uma instituição de previdência numa sociedade filantrópica e usaram uma empresa comercial (o Banco) como instrumento para distribuir benefícios desproporcionais às contribuições recebidas.

Encaminhamos o nosso parecer com esse espírito de encontrar soluções lícitas, justas e compatíveis com os interesses das partes e de apontar os eventuais remédios jurídicos e processuais para cada situação, deixando à Alta Administração do Banco a função, que lhe incumbe, de escolher, entre as alternativas válidas, aquela que lhe parecer mais conveniente.

## II. DA IRREGULARIDADE DAS DECISÕES DA DIRETORIA DO BANCO REFERENTES À CAIXA E DAS RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

6. A Diretoria do Banco aprovou a criação da CAIXA e os seus estatutos, conforme se verifica pelos documentos apresentados.
7. Em virtude dos mencionados Estatutos e de decisões posteriores da Diretoria do Banco, transformou-se a CAIXA numa instituição que necessariamente deveria caminhar para a insolvência. Efetivamente, não se equacionou, desde o início, um sistema adequado de proporção entre as contribuições devidas pelos empregados e os benefícios a lhes serem pagos, não se constituindo um Fundo de reserva, com o investimento necessário e adequado dos recursos da CAIXA. Ao contrário, foram generalizados, com excessiva liberalidade, os favores previdenciários, sem qualquer preocupação quanto à futura mobilização dos recursos para atender às obrigações e responsabilidades pela instituição.
8. Quando da elaboração dos Estatutos, várias de suas disposições já feriam ostensivamente o espírito das entidades previ-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

denciárias, consagrando situações de verdadeira liberalidade só explicáveis em instituições filantrópicas. São exemplos característicos dessas situações as seguintes:

- a) a dispensa de carência para os associados admitidos anteriormente à data da aprovação dos Estatutos;
- b) a admissão do pagamento à CAIXA das contribuições correspondentes ao tempo de serviço prestado em outras empresas;
- c) a isenção de contribuições por parte do aposentado.

9. Posteriormente, a interpretação excessivamente liberal dos Estatutos ainda agravou a situação, ensejando a dispensa, pela administração, de parte da contribuição dos empregados que, por algum tempo, se tinham afastado da empresa e estabelecendo, assim, um sistema paternalista totalmente incompatível com as regras matemáticas que deviam ser aplicadas à matéria.

10. Finalmente, a decisão de aplicar à complementação da pensão a correção monetária, que incidia sobre a remuneração dos funcionários ativos, tornou inviável o funcionamento da CAIXA, em termos previdenciários, por ser o aumento dos funcionários ativos normalmente superior à elevação do custo de vida e atender a critérios de produtividade e de melhoria salarial.

11. Houve, assim, na época, por parte da Diretoria do Banco, responsável pelo encaminhamento da CAIXA, uma verdadeira distorção da instituição previdenciária, à qual foram atribuídas obrigações sem qualquer relação com os seus haveres e seu patrimônio, ensejando assim a sua evidente deturpação e a ameaça de insolvência que sobre ela paira atualmente. Com os encargos que lhe foram atribuídos, perdeu a CAIXA caráter de instituição de previdência, que, constitucional e legalmente, pressupõe um certo equilíbrio orçamentário, uma possibilidade de previsão de gastos e de receita e a viabilidade econômica do contrato de complementação de pensão. Tornou-se uma entidade filantrópica, no melhor estilo paternalista, subsidiada pelo Banco que assumiu, na matéria, riscos incomensuráveis ao adotar um sistema totalmente condenado pela boa técnica atuarial, sistema que só se admite numa entidade nacional, gozando da prerrogativa de contar com o ingresso natural e necessário de toda a população do país em momento de desenvolvimento demográfico e com poderes para reajustar, ao seu bel-prazer e em qualquer momento, as suas taxas de contribuição.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

12. A utilização dos recursos da CAIXA em financiamento e empréstimos aos mutuários à taxa de 12% ao ano constituiu, por sua vez, na época, um verdadeiro crime contra o patrimônio da entidade previdenciária, especialmente atendendo-se aos níveis da inflação então vigentes.

13. Como foi salientado pelo Parecer técnico e, anteriormente, pelos estudos dos atuários, "a concessão da cláusula de reajustamento automático dos benefícios em curso resultaria na derrocada do "Regime de Repartição de Capitais de Cobertura" e em sua substituição forçada pelo Sistema de Repartição Simples de Danos de notória instabilidade técnica... ", que "é altamente perigoso, sem segurança alguma, porque não é "SEGURO" nem "PREVIDÊNCIA SOCIAL". Consiste em arriscar, em enfrentar o que der e vier, pois "Deus é brasileiro".

14. Na sua conclusão esclarece, ainda, o Parecer técnico que:

"O Plano elaborado, de "Repartição de Capitais de Cobertura" não foi executado; o Fundo não foi criado; as sobras inicialmente acumuladas foram dissipadas e, finalmente, o Plano foi abandonado, passando a CAIXA a navegar ao sabor dos ventos, sem nenhuma orientação técnica, sem plano algum".

15. As decisões tomadas pela Diretoria do Banco em relação à CAIXA se caracterizam, pois, por um triplo vício: a inconstitucionalidade, a incompetência e o desvio de poder.

#### a) Da Inconstitucionalidade

16. A Constituição Federal vigente determina, no parágrafo único do seu art. 165, que:

"Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total."

Este princípio corresponde, no orçamento público, à necessária equivalência entre a despesa e a receita, a fim de vedar qualquer despesa que não tenha como suporte uma receita previamente estabelecida. O equilíbrio orçamentário das instituições previdenciárias tornou-se princípio constitucional a partir da Emenda Constitucional n.º 1, justamente com a finalidade de evitar a insolvência das entidades assistenciais. A doutrina esclarece que a nova norma constitucional surgiu para evitar

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

“a concessão, por via de leis demagógicas, de novos benefícios com elevados ônus, sem o correspondente meio financeiro para a sua cobertura.” (MARCELO PIMENTEL, HÉLIO C. RIBEIRO, MOACYR D. PESOA, *A Previdência Social Brasileira Interpretada*, Rio-São Paulo, Forense, 1970, pág. 298).

17. Comentando a norma federal, esclarece a doutrina que ela se aplica a todas as situações vinculadas direta ou indiretamente às pessoas jurídicas de direito público. Tratando-se de princípio programático, impõe-se não só à União Federal e aos Estados e Municípios, mas ainda às autarquias e às sociedades de economia mista. Adverte a este respeito, com a sua incontestável autoridade, PONTES DE MIRANDA que

“Não é válido qualquer ato do Poder Executivo ou (administrativo) do Poder Judiciário, ou mesmo do Poder Legislativo, que crie, aumente ou estenda o serviço assistencial ou de benefício, SEM QUE HAJA O FUNDO PARA O CUSTEIO TOTAL. O FUNDO PODE SER DE DESPESA DA UNIÃO, ou da União e de outra entidade estatal, PARAESTATAL ou PRIVADA.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º I de 1969*, 2.ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, vol. VI, pág. 258)

18. No caso, evidenciou-se a criação de benefícios sem a previsão de cobertura dos mesmos, o que, para um órgão assistencial de sociedade de economia mista, configura evidente ato inconstitucional, diante do texto imperativo do parágrafo único do art. 165 acima transcrito.

19. Essa problemática não é nova nem original. Já em 1970, o Professor Rio Nogueira, em conferência proferida no 4.º Congresso dos Institutos da Previdência Estaduais, em Manaus, salientou a este respeito que:

“Mal orientados, os poderes públicos muito tempo se descuidaram da técnica, quando a legislação se dobrava com freqüência ao desejo de certas classes privilegiadas; projetos se converteram em leis sem audiência dos órgãos autorizados e, frontalmente contrários às limitações teóricas, impunham à evolução de encargos a violenta torção no valor e na incidência dos benefícios, sem a competente receita de cobertura.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

O divórcio entre política e técnica foi a causa primária dos males de origem da previdência social brasileira. Empenhados na elaboração da Lei Orgânica da Previdência Social, políticos e atuários entendiam-se com muita dificuldade; às vezes bem intencionados, os primeiros prejudicaram a grande massa para concentrar somas consideráveis nas mãos de uns poucos privilegiados: — reduzindo alugueres, revendendo móveis e imóveis por valores históricos, cedendo empréstimos a baixas taxas, etc.

Por se oporem a tudo isso, atuários foram acusados de “forjar estatísticas contra os trabalhadores”. A muito custo, conseguiram introduzir na LOPS o artigo 118: “Nenhum outro benefício de caráter assistencial ou previdenciário, se não previsto nesta Lei, poderá ser criado pelos poderes competentes, sem que, em contrapartida, seja estabelecida a respectiva receita de cobertura.”

Mas não lograram impor a dinamização da área patrimonial capaz de evitar a descapitalização das reservas. Hoje, impossibilitados de honrar seus compromissos, sem meios de manter o valor real do amparo prometido, Institutos clamam pela revisão atuarial de suas Leis, e no perigo de sua insolvência, ameaçadas também se encontram a paz social e a segurança nacional”. (RIO NOGUEIRA, *O papel da matemática nos problemas previdenciais*, separata do Mensário Estatístico de abril de 1973, pág. 45)

20. Situação análoga à da CAIXA surgiu no Instituto de Previdência dos Congressistas (IPC), criado pela Lei n.º 4284, de 20.11.1963 e que exigiu completa reformulação que lhe está sendo dada pelo Projeto de Lei n.º 55, de 1972, que também consagra, no seu art. 2.º, o princípio constitucional, redigido nos seguintes termos:

“Nenhuma prestação de caráter assistencial ou previdencial poderá ser criada ou modificada no IPC sem que seja estabelecida a respectiva receita de cobertura.”

21. Ao infringir o princípio constitucional do resguardo do equilíbrio financeiro das entidades de previdência social, a então Diretoria do Banco violou a Norma Básica do país e praticou um ilícito administrativo e civil, um ato ilegal, cuja sanção nor-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

mal e necessária é a nulidade das decisões tomadas e a responsabilidade pessoal dos administradores culpados.

22. Evidencia-se a existência da violação da norma constitucional pela própria situação de insolvência em que se encontra atualmente a CAIXA, decorrência exclusiva ou predominante da organização de um orçamento no qual não se equilibravam a receita e a despesa, fazendo com que esta última se distanciasse cada vez mais daquela, numa ruptura de regra de ouro da previdência social, que é o equilíbrio dos haveres atuais e das responsabilidades futuras.

23. Como se não bastasse a inconstitucionalidade, as decisões da Diretoria tomadas em relação à CAIXA também sofrem do vício de incompetência como, em seguida, se demonstrará.

#### b) Da Incompetência

24. Os Estatutos do Banco, nos seus artigos 28 a 30, que se referem ao Pessoal, admitiram a criação da CAIXA para prestação de assistência aos funcionários do Banco.

Por sua vez, o art. 34 dos Estatutos, ao estabelecer o modo de distribuição do lucro apurado, estabeleceu que seria atribuída

- a) .....
- b) .....
- c) **quota para o Fundo de Assistência aos Funcionários a ser estipulada, anualmente, pela Assembléia Geral.**

25. Ficou, assim, claro e inequívoco que as verbas ou recursos destinados pelo Banco à CAIXA deveriam ser previamente aprovadas pela Assembléia Geral do Banco e não apenas pela Diretoria do mesmo. Assim sendo, ao estabelecer normas que não limitavam nem definiam adequadamente a contribuição do Banco para a CAIXA, não exigindo para tanto uma decisão prévia da Assembléia Geral, a Diretoria do Banco ultrapassou os poderes que lhe foram concedidos pelos Estatutos, atuando **ultra vires**, ou seja, fora dos limites de sua competência, pois não restringiu a responsabilidade do Banco ao valor "da verba fixada pela Assembléia Geral" nos precisos termos dos Estatutos.

26. Houve, pois, ato de autoridade incompetente, cuja sanção no direito administrativo é a nulidade. Essa nulidade é reconhe-

cida de modo uniforme pela doutrina e pela jurisprudência, tendo sido consagrada legislativamente na Lei n.º 4717, de 29 de junho de 1965, que no seu art. 2.º determina que:

"São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:  
a) incompetência

..... "

O artigo 1.º, do referido diploma, abrange não apenas a referência à União e às demais pessoas jurídicas de direito público, como também inclui as entidades autárquicas e as sociedades de economia mista.

27. A incompetência da autoridade assumiu, no caso, a forma do abuso de função, pois a Diretoria, embora com poderes para organizar a CAIXA, a estruturou de modo inadequado e contrariando os princípios estatutários da sociedade e a própria Lei das Sociedades Anônimas, que veda a concessão de liberalidade por empresa comercial. Efetivamente, existe evidente antinomia entre a CAIXA como foi organizada pela Diretoria do Banco e os princípios estatutários, que exigiam a aprovação da verba anual de assistência pela Assembléia Geral e a previsão de um equilíbrio entre a receita e a despesa. Conclui-se, assim, inequivocamente que a Diretoria era incompetente para praticar os atos que ensejaram as dificuldades de sobrevivência econômica da CAIXA.

28. A nulidade do ato praticado pela autoridade incompetente é matéria pacífica no direito brasileiro, como a respeito salienta, com a sua incontestável autoridade, SEABRA FAGUNDES:

"A competência vem rigorosamente determinada no direito positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais e, também, como meio de garantia para o indivíduo, que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado. Toda vez que o agente procede sem estar legalmente investido no cargo, ou, embora investido legalmente, excede ao agir o âmbito de atribuições que a lei lhe designa, há incompetência. No primeiro caso, exercendo o agente função que nunca lhe foi delegada, há o que BONNARD denomina **usurpação de função**, e, no segundo, apenas exorbitando de

função que lhe tenha sido atribuída, há abuso de função. (SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos atos administrativos*, 4.<sup>a</sup> Edição, Rio, Forense, pág. 68, n.º 35) no mesmo sentido, ensina o eminente Hely Lopes Meirelles:

“A competência para a prática do ato administrativo é a condição primeira para a sua validade. Nenhum ato-discricionário ou vinculado — pode ser realizado validamente, sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.” (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.<sup>a</sup> edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, pág. 156)

29. Mesmo se sairmos do campo do direito público para o do direito comercial, a mesma tese é aplicável, sendo considerado nulo e de nenhum efeito o ato de Diretoria praticado em desacordo com os Estatutos da sociedade comercial e com a lei.

30. De fato, o art. 121 da Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-lei n.º 2627, de 1940) esclarece que os diretores são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, responsabilizando-os, todavia, pelos atos culposos e dolosos e por aqueles que tiverem praticado “com violação da lei ou dos Estatutos”. Conseqüentemente, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que o ato violador da lei e/ou dos Estatutos é nulo de pleno direito e enseja a responsabilidade de quem o praticou.

31. A doutrina defende como princípio geral a inexistência de qualquer responsabilidade da sociedade pelo ato praticado pelo Diretor fora da sua competência. Neste sentido, afirma TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, autor do anteprojeto que se transformou na atual lei das sociedades por ações, que:

“A sociedade só é, em princípio, responsável pelos atos praticados pelo diretor competente, dentro, portanto, da esfera de suas atribuições e nos limites dos seus poderes.” (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por ações*, 2.<sup>a</sup> edição, vol. II, Rio, Forense, 1953, pág. 298, n.º 614, *in fine*)

E o mesmo autor acrescenta que “entre os atos violadores da lei e dos Estatutos se incluem todos os atos ou operações praticados pelos diretores com excesso de poderes ou fora das atribuições que lhes foram conferidas pelos Estatutos. (V. obra citada, vol. citado, pág. 323, n.º 635)

32. Mais recentemente, o Desembargador Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, no seu alentado tratado das *Sociedades por Ações*, resume a jurisprudência brasileira dominante, afirmando que, de acordo com as decisões dominantes, “os atos praticados em desconformidade com as atribuições e poderes especificados nos Estatutos, para cada Diretor, não vinculam a sociedade.” (CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, *Sociedades por Ações*, São Paulo, Saraiva, 1973, 4.<sup>o</sup> vol., pág. 76, n.º 960)

### c) Do Desvio do Poder

33. Na hipótese, além da incompetência, ocorreu evidente desvio de poder, pois a Diretoria foi incumbida de organizar uma entidade de previdência social, em bases científicas e realistas, e não uma sociedade filantrópica, cujos benefícios poderiam comprometer a própria estabilidade financeira da empresa comercial, o desvirtuamento sofrido pela CAIXA, não obstante as sérias e oportunas advertências dos técnicos, transformou a entidade que devia ser previdenciária em órgão filantrópico. Os benefícios deixaram, pois, de ter o caráter previdenciário previsto pelos Estatutos do Banco para se transformarem em verdadeiras liberalidades vedadas tanto pela lei comercial, como pelas normas de direito administrativo e bancário e pelos próprios Estatutos do Banco.

34. Na realidade, o art. 119 da Lei das Sociedades Anônimas, que é norma de ordem pública, ou seja, de caráter imperativo, determina *ipsis verbis* que

“os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade.”

35. Ora, no caso, o desvio de poder consistiu na deturpação das finalidades e da estrutura da CAIXA pela Diretoria do Banco que, em vez de organizar uma entidade previdenciária, abandonou os preceitos técnicos e atuários aplicáveis à matéria, transformando-a numa instituição filantrópica, desgarrada de todo o sistema previdenciário e condenada à insolvência pelo desequilíbrio, previsível desde o início, de sua receita e de sua despesa. O desvio de poder é definido pela doutrina como sendo o ato formalmente legal que engendra uma situação contrária ao espírito e à finalidade da lei. Como a respeito salienta o eminente Professor Afonso Rodrigues Queró, da Universidade de Coimbra, o desvio de poder não passa de uma modalidade do vício genérico chamado “violação da lei” e “consecução de um fim objetivo diferente daquele que a lei explícita ou implicitamente marca ao

agente". (AFONSO RODRIGUES QUEIRO, A teoria do desvio de poder em direito administrativo" in "Revista de Direito Administrativo, vol. VI, pág. 78)

36. A doutrina nacional salienta que o desvio de poder presuppõe o uso indevido pela autoridade de uma competência que lhe é atribuída, implicando numa violação oblíqua ou indireta dos fins legais, da mens legis. Alguns autores distinguem o excesso de poder — ato praticado fora da competência da autoridade — do desvio de poder — ato praticado dentro da competência, mas com uma finalidade diversa da almejada pela lei. Podemos afirmar que, na presente hipótese, as duas situações se caracterizam, pois a Diretoria não tinha poderes para estruturar a CAIXA como o fez e, dentro dos seus poderes, deturpou a instituição.

37. Ora, atualmente, ex vi do que dispõe a Lei n.º 4717, de 29/6/1965, no seu art. 2.º, letra e, o desvio de finalidade do ato administrativo constitui motivo para a sua nulidade, ensejando, pois, a invalidade das deliberações da Diretoria do Banco que oneraram indevida e excessivamente a CAIXA em detrimento dos próprios beneficiários.

38. Em conclusão, as decisões da Diretoria do Banco com relação à CAIXA são, pois, nulas por ter ocorrido:

- a) violação da Constituição Federal (art. 165, parágrafo único);
- b) incompetência da autoridade nos termos dos Estatutos do Banco (art. 121 do Decreto-lei n.º 2627/40 e art. 2.º, letra a, da lei n.º 4717/65);
- c) liberalidade realizada por sociedade anônima em violação flagrante da legislação específica (art. 119 do Decreto-lei n.º 2627, de 26/9/1940);
- d) deturpação da entidade (CAIXA), implicando em desvio de poder ou finalidade (art. 2.º, letra e, da Lei n.º 4717/65).

39. A nulidade das decisões de Diretoria, decorrente dos vícios acima referidos, pode ser

- a) decretada pela própria Assembléia Geral do Banco;
- b) declarada em ação judicial proposta para este fim.

40. Não há dúvida de que a sociedade pode declarar a nulidade de atos ilegais praticados pelos seus diretores. O princípio se

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

aplica tanto no direito público, quanto no direito privado, sem prejuízo da eventual responsabilidade que possa ocorrer em virtude de prejuízos de terceiros de boa fé decorrentes da decisão tomada.

41. Como o ato nulo não produz efeitos, nem cria direitos, é entendimento dos nossos tribunais e, inclusive, do Excelso Pretório que:

"A administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos". (Súmula n.º 346 do Supremo Tribunal Federal)

42. O mesmo princípio se aplica às empresas em geral e às sociedades comerciais, inclusive de economia mista, em particular.

Assim sendo, a própria Diretoria do Banco ou, eventualmente, a sua Assembléia Geral pode declarar a nulidade de decisões ilegais anteriormente tomadas por órgãos da sociedade. Do mesmo modo que a Assembléia Geral pode convalidar o ato irregular do Diretor, nada impede que decrete a sua nulidade, sem prejuízo da eventual responsabilidade daquele que praticou o ato. Tratando-se de ato ilegal praticado por autoridade incompetente, em tese, não haveria nenhuma responsabilidade da sociedade perante terceiros e os prejudicados só poderiam acionar os diretores culpados pelos atos por eles praticados, embora, na prática, a matéria possa suscitar divergências. Tratar-se-ia de aceitar, no caso, um risco calculado que consistiria na possibilidade de ações judiciais em que a CAIXA e/ou o Banco teriam que apresentar a sua defesa, com possibilidade de vitória.

43. A outra alternativa consistiria na propositura de uma ação judicial para declarar a nulidade das decisões tomadas e responsabilizar os diretores culpados. Essa ação poderia ser fundamentada na Lei das Sociedades Anônimas, que estabelece, todavia, prazos curtos (três anos), tanto para a anulação de Assembléias, como para a responsabilização dos diretores (artigos 156 e 157 do Decreto-lei n.º 2627, de 26/9/1940). Assim sendo, já estariam prescritas as ações previstas pela legislação comercial específica aplicável à hipótese, tornando inviável tal procedimento.

44. Ocorre que recentemente a nossa legislação criou a ação popular, atualmente regulamentada pela Lei n.º 4717, de . . . . 29/6/1965, de acordo com a qual qualquer cidadão pode ingressar em juízo para anular ou obter a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio de sociedades de economia mista e

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

para responsabilizar os seus autores, sendo o prazo prescricional no caso de cinco anos (art. 21). Poderiam, assim, os atuais diretores do Banco, com a assistência deste, intentar a ação popular com a finalidade de declarar nulos os benefícios incabíveis.

45. É incontestável o cabimento na hipótese da ação popular que destaca, expressamente, entre as entidades contra cujos atos pode ser intentada, as sociedades de economia mista (como o Banco) e os serviços sociais autônomos (como a CAIXA).

46. Interpretando o texto explícito da lei, a doutrina reconhece que "há atos jurídicos privados suscetíveis de serem invalidados em ação popular, como os produzidos por sociedades de economia mista." Os comentadores do novo texto legal esclarecem que a referência do art. 1.º a "quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos" tem o sentido de alcançar as entidades privadas "com uma extensão justificada pela presença do patrimônio público em seu patrimônio." Conclui o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, na sua excelente monografia sobre o assunto:

"Enfim, onde houver patrimônio público envolvido, sob qualquer forma, aí o cidadão poderá exercer seu poder fiscalizador, intentando a demanda popular contra atos lesivos a esse patrimônio, que também é seu." (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Ação popular constitucional*, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, pág. 117)

O mesmo autor reitera e complementa o seu pensamento ao afirmar que:

"certas pessoas e entidades particulares são sindicáveis em demanda popular conforme temos visto e dito: sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguros, certas instituições e pessoas subvencionadas pelo Poder Público, na forma prevista pelo art. 1.º da Lei n.º 4717". (ob. cit., pág. 132).

E o professor acrescenta que, em relação a tais entidades, podem ser apreciados, em ação popular, não apenas os atos delegados pelo Poder Público ou vinculados ou decorrentes dessa vinculação, mas ainda e também os atos particulares, de direito privado, civil ou comercial. Embora reconhecendo as eventuais dificuldades que poderão surgir, o mestre paulista adita que:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

"Tais pessoas e entidades (particulares, de direito privado) praticam atos de natureza privada, regulados pelo direito privado. Eventualmente, podem ser prejudiciais ao seu patrimônio, que, ao menos parcialmente, é também público pela participação do Tesouro em sua formação ou desenvolvimento." (JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., pág. 132)

47. A natureza e finalidade da ação popular constitucional têm sido definidas como mais um meio hábil de remediar às distorções decorrentes do exercício do poder político, como a respeito magistralmente ponderou o Professor e Juiz HELY LOPES MEIRELLES:

"Em última análise, a finalidade da ação popular é a obtenção da correção nos atos administrativos ou nas atividades delegadas ou subvencionadas pelo Poder Público. Se, antes, só competia aos órgãos estatais superiores controlar a atividade governamental, hoje, pela ação popular, cabe ao próprio povo intervir na administração para invalidar os atos que lesaram o patrimônio econômico, administrativo, artístico, estético ou histórico da comunidade. Reconhece-se, assim, que todo cidadão tem o direito subjetivo ao governo honesto." (HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1957, pág. 37)

48. Por outro lado, na área específica do direito comercial, admitir-se-ia também que, quer por acordo, quer por ação judicial, a CAIXA revisse as suas obrigações, a fim de obedecer à justiça comutativa, reduzindo assim os benefícios que não tivessem nma correspondência adequada com as contribuições. Tratar-se-ia da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual, nos contratos, é preciso que haja equilíbrio entre o que cada uma das partes se obriga a fazer e os benefícios decorrentes. Nada, pois, impediria que, alegando a cláusula *rebus sic stantibus* e comprovando a excessiva onerosidade das obrigações por ela assumidas, pudesse a CAIXA rever os benefícios devidos aos contribuintes, reduzindo-os aos seus justos limites, seja mediante acordo, seja em virtude de ação judicial proposta para esse fim.

49. Verificamos, pois, que a Diretoria atual, ao reorganizar o sistema de complementação de pensão e aposentadoria em bases razoáveis, de acordo com o exemplo de outras instituições, como

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

a Petrobrás, a Vale do Rio Doce e o Banco do Brasil, tem a alternativa, em relação ao passado, de:

- a) manter o **statu quo** dos antigos contribuintes, só estabelecendo um novo sistema para vigorar de agora em diante para os novos contribuintes;
- b) declarar a nulidade das decisões lesivas aos interesses do Banco e da CAIXA:
  - b.1) por simples decisão da Assembléia Geral do Banco;
  - b.2) em virtude de ação popular, com base no art. 153, § 31, da Constituição Federal e da Lei n.º 4717, de 29/9/1965, responsabilizando os diretores que praticaram as ilegalidades e/ou desvios de poder;
- c) obter judicial ou amigavelmente a redução aos seus justos limites dos benefícios devidos aos contribuintes, com base nas cláusulas *rebus sic stantibus* ou da excessiva onerosidade das prestações.

### III. DO NOVO SISTEMA A SER IMPLANTADO E DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

50. A política de complementação de pensões e aposentadorias corresponde a um imperativo da evolução da nossa sociedade, a fim de evitar que, em virtude da morte do chefe de família ou de sua aposentadoria, haja uma brusca e injustificável queda do nível de vida seja do funcionário, seja de sua família. Com essa finalidade, criaram-se, nos Estados Unidos, os "Pension Fund", que representaram um importante fator do crescimento do mercado norte-americano, sendo um dos principais investidores institucionais, além de garantir, aos empregados e seus familiares, a manutenção de um adequado standard de vida no caso de morte, doença ou aposentadoria.

51. No Brasil, já há alguns anos, que as grandes empresas privadas e públicas, inclusive as sociedades de economia mista, cogitam do **fundo de pensão**, ao qual o Governo estaria pretendendo conceder importantes incentivos fiscais. A idéia da CAIXA parece, pois, dever sobreviver, embora sob outra forma e em bases menos filantrópicas e mais realistas, conforme foi, aliás, sugerido pelos atuários que estudaram a matéria.

52. A forma mais adequada nos parece ser a de uma Fundação com personalidade jurídica autônoma e totalmente desvincula-

da financeiramente do Banco, como aliás é o caso das Fundações organizadas recentemente pela Petrobrás (Petros-Fundação Petrobrás de Seguridade Social) e pela Cia. Vale do Rio Doce (Valia-Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social).

53. Nos estudos previdenciários, tem sido salientado a este respeito que as fundações se apresentam como o melhor meio técnico de complementação das pensões por serem "mais operantes no atendimento de interesses específicos da classe associada", "mais acessíveis à fiscalização da massa abrangida pelo seguro", "mais eficientes quanto à organização administrativa planejada pela própria empresa", e, finalmente, "mais elástica quanto aos investimentos de reservas", podendo oferecer a garantia de solvabilidade mediante a adoção de plano atuarialmente estruturado e fiscalizado pela empresa instituidora, dividindo os seus custos entre a empresa e os empregados e polarizando os planos de investimento de reservas para a eventual ampliação do sistema assistencial dos empregados. (V. RIO NOGUEIRA, *Estudo sobre a suplementação da Previdência Social Brasileira*, e entrevista ao Jornal do Brasil de 14/6/1973)

54. Constituindo os Fundos necessários de acordo com a boa técnica atuarial e ficando a Fundação desvinculada do Banco, teria essa entidade assistencial autonomia financeira para buscar as aplicações mais adequadas de seus recursos, a fim de garantir, no momento oportuno, o pagamento dos benefícios, sem ocorrer o risco de se repetir a situação atualmente existente.

55. Quanto ao futuro e especialmente no tocante aos novos contribuintes, inexistente, pois, qualquer dúvida de que deve ser criada nova instituição, corrigindo as distorções da CAIXA e preenchendo adequadamente as funções que ela não soube ou não pode exercer por falta de estrutura e pela total ausência de previsões.

56. As situações passadas é que apresentam maiores dificuldades. Podemos afirmar que o problema jurídico básico, suscitado no presente caso, consiste em se reconhecer ou não aos contribuintes o direito de receber os benefícios que inicialmente lhes foram prometidos. Os dois princípios em choque, na matéria, são, respectivamente, o da lealdade contratual e o da viabilidade econômica. De acordo com a boa fé, que inspira os contratos, deveria ser, em tese, mantido, em relação aos contribuintes anteriores (até a presente data), o regime que os Estatutos lhes asseguraram em respeito às regras de jogo e à autonomia da vontade ma-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

nifestada nos contratos. Por outro lado, tal situação cria uma aparente inviabilidade econômica em virtude da ausência de correspondência entre as contribuições efetivamente pagas e os benefícios prometidos pela instituição. É preciso salientar, todavia, que os contribuintes atuaram de boa fé e não tinham meios de verificar a viabilidade econômica do plano ao qual foram compulsoriamente integrados.

57. Em relação aos já aposentados ou àqueles que já gozam dos benefícios, parece haver direito que já se incorporou aos seus patrimônios e que assim se tornou intangível ex vi do princípio constitucional contido no art. 153, parágrafo 3, da nossa Carta Magna, de acordo com o qual

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Se nem a lei pode ferir o direito adquirido, evidentemente não poderá fazê-lo o ato da Diretoria ou da Assembléia Geral.

58. Devemos ressaltar, todavia, que haveria, do ponto-de-vista jurídico, a possibilidade de impugnar, no caso, a aquisição do direito, partindo do princípio de que o ato praticado foi nulo e considerando que o ato nulo nunca produz efeito, nem pode ensejar a aquisição de direito. Embora tal tese pudesse ser juridicamente defendida, com base na legislação da ação popular acima referida (Lei n.º 4717, de 29/6/1965), confessamos que moralmente ela não nos parece suscetível de ser aceita. Efetivamente, embora, em sentido estrito, se pudesse entender que não há direito adquirido no caso, não se pode negar que as contribuições foram pagas oportunamente para um fim determinado e que, no campo contratual, não se justifica a modificação unilateral das regras do jogo, por mais que as normas estabelecidas tivessem sido tecnicamente inadequadas e economicamente inviáveis. Há, no caso, uma indiscutível responsabilidade dos diretores que impuseram um sistema condenável desde as suas origens, contrariando a opinião dos técnicos então ouvidos. Mas essa responsabilidade dos diretores existe perante a pessoa jurídica (BANCO) não se justificando, salvo melhor juízo, fazer com que ela venha ensejar prejuízos para os contribuintes que, de boa fé, pagaram aquilo que a CAIXA deles exigia naquela ocasião. Concluimos, pois, no particular, que embora discutível o direito adquirido decorrente de decisão aparentemente ilegal, a situação jurídica constituída em favor dos contribuintes já transformados em beneficiários não deveria ser modificada, até por

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

uma questão de política social, salvo se neste sentido passasse a haver uma decisão judicial em ação popular derrubando os benefícios exagerados.

59. Mesmo sendo irregular na sua constituição, a situação jurídica dos contribuintes parece-nos merecer amparo pelo fato de não ter cabido, na época, aos associados o direito de discutir a legitimidade das decisões tomadas pela Diretoria do BANCO. Se esta violou os Estatutos e a norma constitucional, ela o fez sem que os contribuintes tivessem, no momento, meio adequado e eficaz de verificar tal ilegalidade, ocorrendo uma posição jurídica análoga à do funcionário de fato, e cujos atos são considerados válidos pela repercussão social negativa que teria a anulação dos mesmos. Se os associados obedeceram àqueles que na época exerciam legalmente um determinado poder, não havendo como caracterizar a existência de atos *ultra vires* e só se verificando *a posteriori*, pelos resultados obtidos, a existência de autêntica distorção que implica em abuso de poder, não podem, nem devem os contribuintes sofrer um prejuízo pelo fato de terem cumprido decisões que, na sua aparência, se apresentavam como atos legais de gestão de autoridade constituída. As mesmas razões que levaram a doutrina e a jurisprudência a legitimarem os atos dos funcionários de fato justificam, na presente hipótese, a não-impugnação dos resultados decorrentes das decisões da Diretoria do BANCO quando criaram benefícios para os funcionários da empresa. Efetivamente, a corrente doutrinária dominante admite existir uma presunção de legitimidade do ato praticado pela autoridade, sempre que haja boa-fé naqueles que sustentam ou invocam a validade dos referidos atos. (V. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, São Paulo, Forense, 1966, vol. II, n.º 139, pág. 229)

Se se legitima o ato do funcionário, *a fortiori*, tal legitimação se impõe em relação ao ato abusivo de autoridade legalmente constituída, por ser, neste último caso, o vício existente de menor densidade.

60. Distinta de fato, da situação dos aposentados, mas juridicamente análoga, é a posição dos contribuintes que ainda não estão recebendo os benefícios da CAIXA. O seu direito adquirido decorreria da conceituação condicional que a legislação brasileira deu ao instituto, definindo, nos termos da Lei de Introdução, o direito adquirido como aquele que “o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, COMO AQUELE CUJO COMEÇO DO EXERCÍCIO TENHA TERMO PRÉ-FIXO ou CONDIÇÃO PRÉ-ESTABELECIDA, inalterável a arbítrio de outrem”. (Art. 6, § 2.º, da Lei de Introdução)

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 197-222, 1974

61. Interpretando o conceito amplo de direito adquirido adotado pela legislação brasileira, CLÓVIS BEVILAQUA teve o ensejo de dar parecer, em questão análoga à presente, na qual se discutia a possibilidade da lei nova prejudicar acréscimos progressivos de vencimentos atribuídos a funcionários. Concluiu o autor do projeto do Código Civil que:

“A revogação da lei, que assegura a funcionários públicos acréscimos progressivos de vencimentos não prejudica os que, anteriormente, já se achavam no exercício dos cargos.

O art. 3.º, parág. 1.º, da Introdução do Código Civil considera o direito subordinado a condição como adquirido porque o considera na qualidade de bem patrimonial.

.....

A questão é de irretratabilidade de promessa feita por uma parte e aceita por outra, criando obrigação de cumpri-la e direito de exigí-la.

.....

O art. 3.º da Introdução refere-se à irretroatividade das Leis e estatui que estas não podem ofender o direito, cujo começo de exercício dependa de condição pré-estabelecida (CLOVIS BEVILAQUA, soluções práticas de direito, Rio de Janeiro, Correa Bastos, Ltda., 1923, págs. 21 a 23)

Se discutível a lição de CLÓVIS no campo do direito público, em relação ao funcionário sujeito a regime estatutário, parece, todavia, aplicável à relação previdenciária que surgiu no caso concreto, ensejando, para um contribuinte, um verdadeiro direito condicional, dependente de decurso de prazo ou de falecimento do interessado, ocasionando uma aquisição de caráter patrimonial constitucionalmente garantida.

62. Vemos, pois, que diante da conceituação legal, o direito dos contribuintes não beneficiários — ou seja, dos atuais contribuintes ainda não aposentados — se caracteriza também como constituindo direito adquirido. Cabem, no caso, duas ressalvas: a primeira referente ao fato de ser admissível a alegação de ilegali-

dade do ato que, assim, não estaria em condições de criar um direito adquirido e a segunda decorrente da jurisprudência referente à aposentadoria, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, que tem entendido que o direito ao benefício somente se concretiza no momento da concessão da aposentadoria ou da pensão. Assim, em inúmeros julgados, tem afirmado a nossa mais alta Corte de Justiça que:

“sempre foi pacificamente professado que a inatividade do servidor público, civil ou militar, regula-se pela lei vigente ao tempo de sua concretização”. (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 63, pág. 817)

Indo mais longe, algumas decisões dos tribunais têm afirmado que

“As vinculações existentes ao tempo da aposentadoria não integram o rol dos direitos adquiridos.” (Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol. 56, p. 657)

Numerosas outras decisões admitem que a lei revogada antes da aposentadoria do funcionário não pode beneficiá-lo (Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol. 53, pág. 607) e consagram o princípio de acordo com o qual “a aposentadoria se rege pela lei do tempo em que se efetivou”. Revista citada, vol. 50, pág. 389), complementando a afirmação nos seguintes termos:

“A aposentadoria regula-se pela lei vigente à época da aposentação. O servidor aposentado não tem direito a benefícios resultantes de reestruturação de sua classe, tendo em vista o serviço ativo, salvo lei expressa em contrário”. (Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol. 47, pág. 402)

63. A jurisprudência tem também afirmado que, uma vez concedida a aposentadoria, a modificação posterior de lei não pode prejudicar o aposentado, nem afetar os seus direitos. (V. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol. 64, pág. 815 e seguintes) Se os julgados entendem que nem a lei posterior pode prejudicar o aposentado, é evidente que tal prejuízo não pode defluir de uma mudança de normas administrativas, de caráter normativo inferior ao da norma legal. Se nem

a lei pode prejudicar o aposentado, a fortiori não poderá fazê-lo a reforma estatutária ou a simples decisão de Assembléia Geral ou de Diretoria.

64. Resta saber se na jurisprudência dominante se admite que o funcionário ainda não aposentado tenha um direito adquirido às condições de aposentadoria vigentes quando estava em exercício, mas ainda não aposentado. No campo de direito administrativo, tal situação não se apresenta, para os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, como constituindo um direito adquirido, de acordo com as transcrições de ementas que acabamos de fazer.

65 Cabe, todavia, salientar que todas as normas e princípios acima invocados surgiram no direito público — e especialmente no direito administrativo — e que a situação que estamos apreciando tem, no fundo, conteúdo contratual de natureza privada. Este aspecto defluiu do fato de determinar a Constituição Federal que as sociedades de economia mista estejam sujeitas não ao direito público mas sim ao direito trabalhista e comercial (Constituição Federal, art. 169, parágrafo 2.º).

66. No direito trabalhista, a complementação de pensão é entendida como um salário diferido que constitui obrigação contratual, que não pode ser modificada unilateralmente por uma das partes. Neste sentido, recente decisão trabalhista salientou que o empregado pode exigir, na Justiça do Trabalho, o pagamento do complemento de sua pensão. Efetivamente, julgou a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão recente da lavra do Ministro Luiz Roberto Puech, que:

“No extenso campo da contratação mais favorável franqueada aos empregadores universalmente, incluem-se quaisquer vantagens, principalmente quando assumiram o caráter de salário complementar e inclusive como condição para a inatividade legal do trabalhador. A complementação da aposentadoria depende de um sistema organizado pelo empregador, deriva de seu caráter previdenciário para o de salário complementar para a inatividade. Direito de empregado de demandá-lo no juízo trabalhista, ainda que definitivamente aposentado”. (Ac. TST-RR.212.73 2.ª T — 591.73 — DJU de 20/8/1973)

Com sua habitual clareza, escreve o Min. Rezende Puech, nos fundamentos do acórdão: “O fato de se inscrever, entre as obrigações do Estado, a previdência

social, não impede o empregador de erigir sistema complementar, isto é, não excludente daquele, mas destinado a melhorá-lo em favor de seus empregados”.

A complementação da aposentadoria pelo empregador tem sido considerada como uma espécie de **salário diferido**, isto é, um direito gerado na vigência da relação empregatícia para ser gozado quando aposentado. Sem dúvida, tal complementação é projeção dos direitos e obrigações inerentes à relação empregatícia para quando o trabalhador entra na inatividade, cessando a mesma relação empregatícia. Conceitua o Min. Rezende Puech, no citado acórdão, o complemento da aposentadoria como **salário-complementar**. Escreve, a respeito:

“O exemplo da assistência médica ou alimentar, pelo empregador, ainda que mediante prestações pecuniárias ou contribuição dos empregados, é típico e freqüente, sem que jamais fosse possível excluir desses serviços assistenciais, o caráter de **salário-complementar**. A única diferença, no caso dos autos — e irrelevante — é a circunstância de operar a vantagem após a cessação da relação de emprego; irrelevante pois constitui compensação ao trabalho prestado em determinado tempo ao seu empregador”.

A inscrição na Caixa Beneficente — acrescenta o ilustre Ministro — em caráter obrigatório, por outro lado, inclui aquela promessa de recompensa entre as denominadas normas de Regulamento de Empresa, cujo conteúdo, na hipótese, é legitimado por Manuel Alonso Garcia em seu magnífico “Derecho del Trabajo”, vol. I, pág. 499, ao referir como conteúdo possível dos Regulamentos de Empresa: “a) disposiciones útiles para la buena marcha de la empresa, y para el mantenimiento dentro de la comunidad de las relaciones de Caldad y asistencia recíprocas que se deben cuantos participan de la producción”. (R. T. Informa. 2.ª quinzena de setembro, 1973, pág. 23)

67. Cabe salientar, finalmente, que a própria noção de direito adquirido, embora legalmente definida, não tem ensejado uma compreensão uniforme por parte da jurisprudência. Não se trata de conceito preciso e cristalino, ao abrigo de qualquer polêmica. Ao contrário, como salientou MARCEL PLANIOL, podemos reconhecer que os juristas e os acórdãos recorrem à noção de direito adquirido quando se encontram diante de uma posição que,

por motivos de natureza moral ou jurídica, consideram intangível. Assim, já se definiu o direito adquirido não pela sua natureza ou estrutura, mas pelas suas conseqüências, ou seja, como o direito que deve ser respeitado pela lei nova.

68. No caso presente, há dúvida quanto à existência de direito adquirido por parte dos contribuintes da CAIXA, mas parece-nos existir em seu favor uma situação jurídica que não deve ser violada sem justa indenização, de acordo com os princípios gerais que regem os contratos de direito privado e as convenções previdenciárias.

69. Em conclusão, poderá o Banco, mediante ato unilateral, ação judicial própria ou em virtude de acordo, modificar as situações dos contribuintes. Na primeira hipótese, os prejudicados terão a possibilidade de intentar ações de perdas e danos, contra a CAIXA e o BANCO, de resultados dificilmente previsíveis embora com pouca probabilidade de vitória.

#### IV. CONCLUSÕES E SUGESTÕES

70. Diante das dificuldades que atravessa atualmente a CAIXA, entendemos, salvo melhor juízo, que deveria ser extinta, criando-se uma nova Fundação de Seguridade Social para os funcionários do Banco.

71. Essa nova instituição deverá ter a melhor estrutura técnica, atuarial e contábil, para evitar a repetição dos erros do passado, sendo importante que tenha autonomia financeira e se desvincule administrativamente do Banco, a fim de evitar futuros conflitos de interesse.

72. A administração dos recursos da Fundação poderá obedecer aos mesmos princípios de outras entidades análogas criadas por empresas públicas e sociedades de economia mista, como a Petrobrás, a Vale do Rio Doce e as Centrais Elétricas Fluminenses (CELFL).

73. A Fundação poderá ser sucessora da CAIXA para todos os fins, recebendo do Banco recursos, a fim de atender às obrigações anteriormente assumidas pela CAIXA.

74. Poderá o Banco respeitar as situações dos antigos contribuintes estabelecendo para os mesmos um plano especial, que atenderá às antigas obrigações da CAIXA (Plano B), enquanto

os novos contribuintes passariam a utilizar um plano economicamente viável e tecnicamente adequado (Plano A). Cabe ao Banco decidir se prefere não reconhecer as situações jurídicas dos antigos contribuintes, sujeitando todos os seus funcionários ao Plano A e aceitando os riscos de ações judiciais dos antigos contribuintes. Poderá, também, o Banco, se preferir, admitir a coexistência dos dois planos, permitindo e até incentivando, eventualmente, as transferências do Plano B para o Plano A. Seria uma situação como a que ocorreu no momento em que a legislação federal extinguiu a estabilidade trabalhista, substituindo-a pelo Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS). Os novos contribuintes entrariam, desde logo, no Plano A, enquanto, para os antigos contribuintes, se admitiria e até incentivaria a transferência do Plano B para o Plano A (opção), mediante uma eventual compensação a ser estudada oportunamente (indenização parcial, prêmio, etc.). Situação análoga se generalizou por ocasião da criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, quando numerosas empresas fizeram acordos com antigos empregados, a fim de facilitar-lhes a opção, diminuindo assim o seu passivo trabalhista e uniformizando o regime dos seus empregados que passaram a ser optantes.

75. A posição do Banco em relação aos antigos e atuais contribuintes consiste, pois, num dilema entre respeitar os seus direitos ou mudar de imediato as regras do jogo, sujeitando-se a eventuais litígios. A fórmula intermediária, que nos parece aconselhável, consiste em reconhecer os direitos, incentivando simultaneamente a transferência de um plano para outro, de tal modo que, com o decorrer do tempo, não mais subsistam e estejam em extinção progressiva os benefícios excessivos e irrealistas que foram anteriormente concedidos de modo irregular aos contribuintes.

76. Admitindo-se — como não é possível deixar de admitir — a responsabilidade do Banco pelas obrigações da CAIXA e inviabilidade — ao menos política e humana — de se aceitar a insolvência da CAIXA e sua liquidação judicial, o Banco deve reorganizar o seu sistema de complementação de pensões e aposentadoria, de acordo com a determinação constante dos Estatutos.

77. Diante dos vícios de origem da CAIXA, entendemos ser mais adequada a criação de uma nova entidade, que, embora sucessora da anterior, não ficará vinculada ao seu regime jurídico.

78. A forma mais adequada de instituição, para este fim, nos parece ser uma fundação, financeira e administrativamente autô-

noma em relação ao Banco, embora a ele vinculada para fins de obtenção de recursos e de controle efetivo da gestão dos recursos aplicados.

O sistema adotado pela nova entidade deve atender aos melhores padrões técnico-atuariais.

79. Para o futuro, os novos contribuintes já se enquadrarão no novo plano (Plano A).

Quanto aos já aposentados ou suas respectivas famílias, a sua situação jurídica, em tese, não deve ser modificada, ficando sujeitos ao plano da antiga CAIXA (Plano B), salvo em virtude de decisão judicial proferida em ação própria, que pode ser uma ação popular.

Quanto aos contribuintes atuais ainda não aposentados que, assim sendo, não estejam gozando dos benefícios da CAIXA, o Banco tem a escolha de mantê-los no plano originário (Plano B) ou de sujeitá-los ao novo plano (Plano A), correndo, nesta última hipótese, o risco de ações judiciais, especialmente se não tiver sido intentada previamente a ação popular.

80. Para evitar os conflitos que poderiam surgir na empresa, com as conseqüências decorrentes na própria produtividade do Banco e na harmonia das relações entre funcionários e Diretoria, a nossa conclusão seria no sentido de assegurar aos contribuintes o Plano B (com os benefícios inicialmente garantidos pela CAIXA), criando condições para acordos ou estabelecendo incentivos para que os próprios contribuintes prefiram passar do Plano B para o Plano A.

81. De qualquer modo, os recursos para que a Fundação possa atender os compromissos anteriores da CAIXA deverão (lhe) ser fornecidos pelo Banco, de acordo com o cronograma de desembolso a ser fixado pelas Partes (BANCO e Fundação sucessora da CAIXA), de comum acordo, parecendo-nos certa e inequívoca, jurídica e moralmente, a responsabilidade subsidiária do Banco pelas obrigações assumidas pela CAIXA.

**PARECERES**

**PARECER N.º 2445/CGE**

**FÉRIAS** — no sistema estatutário, são inconversíveis em pecúnia. Quem se desvincula da Administração Pública, sem fruí-las, perde-as inapelavelmente, ainda que o impedimento tenha sido em razão do serviço.

Sistemática do instituto das férias no direito brasileiro.

O Prefeito Municipal de Arroio do Meio solicita exame e parecer desta Consultoria-Geral do Estado sobre a seguinte "quaestio juris":

O mandato do Prefeito Municipal, bem como dos funcionários de cargos em comissão, encerra-se no quarto ano da Administração Municipal. As férias regulamentares anuais não gozadas normalmente com referência aos três primeiros anos; porém, no quarto ano ocorre a coincidência da aquisição do direito a férias com a data da saída ou pedido de exoneração do pessoal detentor de cargos de confiança, não havendo, portanto, tempo para gozá-las. Neste caso, pergunta-se:

- 1 — Adquirem, assim mesmo, direito às férias?
- 2 — Em caso afirmativo, quando devem gozá-las?
- 3 — Pode-se pagar este benefício em moeda corrente?
- 4 — Em caso de não ser permitido pagá-las em moeda corrente, e tendo sido pagas assim mesmo, que atitude deverá tomar a atual Administração, em relação a este fato?

É o relatório.

2. "Prima facie", merece exame o instituto das férias no direito brasileiro.

As férias são instituto de direito positivo cujo perfil aparece nítido no ordenamento jurídico nacional: é o descanso de prestador de serviço durante lapso de tempo assegurado em lei, cumpridos pressupostos especificados na própria lei, seja qual for a aplicável.

3. Os estatutos de funcionalismo, nas áreas federal, estadual e municipal, fixam-nas em trinta dias anuais.

A Consolidação das Leis do Trabalho preceitua uma escala progressiva do exercício, suplementadas pela Lei n.º 5.107 (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço).

A Lei n.º 5.085, de 27/8/66, regulamentada pelo Decreto n.º 61.851, de 6/12/67, estipula as do trabalhador avulso.

A Lei n.º 4.214, de 2/3/64, conhecida como Estatuto do Trabalhador Rural, menciona aquelas concessíveis ao rurícola.

As leis orgânicas municipais, geralmente, fixam as do prefeito. A Lei n.º 5.859, de 11/12/72, regulamentada pelo Decreto n.º 71.885, de 9/3/73, estendeu-se aos domésticos, que trabalham no âmbito residencial do empregador.

Este elenco legal deu vida à norma programática constitucional, não-bastante em si, inserida no art. 165, VIII, da Constituição do Brasil.

4. Historicamente,

“O aviso de 14/12/1889, do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, concedendo 15 dias de férias anuais remuneradas aos funcionários de qualquer categoria do mesmo Ministério, sendo titular da pasta Demétrio Ribeiro, representa o primeiro ato oficial do governo brasileiro neste terreno.” (M. CAVALCANTI DE CARVALHO, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Ed. Borsoi, Rio, s/d, vol. 22, p. 177)

5. Existem justificações desse instituto, por seu conteúdo higiênico, social, biológico, econômico, psicológico, e até religioso. Todavia, o conceito jurídico é científico, e dogmático: existe a “mens legis”, e pronto. É a instituição de Hauriou. Quando a lei disse: “serão concedidas férias remuneradas”, o instituto viveu no ordenamento jurídico, sem se importar com as justificações extrajurídicas. E a norma vive numa pureza jurídica, isto é, despida, em sua essência, de tudo o que não seja jurídico.

Esta perspectiva de ser jurídico (a norma vivificante do instituto) e do dever ser jurídico (a exegese dos intérpretes) foi

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 225-234, 1974

delineada por Kelsen, há quarenta anos (1933), e preside toda a elaboração normativa hodierna, mesmo que os tribunais não digam, mesmo que os exegetas a desconheçam, ou se olvidem de referi-la.

A natureza jurídica do instituto das férias é bivalente, de parte a parte: para o tomador dos serviços, é obrigação de fazer (consentimento para que o prestador dos serviços se afaste durante o prazo legal), e de dar (remunerando-o). Para o prestador de serviços é, simultaneamente, um direito (o de exigir a outorga das férias consoante a norma que as contempla), e uma obrigação (o abster-se de trabalhar, quando fruí-las).

6. Conforme ELSON GOTTSCHALK, os elementos integrantes do instituto são permanentes e eventuais.

São permanentes:

- I — remuneração;
- II — gozo específico;
- III — período aquisitivo;
- IV — duração das férias.

São eventuais:

- I — período ou época da concessão (x);
- II — proporcionalidade com a prestação (x);
- III — indenização por compensação (x);
- IV — fracionamento (x);
- V — antigüidade no emprego;
- VI — época ou período de férias;
- VII — interrupção do gozo;
- VIII — recuperação de férias.

(Apud Repertório cit., p. 177)

A legislação brasileira compreende todos os elementos permanentes, e quatro eventuais (n.ºs I, II, III e IV).

7. Pela Consolidação das Leis do Trabalho, todo empregado tem, anualmente, direito ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da respectiva remuneração.

O direito é adquirido após cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho, ou seja, pelo critério do ano-contrato, ou ano-emprego.

Neste critério, contam-se como de serviço alguns casos em que inexistente a execução efetiva do trabalho. V. g., durante a frui-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 225-234, 1974

ção das próprias férias, conta-se o tempo como de efetiva prestação de serviço.

O critério oposto é o do ano-civil, ou ano-trabalho, no qual não se contam as interrupções, como tempo de serviço.

As férias são sempre concedidas no decurso dos doze meses seguintes à data em que o empregado a elas tiver feito jus. Aqui surge outra regra a da **inacumulabilidade**.

Somente a requerimento da entidade sindical representativa, o Ministério do Trabalho poderá permitir a acumulação de, no máximo, três períodos de férias, tendo em vista peculiaridades regionais ou profissionais, que justifiquem essa medida.

A duração das férias é proporcional ao tempo em que o empregado tiver ficado à disposição do empregador, durante o ano de vigência do contrato de trabalho;

- 20 dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador durante os doze meses, e não tenham dado mais de seis faltas ao serviço, justificadas ou não, nesse período;
- 15 dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador por mais de duzentos e cinquenta dias, nos doze meses do ano;
- 11 dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador por mais de duzentos dias; e
- 7 dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador menos de duzentos dias, e mais de cento e cinquenta.

Existem "interrupções" extintivas do direito a férias, hipóteses em que a elas não tem direito o empregado que, durante o período aquisitivo, incorrer numa dessas situações:

- retirar-se do trabalho, e não for readmitido dentro dos sessenta dias subseqüentes à sua saída;
- permanecer em gozo de licença, com percepção de salários, por mais de trinta dias;
- deixar de trabalhar, com percepção do salário, por mais de trinta dias, em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa;
- receber auxílio-doença por período superior a seis meses, embora descontínuo.

Essas "interrupções" da prestação de serviços, para que possam produzir efeito legal, deverão ser registradas na carteira profissional do empregado.

É vedado descontar do período aquisitivo do direito:

- ausência do empregado por motivo de acidente do trabalho;
- ausência do empregado por motivo de doença atestada pelo I.N.P.S.;
- ausência do empregado, justificada a critério do empregador;
- o tempo de suspensão por motivo de inquérito administrativo, quando o mesmo for julgado improcedente;
- até dois dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua Carteira Profissional, viva sob sua dependência econômica;
- até três dias consecutivos, em virtude de casamento;
- por um dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana;
- por um dia, em cada doze meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada;
- até dois dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos termos da lei respectiva;
- no período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do Serviço Militar, referidas na letra "C" do art. 65 da Lei n.º 4.375, de 17/8/64 (Lei do Serviço Militar);
- os dias em que, por conveniência da empresa, não tenha havido trabalho, excetuada a hipótese do "factum princeps".

As férias são concedidas em um só período, e, excepcionalmente, em dois, um dos quais não pode ser inferior a sete dias.

Há proteção especial aos menores de dezoito anos, e aos maiores de cinquenta, para os quais as férias são sempre concedidas de uma só vez.

Os membros da mesma família que trabalhem no mesmo estabelecimento, terão direito a gozar férias no mesmo período, se disto não resultar prejuízo para o serviço.

A concessão das férias tem de ser registrada na Carteira Profissional e no livro-registro de empregados.

A época de concessão é aquela que melhor consulte aos interesses do empregador.

Em gozo de férias, o empregado tem direito à remuneração que perceber quando em serviço.

O lapso prescricional é o biênio, contado da data em que findar a época em que deviam ser gozadas.

O empregador que, imotivadamente, deixar de conceder férias ao empregado, fica obrigado a pagá-las em dobro.

Em face do conteúdo oneroso do contrato de trabalho, em caso de rescisão contratual será paga aos prestadores de serviço a remuneração correspondente ao período de férias, cujo direito tenha adquirido.

Esta regra é válida somente na relação jurídica de emprego ao nível da C.L.T., porque o contrato se resolve em perdas e danos. De regra, as férias são inconversíveis em pecúnia. E, no regime estatutário, onde a relação jurídica não é contratual, **inexistindo**, portanto, indenização por perdas e danos, em caso de quebra do vínculo, seja por exoneração, demissão ou aposentadoria, **jamais as férias adquirem expressão econômica. Vale dizer: nunca podem ser indenizadas ao prestador de serviço público!**

Este princípio decorre da natureza jurídica estatutária do vínculo existente na relação de emprego público. Apenas desvirtuando o instituto estatutário das férias, é que lei de exceção autorizaria seu pagamento.

8. O Regulamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, Decreto n.º 59.820, de 20/8/66, no art. 62, reconheceu o direito às férias proporcionais ao empregado, optante ou não, antes de ter completado um ano de serviço, no caso de injusta despedida, na razão de 1/12 de 20 dias por mês trabalhado (ou fração superior a 14 dias).

O fundamento jurídico é que a despedida injusta tolhe a aquisição do direito; por isso, quem pede demissão não tem direito à indenização das férias proporcionais.

O Estatuto do Trabalhador Rural, Lei n.º 4.214, de 2/3/63, no art. 43, copiou o preceito do art. 132 da C.L.T., ao mencionar o período aquisitivo (após cada período de doze meses de vigência do contrato), e a proporcionalidade (20, 15, 11 e 7 dias); e o instituto permaneceu na esteira da norma consolidada quanto aos demais princípios: são inacumuláveis; extingue-se o direito se o trabalhador rural recebe auxílio-doença por mais de seis meses, embora descontínuo; é vedado descontar do período aquisitivo ausência por motivo de acidente do trabalho; os membros da mesma família, que trabalhem na mesma empresa rural, podem tirar férias na mesma época, etc.

9. A Lei n.º 5.085, de 27/8/66, reconheceu aos trabalhadores avulsos o direito a férias, cujo Regulamento, Decreto n.º 61.851, de 6/12/67, no art. 1.º, mandou-lhes aplicar "no que couber" as

disposições constantes nas seções I e IV do Capítulo IV do Título II da C.L.T., ou seja, os mesmos critérios e princípios já examinados anteriormente, quanto à aquisição do direito, duração, época concessiva, e demais princípios genéricos de irrenunciabilidade, de constituírem as férias crédito privilegiado no processo falencial, e quejandos.

Dentre os trabalhadores avulsos, compreendem-se:

- operadores de carga e descarga constituídos pela fusão das categorias profissionais dos trabalhadores de estiva e capatazia;
- arrumadores;
- conferentes e consertadores de carga e descarga;
- vigias portuários;
- ensacadores de café, cacau, sal e similares;
- classificadores de frutas. (art. 10, Lei cit.)

10. A Lei dos Domésticos, regulamentada em 9/3/73, contemplou o rol daqueles que, no âmbito residencial do patrão, prestam serviços de natureza não-lucrativa, outorgando-lhes férias anuais remuneradas de vinte dias, e direito a serem segurados do I.N.P.S. Nada mais que isto.

11. O titular de direito, cumpridos os pressupostos legais, pode ser o funcionário, o condutor político, o empregado, o avulso, o rurícola e o doméstico.

12. Os estatutos de funcionalismo costumam outorgar trinta dias de férias anuais remuneradas; nalgumas vezes sessenta dias, mais precisamente, nas áreas do judiciário federal, e do serviço jurídico da União.

Na Administração pública tem vigorado o seguinte entendimento:

"As férias de cada ano correspondem ao ano anterior de efetivo exercício. Por isso mesmo, o Estatuto declara que só depois do primeiro ano de exercício adquirirá o funcionário direito a férias. Mas, a não ser em relação a esses funcionários que ingressaram recentemente no serviço público, o princípio não tem interesse, porque, sendo obrigatórias as férias, devem ser gozadas anualmente de acordo com a tabela, pouco importando que seja o resultado de um ano de exercício". (THEMISTOCLES CAVALCANTI, Tratado, Liv. F. Bastos, Rio-S.P., 1956, 3.ª ed., vol. IV, p. 308).

Em todo o direito brasileiro, por ratificação da Convenção Internacional do Trabalho n.º 52, o direito a férias é **irrenunciável**.

No serviço público, após o primeiro ano de trabalho, o prestador de serviço entra na escala (ou tabela) de férias, para fruí-las no exercício seguinte, **em qualquer mês**.

Os condutores políticos (governadores, prefeitos, secretários detentores de pasta governamental) obedecem a idêntico princípio.

13. No Direito Administrativo Brasileiro, os estatutos consagram, ainda, os seguintes princípios:

- I — são obrigatórios;
- II — são dos dias consecutivos;
- III — conservam todas as vantagens pecuniárias do cargo;
- IV — é vedada a acumulação." (THEMÍSTOCLES, op. cit., p. 307)

Já mencionamos linhas atrás, a razão jurídica pela qual as férias, no sistema estatutário, não podem ser indenizadas. O pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado sobre a matéria tem sido assim, em pareceres de nossa lavra:

"Férias, em regra geral, são inconversíveis em pecúnia. Por exceção, no Direito do Trabalho, quando o contrato de trabalho se resolve, elas adquirem expressão monetária, em face do conteúdo oneroso do contrato do trabalho". (Parecer n.º 1033/UAJ).

"Exoneração impede Secretário Municipal de gozá-las". (Parecer n.º 801/DAJ).

No caso da ementa supra, tendo o prefeito concluído seu mandato, exonerou-se o secretariado. Os titulares da pasta municipal se desvincularam do serviço público, e, obviamente, ficaram impedidos de fruirm férias.

Ainda,

"Férias no sistema estatutário são inconversíveis em pecúnia. Funcionário que se aposenta sem gozá-las, perde-as, inapelavelmente, ainda que o impedimento seja em razão do serviço". Parecer n.º 2093, de 22/5/72)

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 225-234, 1974

14. Os efeitos dos atos jurídicos são conseqüências da característica da relação jurídica que existiu (ou existe). Quando há desconstituição da relação jurídica, aqueles efeitos entram no mundo jurídico, e se tornam exigíveis pela "facultas agendi". Assim, os contratos, de modo geral, se resolvem em perdas e danos (ou multa contratual).

O vínculo jurídico entre as partes é que vai comandar a conseqüência legal do quebramento da relação jurídica. Entre funcionário e administração, é, pois, de se examinar a natureza jurídica da relação de emprego público, para se determinar qual será o efeito possível de um "desfazimento" nessa relação.

15. A orientação doutrinária, administrativa e jurisprudencial predominante no Brasil, é aquela que aceita a relação de emprego público unicamente de conteúdo estatutário:

"Não é contratual a relação entre o Estado e o funcionário. Tanto na doutrina e na legislação estrangeira, como nas do Brasil, está prevalecendo o ponto-de-vista de que o vínculo que rege a posição jurídica do funcionário público é de natureza estatutária, isto é, decorre de um estatuto legal alterável por ato unilateral do Estado (salvo quanto às garantias constitucionais) de acordo com as conveniências impessoais do interesse público.

Seria absurdo que se pretendessem imutáveis as regras disciplinadoras do serviço público, pois que essa imutabilidade tornaria o aparelho administrativo, dentro de alguns anos, imprestável à sua finalidade; a intangibilidade dos interesses privados do funcionário redundaria na impossibilidade de adaptação do mecanismo administrativo às novas exigências do serviço público." (Voto do Min. SEABRA FAGUNDES, apud CRETELLA JR., Direito Administrativo do Brasil, Ed. Rev. dos Trib., S. P., 1964, vol. II, p. 219).

16. A importância de se fixar a natureza da relação de emprego público está nos efeitos jurídicos conseqüentes, pois enquanto a relação jurídica obrigacional (oriunda de contrato) se resolve em perdas e danos, vale dizer, em pecúnia, a relação jurídica estatutária não segue o mesmo efeito.

Assim, no contrato de trabalho (C.L.T.) inadimplido, elas são mensuráveis economicamente, porque o vínculo obrigacional

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 225-234, 1974

se resolve, "ultima ratio", em perdas e danos. Mas, no sistema estatutário, não. Somente violentando este sistema, é que as vantagens de funcionário se converteriam em moeda.

17. Essas considerações são válidas quando o titular do direito subjetivo às férias é o condutor político, ao qual se aplicam algumas normas estatutárias, repetidas em leis ordinárias que lhe outorgam direito a férias e algumas licenças idênticas às do funcionário, sendo aquela para tratamento de saúde a mais corrente.

18. Focando os itens da consulta da Prefeitura Municipal de Arroio do Meio, examinada a sistemática do instituto no direito brasileiro, é de se entender que, no primeiro ano de mandato, o Prefeito (e detentores de cargos em comissão) adquirem o direito às férias, que gozarão durante o segundo ano; as férias do segundo ano poderão ser fruídas durante o mesmo segundo ano; as do terceiro, idem; e as do quarto ano (último do mandato) deverão ser fruídas antes de expirar o mandato.

Se o titular se desvincula do serviço público sem usufruir férias, ele as perde, inapelavelmente.

19. Converter férias em dinheiro seria atentar contra a estrutura ôntica do instituto, bem como dar-lhe o sentido indenizatório que a relação estatutária não compreende.

Na impossibilidade legal do pagamento de férias, quem o recebeu, fê-lo indevidamente. E,

"Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido, fica obrigado a restituir." (Código Civil, art. 964).

Assim, a Prefeitura Municipal deverá notificar todos os que receberam pagamento ilegal de férias, para que restituam aquela importância, sob pena de serem compelidos a fazerem a restituição judicialmente.

É o parecer, "sub censura".

Porto Alegre, 12 de novembro de 1973.

Armando Henrique Dias Cabral  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 225-234, 1974

## PARECER N.º 2475/CGE

### FIANÇA.

Estipulação verbal de limite da Obrigação do fiador, inferior à afiançada. Inexistência jurídica, e conseqüente ineficácia, da estipulação, por ausência da expressão escrita.

Inteligência do § 2.º, art. 18, do Decreto Estadual n.º 20.148/70.

G. B. C., residente em Encantado, neste Estado, prestou, perante a Exatoria Estadual daquela localidade, em 26 de maio de 1971, fiança em favor de J. M. Ltda., da mesma praça por dívidas fiscais que, a partir da referida data, viessem a ser devidas pela afiançada ao Erário Estadual, assumindo o fiador responsabilidade de principal pagador (fls. 5-CGE).

2. A 9 de janeiro deste ano, pagando débito não saldado pela devedora, no valor de Cr\$ 2.719,84 (inf. fls. 24-CGE), obteve substituição da fiança por outra prestada por A. A. até o limite de Cr\$ 3.000,00 para cobertura de dívidas da citada contribuinte, que se constituíssem pelo mesmo título a contar da outorga da nova garantia (fls. 24-CGE).

3. Nos respectivos termos, foi anotada a substituição sem outra qualquer referência.

4. Posteriormente, a 13 de fevereiro, a fiscalização do I.C.M. verificou, por ocasião da baixa de lotação do estabelecimento, a existência de diferenças do tributo, relativas a operações realizadas no período de 1.º de julho de 1971 a 15 de janeiro de 1973, resultando, daí, a lavratura de notificações fiscais em valor superior a vinte e cinco mil cruzeiros (fls. 24-CGE). A dívida aí apurada foi inscrita em 30 de abril de 1973, sendo de Cr\$ . . . . 23.481,58 a correspondente ao período de vigência da fiança dada pelo interessado. (fls. 10-CGE).

5. Exigido do mesmo o pagamento, ingressou ele com o pedido originador deste expediente, requerendo o reconhecimento de sua não responsabilidade quanto à dívida e a exclusão do seu nome do rol de devedores do Erário Estadual, sob as alegações seguintes:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 235-240, 1974

- que, não obstante não ter constado do termo de sua fiança, fora estabelecido o limite de Cr\$ .. 2.500,00 para a sua responsabilidade;
- que, depois de fazer o recolhimento já mencionado — o de Cr\$ 2.719,84 —, foi exonerado quando a firma J. M. Ltda., apresentou nova fiadora que prestou garantia em substituição da que ele outorgara, procedendo-se à anotação disso, na Exatoria, nos termos respectivos;
- que a fiança dada em substituição o foi até o limite de Cr\$ 3.000,00;
- que, após, o Fisco lavrou contra a sua afiançada “avultada notificação, sensivelmente superior ao limite fixado pela nova fiadora”.
- que, em virtude disso, não podendo cobrar desta tão avultado débito nem querendo conceder à devedora prestação pela mesma pretendida, o Fisco deseja promover a cobrança contra a sua pessoa.

6. Alude, mais, ao disposto no art. 18, § 2.º, do Decreto Estadual n.º 20.148/70, que estabelece “Por ocasião da inscrição, o Fisco, a seu juízo, poderá exigir, do contribuinte fiança idônea para cobertura dos tributos calculados sobre as operações estimadas por um período de 6 (seis) meses”; para, depois, dizer que, no caso, nesse período, não teria havido obrigações da devedora.

7. Acrescenta, ademais, que a fiança dada por A. A. não o fora em complementação, mas em substituição da sua, com isso querendo insinuar ter a substituição importado em sua exoneração integral.

8. Suscitadas dúvidas quanto a ter-se ou não estipulado o limite alegado e à circunstância de que, se houve a substituição, o requerente não mais poderia ser considerado atual fiador da devedora, o processo, que já havia sido encaminhado a esta Casa, retornou à localidade de origem, onde foram colhidas declarações das testemunhas do termo da primeira fiança, que confirmaram o estabelecimento verbal do limite de Cr\$ 2.500,00, como referido pelo peticionário.

9. Com essas informações e pronunciamentos do Dr. Promotor Público e do Senhor Exator daquela Comarca, o expediente voltou a esta Consultoria-Geral, onde a Unidade de Defesa Judicial pede parecer deste Setor.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 235-240, 1974

É o relatório.

10. Quanto aos efeitos da substituição havida, encontramos, na regra do art. 1.500 do Código Civil, solução para o problema a respeito suscitado. Diz esse artigo:

“O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar”.

11. Da prescrição legal transcrita decorre que a responsabilidade do fiador — na fiança dada sem limitação de tempo — quanto às obrigações anteriores à exoneração, persiste apesar desta, só não prevalecendo quando, no ato amigável que o exonerar, se dispuser em contrário.

12. No caso — que trata de fiança concedida sem prazo, rendendo ensejo à plena aplicação da regra invocada —, o que se deu foi, apenas, substituição de garantia: o primeiro fiador, que se responsabilizou pelas dívidas da devedora, que se constituíssem a partir da outorga — 26 de maio de 1971 —, cedeu seu lugar, em 9 de janeiro de 1973, à nova fiadora, mas quanto aos débitos que fossem contraídos pela contribuinte a contar dessa última data. Não fosse a substituição, o primeiro fiador continuaria responsável também por essas dívidas — as contraídas a partir de 9 de janeiro de 1973 —, porque sem limitação de tempo a fiança que lhe deu. Há, portanto, duas garantias sucessivas, tendo cada qual seu objeto: a primeira, o adimplemento das obrigações do período de 26 de maio de 1971 a 8 de janeiro de 1973; a segunda, o das obrigações que se geraram de 9 de janeiro em diante. Não há, assim, cogitar, sequer, de complementação de garantia, que daria a idéia de pluralidade de fiadores para cobertura de obrigações idênticas.

13. Ora, sendo o caso de fiança sem prazo, o fiador tinha o direito de obter sua exoneração, mas com os efeitos estatuídos no art. 1.500 do Código Civil. Se no ato exoneratório não se estabeleceu que a exoneração seria inclusive quanto às obrigações anteriores a ela, por força da incidência dessa norma legal, persiste a responsabilidade do requerente pelas dívidas da afiançada verificadas até a substituição.

14. No termo, anotou-se, apenas, a substituição, de sorte que se verifica na espécie a consequência apontada.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 235-240, 1974

15. Resta saber, então, se a dívida que se pretende cobrar do peticionário, concerne a período anterior à substituição.

16. Para isso é de considerar-se irrelevantes o momento da inscrição do débito em dívida ativa para o executivo fiscal. Segundo o Código Tributário Nacional, a obrigação tributária constitui-se com a ocorrência do fato gerador (art. 113) e o crédito com o lançamento que propicia a liquidez e a certeza (art. 142). Para saber-se qual a dívida cujo adimplemento está coberto pela garantia dada pelo peticionário, o que se deve levar em conta é o momento da constituição da obrigação tributária, que, na espécie, é o das operações praticadas pela afiançada, de que se originou a diferença. Da diferença total encontrada, somente a dívida que se referem as certidões de fls. 9, 10-CGE é que pode ser imputada à responsabilidade do requerente, por ser oriunda de operações ocorridas dentro da vigência da fiança por ele dada.

17. Quanto à limitação pretendida pelo interessado, não pode ela vingar ainda que se admita a tenha ele verbalmente estabelecido, como o referem as testemunhas do instrumento.

18. Dada a natureza da fiança — contrato unilateral e benéfico —, o Código Civil estatui duas regras importantes no art. 1.483: a primeira, a de que a fiança deve ser prestada por escrito; a segunda, a de que o contrato não admite interpretação extensiva.

19. Pela primeira regra, a lei exige a expressão escrita como requisito existencial do ato. Constitui, este, pressuposto formal de natureza essencial à própria existência do ato como ser jurídico: sem a expressão escrita, a declaração de vontade — do fiador, não a aceitação do credor — não penetra no mundo jurídico.

20. Sendo assim, como corolário, inadmissível se mostra, por isso, a prova testemunhal, ainda que instrumentária, do estabelecimento, pelo interessado, do limite de Cr\$ 2.500,00 por ele alegado. O documento que o requerente assinou continha, é verdade, espaço em branco para a consignação de limite, mas foi firmado sem o preenchimento desse espaço, donde só se poder deduzir que ele houve por bem, com pleno discernimento, assumir, ao prestar, por escrito, sua declaração, responsabilidade plena sem limitação qualquer. Assim como a expressão escrita é essencial à existência jurídica da declaração de vontade de afiançar, assim também o mesmo pressuposto deve prevalecer para

a declaração que se refira a limite de valor para a responsabilidade do fiador. No caso, o que se vê é que o interessado, quanto à declaração de vontade de afiançar, prestou-a por escrito, mas assim não procedeu quanto à sua intenção de estabelecer limite, de sorte que, se ele quis estipulá-lo, tal estipulação, porque foi verbal, não existiu nem existe do ponto de vista jurídico, não tendo nenhuma eficácia. Aluda-se, de resto, ao disposto no art. 1.494 do Código Civil que, tratando de fiança conjuntamente prestada por mais de um fiador, estabelece que cada fiador pode taxar (no caso prescrito), “no contrato, a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, e neste caso, não será obrigado a mais”.

21. Por outro lado, o ato de execução do próprio contrato torna inaceitável o argumento do requerente, como também as declarações das testemunhas do instrumento. Alega-se que o limite foi de Cr\$ 2.500,00 e, no entanto, quando da substituição da garantia, o peticionário pagou, por sua afiançada, Cr\$ 2.719,84, quantia superior à limitação pretendida, o que, à evidência, contradiz a alegação.

22. Se é certo que, de acordo com a segunda regra do art. 1.483, a fiança não admite interpretação extensiva, o que importa significar que, na dúvida, se deve dar solução a favor do fiador, cumpre observar que não pode haver dúvida de que o requerente não estipulou o limite por escrito, mas verbalmente, e, por isso, sua enunciação de vontade, nesse particular, não ingressou no mundo jurídico. Ademais, a própria dúvida quanto à existência de uma estipulação verbal sobre o limite dissipa-se diante do ato de execução do contrato, a ela contrário — pagamento de dívida em valor superior à limitação que se diz pactuada.

23. Por último, cabe apreciar a disposição do Decreto n.º 20.148/70, invocada pelo suplicante, cujo teor está, repetimos, assim concebido: “Por ocasião da inscrição, o Fisco, a seu juízo, poderá exigir, do contribuinte, fiança idônea para cobertura dos tributos calculados sobre as operações estimadas por um período de 6 (seis) meses”. A norma aí inserta assegura ao Fisco o direito de exigir a garantia e nesse caso só pode fazê-lo na limitação estabelecida. Em outras palavras, pode o Fisco denegar o pedido de inscrição, se o contribuinte não oferecer fiança nos limites postos nesse parágrafo.

Isso, no entanto, não o impede de aceitar fiança sem limite, como também não representa nenhum óbice para o fiador de dar a garantia além da limitação regulamentar.

24. De regra, o limite da responsabilidade do fiador se mede pelo da obrigação afiançada (principal, mais acessórios e despesas judiciais desde a citação do fiador — art. 1.486 do Cód.). O limite inferior a este deve, pois, ser expresso e a estipulação de pagamento a maior é ineficaz, quanto ao excesso (art. 1.487, 2.ª parte, mesmo Cód.). Portanto, o executivo, no caso, deve ser proposto contra a contribuinte e contra o requerente, devendo, porém, ter por objeto somente dívida oriunda de operações realizadas no período de 26 de maio de 1971 a 8 de janeiro de 1973.

É este, S.M.J., o nosso parecer.

Porto Alegre, 20 de dezembro de 1973.

Nilo Damasceno Ferreira  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2449/CGE

##### MAIORIA SIMPLES.

É a regra geral consagrada no sistema constitucional pátrio, como critério de investigação da vontade dos Legislativos — arts. 31 e 13, respectivamente da Carta Federal e Estadual.

O Senhor Prefeito Municipal de Caxias do Sul, em data de 28/5/73, enviou à Câmara daquele município o Projeto de Lei n.º 18/73, que “dispõe sobre a estrutura do sistema administrativo municipal, cria e extingue cargos e dá outras providências”.

Consoante anotação no processo, verifica-se que aludido projeto recebeu dez (10) votos a favor e oito (8) contra, compondo-se aquela Câmara de vinte e um (21) vereadores; daí, ter sido entendido que o mesmo fora rejeitado: ante à norma da Lei Orgânica que exige “voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara” para criação de cargos e aumento de vencimentos.

Tal fato, assim, ensejou expediente direto ao Senhor Consultor-Geral do Estado que, acolhendo-o, determinou sua análise nestes termos:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 240-247, 1974

“O art. 24, § 1.º, n.º 5, da Lei Orgânica do Município de Caxias do Sul exige voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara de Vereadores para efeitos de “criação de cargos e aumento de vencimentos dos servidores”, embora com tal exigência, em princípio, vede o voto do presidente do órgão, eis que este só terá voto nas hipóteses do § 3.º, que contempla os seguintes casos:

- 1) na eleição da Mesa;
- 2) nas votações secretas;
- 3) quando houver empate em qualquer votação plenária;
- 4) quando a matéria exigir, para sua aprovação, o voto favorável de dois terços (2/3) dos membros da Câmara.

A regra foge às disposições constantes da Carta Política Federal e, igualmente, às da Estadual.

Por infringente das disposições constitucionais, não seria semelhante ordenamento destituído de eficácia?

É o que deseja ver examinado, inclusive se seria o caso de representar ao Chefe do Ministério Público para arguir a inconstitucionalidade do dispositivo em referência.”

Até aqui, o relatório.

2. Do exame prefacial da *quaestio juris*, emerge, de logo, a indispensabilidade de ser seu estudo condicionado à interpretação dos princípios constitucionais gerais que, *in casu*, são abragentes de matéria idêntica.

De fato, o problema ora proposto configura, por sem dúvida, e antes de mais nada, exigência de verificação quanto à cogência, para os Municípios, das normas constitucionais disciplinadoras da espécie no âmbito da União e dos Estados-membros.

3. Nesse passo, começemos por invocar o estatuído na Carta Política Federal:

#### “ Capítulo VI

#### DO PODER LEGISLATIVO

#### Seção I — Disposições Gerais

.....

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 240-247, 1974

Art. 31 — Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros.”

Vejamos, então, onde se localizam e em que consistem as “disposições constitucionais em contrário”, que, em *ultima ratio*, traduzem exceções à regra geral da “maioria simples ou maioria relativa.”

4. De pronto, deparamo-nos com a primeira, inscrita no art. 40, desta forma:

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

I — declarar, por dois terços dos seus membros, a procedência de acusação contra o Presidente da República e os Ministros de Estado;”

5. A seguir, tratando a Constituição Federal de como e quando poderá ser emendada, diz no seu art. 48:

“ Art. 48 — Em qualquer dos casos do artigo anterior, itens I e II, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de sessenta dias, a contar da sua apresentação ou recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de suas Casas.”

6. E, mais adiante, estabelecendo o *quorum* para votação de leis complementares, explicita em seu art. 50:

“ Art. 50 — As leis complementares somente serão aprovadas, se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.”

7. E, ainda, quando disciplinada é a apreciação do veto, assim está expresso no Estatuto Maior da República:

“ Art. 59 — .....

§ 3.º — Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para,

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 240-247, 1974

em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de quarenta e cinco dias, em votação pública, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Nesse caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.”

8. Finalmente, consignando marcada excepcionalidade para a admissão de pessoal, pelos Tribunais e Legislativos, assim imperativa é a norma inserida no art. 108, § 2.º:

“ Art. 108 — .....

§ 2.º — Os Tribunais federais e estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, por leis aprovada pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes.”

9. Daí já deflui, cristalinamente, a imperiosa observância da regra geral da “maioria simples”, vale dizer, presente a maioria dos integrantes do órgão e obtida a soma de votos superior à sua metade, quando qualquer Casa do Congresso deliberar sobre qualquer matéria, salvo as expressas exceções acima mencionadas.

Imune de dúvida, portanto, que a Câmara Alta e a Câmara Baixa do Parlamento Nacional não poderão, jamais, inscrever em seus respectivos regimentos internos *quorum* outro que não o constitucionalmente estabelecido: maioria simples de modo geral; e, maioria absoluta ou maioria qualificada de dois terços (2/3) nos estritos casos contemplados na Constituição.

10. A fim de sabermos, já então, se esses princípios abrigados pela Lei Suprema revestem caráter impositivo na área estadual, necessária porque esclarecedora será a análise exegética do art. 13 da Constituição Federal, assim redigido;

“ Art. 13 — Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 240-247, 1974

I — .....

II — .....

III — o processo legislativo;"

Ora, afigurando-se-nos ponto inquestionável que a fixação do quorum, no processo de votação pertinente aos Legislativos, constitui, conceitualmente, uma das partes a formar o todo denominado "processo legislativo", aceitável pacificamente, parece, será a compreensão de que os Estados-membros, nesse particular, devem seguir o princípio adotado pela União, isto é, aplicabilidade da maioria simples como norma geral e somente maioria absoluta ou de dois terços em casos especiais.

E, num prolongamento dessa visualização, entendemos que outra não foi a concepção do constituinte rio-grandense que, de forma meridiana, a estratificou no corpo da Constituição do Estado.

11. Nesse sentido, voltemo-nos para o enfoque da regra constante da Carta Estadual e que contempla a hipótese *sub examine* e, de imediato, veremos exsurgir do comando constitucional a certeza de aplicação do princípio geral da "maioria simples", pois que, no seu art. 13, assim está inscrito:

" Art. 13 — Observados os casos expressos nesta Constituição, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos membros da Assembléia."

12. Vejamos, agora, como o fizemos em relação à Constituição Federal, quais as exceções ao princípio geral da "maioria simples" contida na Constituição Estadual.

Parece-nos, surge a primeira através de seu art. 27, inciso XII:

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

.....  
XII — aprovar previamente, por voto secreto da maioria de seus membros, a escolha dos Conselheiros do Tribunal de Contas, Procurador-Geral da Justiça, Consultor-Geral do Estado, Prefeito da Capital e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais, Diretores-Presidentes das sociedades de economia mista, bem como de outros servidores, quando determinado em lei;"

13. E, relativamente à apreciação de veto, deste modo prescreve a Carta Estadual:

" Art. 37 — .....

§ 3.º — Devolvido o projeto à Assembléia, no caso do § 1.º, será ele, dentro de quarenta e cinco dias de seu recebimento, com ou sem parecer, submetido a discussão única, considerando-se aprovado o projeto se, em votação pública, obtiver o voto de dois terços da Assembléia. Neste caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Governador."

14. Versando as hipóteses de emenda à Constituição, diz seu art. 41:

" Art. 41 — Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada pela Assembléia em duas sessões, dentro de sessenta dias, contados a partir de sua apresentação ou recebimento, a haver por aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros da Assembléia."

15. Logo a seguir, sobre lei complementar, reza o art. 42 do Estatuto Maior do Estado:

" Art. 42 — A lei complementar somente será aprovada se obtiver a maioria absoluta dos votos da Assembléia, observados os demais termos da elaboração das leis ordinárias."

16. Por último, concernentemente a crimes de responsabilidade do Governador do Estado, expresso está no art. 68 da Carta Política Estadual:

" Art. 68 — O Governador, depois de a Assembléia Legislativa declarar procedente a acusação, pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Tribunal de Justiça do Estado, nos crimes de responsabilidade ou nos crimes comuns, ressalvada, quanto a estes, a competência prevista no art. 129, § 2.º, da Constituição Federal."

17. Assente já nos parece, portanto, que afora essas explícitas exceções, consubstanciadoras de casos especiais, jamais poderá a

Assembléia Legislativa Estadual ir à adoção de outras formas de **quorum**, se distantes dos preceitos constitucionais federais.

Bastante é o ver-se que o constituinte estadual, curvando-se ao princípio basilar da "maioria simples" esculpido na Constituição Federal, apenas excepcionou nas circunstâncias que, por igual, autorizado lhe foi nessa mesma Constituição.

De resto, se a Lei Maior da República ditou a norma geral de que todas as matérias submetidas à apreciação do Congresso exigem, para sua aprovação, maioria simples de votos favoráveis e tão-somente em casos excepcionais e expressos se verifica a existência de **quorum** diverso, não se poderia condescender que o legislador estadual extravasasse daí, discrepando da **voluntas constitutionis**.

18. Não nos convence, por isso, possa o Estado-membro, e menos o Município, em matéria típica de lei ordinária, estabelecer exigência de "maioria absoluta" ou "maioria qualificada de dois terços".

Efetivamente, se a União não o quis nem para si, e certamente numa compreensão clara de assim não entrar a elaboração das leis de conteúdo comum, não se poderá aquiescer que os Estados ou os Municípios o possam querer, porquanto estarão levantando óbices injustificáveis ao curso normal da Administração.

19. Arrimados, pois nas considerações até aqui expendidas, tentemos o equacionamento da *specie juris* na jurisdição municipal.

De logo, assim, apercebemo-nos que a linha de raciocínio a ser perseguida, preliminarmente, é a mesma usada no tocante à solução do problema na área estadual, isto é, inteirar-nos se está plasmada no bojo da Constituição Estadual a coercitividade de observância, pelos municípios, do "processo legislativo" imposto ao Estado, já por decorrência de mandamento constitucional federal, sabendo-se, *a priori*, que estabelecimento de **quorum** se insere, no conjunto a formar predito "processo legislativo".

Ao propósito, impende invoquemos o art. 143 da Carta Magna Estadual, onde se lê:

" Art. 143 — Os Municípios do Rio Grande do Sul regem-se pelas Leis Orgânicas e demais leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

20. Com efeito, a inferência que daí resulta é no sentido retilíneo de obediência, por parte dos Municípios do preceito consti-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 240-247, 1974

tucional geral "da maioria simples". Isto porque, *in hoc casu*, obrigado sendo o Estado ante à norma constitucional federal, dis-sentâneo será se mesmo procedimento não exigir ela do Município.

Inviável se nos parece que, devendo o Estado respeitar os princípios constitucionais federais e, dentre eles, explicitamente, o "processo legislativo", possa, então, o Município, desprezar o **princípio constitucional geral federal e estadual da maioria simples**, instituindo na área local, a seu talante, maioria absoluta ou de dois terços.

2. Ex positis, concluimos:

- a) que o art. 24, especificamente o n.º 5 de seu § 1.º, da Lei Orgânica do Município de Caxias do Sul, conflita com o disposto nos arts. 31 e 13, respectivamente, da Constituição Federal e Estadual.

Ressalvado fique, entretanto, que somente quanto à criação de cargos na órbita do Executivo, pois que relativamente à criação de cargos no setor do Legislativo a exigência é de "maioria absoluta", consoante determina o art. 108, § 2.º, da Carta Federal:

" Art. 108 — .....

§ 2.º — Os Tribunais federais e estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, por lei aprovada pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes."

- b) que, assim, é de se representar ao Procurador-Geral da Justiça para a necessária arguição de inconstitucionalidade.

É o parecer, **sub censura**.

Porto Alegre, 29 de novembro de 1973.

Adaury Pinto Filippi  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 240-247, 1974

PARECER N.º 2455/CGE

LICENÇA-PRÊMIO só é conversível em dinheiro se permitido expressamente na lei local.

O Senhor Prefeito de Gaurama pergunta se ex-funcionária municipal, exonerada, a pedido, em 30/6/72, sem haver gozado as "férias-prêmio" de seis meses, a que fizera jus e requerera em 28/6/72, por ter exercido seu cargo por mais de dez anos, tem direito a converter o referido benefício em dinheiro, conforme está pleiteando.

Anexa à consulta a parte do texto da Lei n.º 186, de .... 24/6/59, de Gaurama (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município), pertinente ao assunto.

É o relatório.

2. O instituto jurídico em exame, no Estatuto dos Funcionários Cíveis da União, é intitulado "licença-especial". No Estatuto correspondente do nosso Estado-membro tem o "nomen juris" de "licença-prêmio". No Município consultante o mesmo instituto pela sua lei criadora, é denominado "férias-prêmio", diferindo do da União por não prever a conversão em tempo dobrado do serviço público, quando não gozado o benefício, e do estadual, quanto a este aspecto e, além disso, no que concerne ao tempo computável para o decênio.

A Lei municipal n.º 186, de 24/6/59, em seu capítulo IX — "Das Férias-prêmio" — integrado pelos arts. 162 e 163 e respectivos parágrafos, disciplina o instituto, principiando por enunciá-lo da seguinte forma:

" Art. 162 — O funcionário gozará férias-prêmio, correspondente a decênio de efetivo exercício em cargos municipais, na base de seis meses por decênio".

No parágrafo 1.º desse artigo é assegurada, durante o período de gozo do direito em foco, a percepção de todas as vantagens do cargo ocupado, bem como a contagem desse tempo como de efetivo exercício, para todos os efeitos. O parágrafo 2.º do mesmo artigo 162 arrola os casos de afastamento do funcionário que não impedirão a aquisição do direito a "férias-prêmio". O "caput" do art. 163 limita-se a indicar a forma de requerer a sua concessão. O seu parágrafo único dispõe sobre a repartição competente e dados para a apuração do decênio.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 248-249, 1974

3. No regime estatutário, os direitos, deveres e sanções relativos ao funcionário são estabelecidos em lei. O funcionário, ao investir-se em cargo público, coloca-se sob o regramento estatutário. Não tem ele a possibilidade de fazer qualquer ajuste com a Administração. Só pode usufruir os direitos previstos em lei e na forma por ela estabelecida. Não existe aí um contrato, como no caso de servidor regido pela Legislação trabalhista, regime que permite a indenização de direitos não usufruídos até a ocorrência de ruptura do vínculo.

4. Esta Consultoria-Geral do Estado manifestou-se, em várias oportunidades, sobre a questão relativa à conversão de licença-prêmio em dinheiro, concluindo pela sua possibilidade, desde que expressamente prevista pela legislação ordinária da respectiva órbita estatal (União, Estados-membros ou Municípios), não obstante se trate de distorção da configuração original desse instituto.

Em um dos pronunciamentos desta Casa há ampla análise das origens e evolução do instituto. Trata-se do Parecer n.º 1954, de 3/12/71, emitido pelo Consultor Jurídico ADAURY PINTO FILIPPI e aprovado pelo titular do Órgão Doutor ORLANDO GIRALDI VANIN, trabalho esse que se anexa ao presente para maiores esclarecimentos ao consulente.

5. A legislação de Gaurama não prevê a possibilidade de qualquer conversão do gozo do benefício, quer em tempo dobrado de serviço público (como na União e na esfera do nosso e de outros Estado-membros), quer em pecúnia (como ocorre, por exemplo, no Estado de São Paulo e em alguns Municípios, inclusive gaúchos).

Logo, não há amparo legal para a pretensão da ex-funcionária, qual seja a de converter as "férias-prêmio" em dinheiro, devendo seu pedido ser indeferido.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 7 de dezembro de 1973.

Renita Maria Hüllen  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 248-249, 1974

PARECER N.º 2487/CGE

SUPLENTE DE VEREADOR.

Expectativa de mandato.  
Somente quando esteja substituindo ou suceda ao titular, sofre incidência das regras jurídicas sobre impedimentos e incompatibilidades.

A Câmara de Vereadores de Alegrete, através de seu Presidente, indaga se suplente de Vereador, que não está no exercício do mandato, pode ocupar cargo de provimento em comissão no Legislativo, sem ser necessária a renúncia ao mandato.

É o relatório.

2. Lê-se na Constituição Estadual de 1970:

“ Art. 153 — O vereador não pode:

I — desde a expedição do diploma:

- a) (omissis)
- b) aceitar ou exercer comissão ou emprego do Município ou de entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, excetuado o exercício de magistério;

II — desde a posse:

- a) (omissis)
- b) (omissis)
- c) ocupar cargo público de que seja demissível “ad nutum”.

Os dispositivos transcritos devem ser cotejados e integrados com as regras da Carta Federal endereçadas aos deputados e senadores da República, “verbis”:

“Art. 34 — Os deputados e senadores não poderão:

I — desde a expedição do diploma:

- a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer cláusulas uniformes;

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 250-255, 1974

- b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nas entidades constantes da alínea anterior.

II — desde a posse:

- a) (Omissis)
- b) ocupar cargo, função ou emprego, de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades referidas na alínea “a” do item I.”

Em nosso entender, as normas relativas a impedimentos e incompatibilidades inseridas na Carta Magna contêm princípios de moralidade que se destinam, inclusive, à salvaguarda da independência dos poderes. E sendo a independência dos poderes um dos princípios básicos essenciais ao regime político vigente no nosso País, estendem-se, automaticamente, aos Estados-membros e aos Municípios, por simetria, aqueles impedimentos e incompatibilidades por ela criados, salvo as exceções que a própria Constituição Federal estabeleceu, como sejam, as emergentes dos seguintes dispositivos:

“ Art. 104 — O funcionário público investido em mandato eletivo federal ou estadual ficará afastado do exercício do cargo e somente por antigüidade será promovido.

§ 1.º — (Omissis)

§ 2.º — A lei poderá estabelecer outros impedimentos para o funcionário candidato a mandato eletivo, diplomado para exercê-lo ou já em seu exercício.

§ 3.º — O funcionário municipal investido em mandato gratuito de vereador fará jus à percepção de vantagens de seu cargo nos dias em que comparecer às sessões da Câmara.”

Vem ao encontro de nossa opinião as palavras do jurista PONTES DE MIRANDA, comentando a incompatibilidade de funções dos deputados e senadores:

“ As regras do art. 34, I, contêm princípios constitucionais que se impõem à União, aos Estados-membros e aos Municípios, bem como ao Distrito Federal e aos Territórios, quanto a membros da Assembléias

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 250-255, 1974

Legislativas e a Vereadores. Bem assim, as regras jurídicas do art. 36 e § 2.º. Mas há os arts. 15, e § 2.º, e 104 e §§ 1.º, 2.º e 3.º". (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969. Tomo III, pág. 29).

3. A Constituição Federal vigente estabeleceu, como regra geral, a gratuidade do mandato legislativo municipal (art. 5, § 2.º). Ao mesmo tempo permitiu que o mandato eletivo municipal fosse exercido por funcionário público de qualquer esfera estatal, sem necessidade de afastamento do cargo (art. 104, "caput", a contrário senso).

O parágrafo 3.º do art. 104 da Carta Política da União, na redação da Emenda n.º 1, assegurou, ainda, a percepção das vantagens do cargo, ao funcionário municipal no exercício de mandato gratuito de Vereador, nos dias em que não comparece à repartição a que serve, e sim às sessões da Câmara.

Diga-se, incidentalmente, que no Município consulente o mandato de vereador não é remunerado face o disposto no parágrafo 2.º do art. 15 da Constituição Federal, pois sua população é inferior a 200 mil habitantes.

O mencionado benefício do parágrafo 3.º do art. 104 da Carta Magna encontra limitação no art. 34, I, b, retro transcrito, combinado com o inciso II, b, do mesmo artigo de Lei Maior, cujas disposições a Carta Estadual acolheu no art. 153, I, b e II, c, já transcritos.

4. Cabe aqui ressaltar que a regra do art. 153, II, c, da Constituição Estadual, num aspecto, tem alcance mais amplo do que as regras da Carta da República (na medida de incidência automática nas esferas inferiores à União), quanto a cargo demissível "ad nutum". Pela regra contida na Carta estadual, o Vereador não pode, por lhe ser expressamente vedado, desde a posse, ocupar (nem exercer) cargo público de que seja demissível "ad nutum" (cargo em comissão ou função gratificada) em qualquer das órbitas estatais.

Embora nos pareça não haver motivo que reclamasse a vedação ao Vereador de exercer cargo dessa natureza (ou ocupá-lo) na Administração estadual e federal, tal vedação incide, porque a norma estadual existe e é válida, encontrando-se estribada na própria Lei Fundamental da República onde reza:

" A lei poderá estabelecer outros impedimentos para o funcionário candidato a mandato eletivo, diplomado para exercê-lo ou já em seu exercício." (parágrafo 2.º do art. 104).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 250-255, 1974

PONTES DE MIRANDA refere que o § 2.º do art. 104, supra, ao invés de falar em "lei" (genericamente), deveria ter consignado "Lei Complementar". (obra citada, tomo III, pág. 529). Contudo, dado o teor do dispositivo, é de entender-se que o Estado-membro, usando de sua competência de auto-organizar-se, pode ditar normas para o exercício da vereança no respectivo âmbito estadual, desde que não restrinja qualquer garantia da Lei Maior (como por exemplo a de o Vereador perceber as vantagens de seu cargo municipal exercido concomitantemente com o mandato — art. 104, § 3.º), e não abrande ou diminua os impedimentos e incompatibilidades por ela estabelecidos. (art. 34 e seus incisos).

5. As regras jurídicas sobre impedimentos e incompatibilidades são dirigidas aos Vereadores. Os suplentes de Vereadores não são atingidos por essas normas enquanto estiverem apenas na expectativa de virem a exercer o mandato. Só quando estejam substituindo ou venham a suceder ao vereador titular é que passam a sofrer a incidência dos dispositivos constitucionais referentes às restrições a esse aplicáveis, assim como passam a gozar das prerrogativas inerentes ao mandato.

No Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15/7/65) lê-se:

" Art. 215 — Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

Parágrafo único — Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e facultativamente, outros dados a critério do Juiz ou do Tribunal."

Segundo se infere da Lei n.º 4.737/65, todos os candidatos votados, que não se elegeram, são considerados suplentes. A classificação é feita de acordo com o número de votos obtidos, tomando-se em separado os candidatos de cada legenda. Ainda que, na prática, apenas alguns poucos tenham probabilidades de virem a exercer o mandato, todos os suplentes têm, teoricamente, essa expectativa, por estarem habilitados a isso, devendo a convocação para substituição ou sucessão obedecer rigorosamente a ordem de classificação.

A diplomação (como vereador) e a posse (investidura no mandato), no caso do suplente, não constituem dois momentos, para efeito de incidência de restrições legais, como no caso daquele que alcançou, desde logo, ser eleito Vereador.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 250-255, 1974

Diversamente do que ocorre com o Vereador eleito, sobre o suplente, todas as regras de impedimentos e incompatibilidades passam a incidir em um mesmo momento. E isto ocorre a partir da posse. Há a incidência das normas legais enquanto permanecer no exercício do mandato, seja como substituto temporário, seja como sucessor do titular em caráter permanente.

Quanto a incidência de impedimentos e incompatibilidades relativamente ao suplente, expõe HELY LOPES MEIRELLES, "verbis":

" O suplente de Vereador, enquanto não é convocado para o desempenho do mandato, não desfruta de quaisquer direitos ou prerrogativas reconhecidos aos titulares, como também não suporta qualquer restrição ou impedimento estabelecido para o exercício da vereança. Somente quando ocorre a vaga é que a sua expectativa de direito se converte em direito subjetivo à investidura na cadeira, e após a posse passa a ter as prerrogativas, encargos e impedimentos decorrentes da sua condição de Vereador."

(in "Direito Municipal Brasileiro" — 1964 — vol. II, págs. 585/6).

Cessada a substituição do Vereador titular, com relação ao substituto cessam, concomitantemente, todas as restrições sofridas pelo Vereador.

6. Para assumir o mandato, pois, deve o suplente desincompatibilizar-se desde que esteja exercendo (ou só ocupando) cargo ou função Pública incompatível com a vereança.

No caso de o primeiro suplente de determinada legenda não assumir, ao ser convocado para fazê-lo, deve então ser convocado o seguinte, classificado sob a mesma legenda, e assim sucessivamente.

A propósito, é oportuno lembrar que

" A suplência é suscetível de renúncia, desde que formalizada segundo as exigências da lei, para esse ato (STF RT 316/563). Mas enquanto não for feita, não pode a Câmara desatender a ordem de precedência dos suplentes, para convocar outro que não aquele que esteja em primeiro lugar." (HELY LOPES MEIRELLES, obra citada, pág. 586).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 250-255, 1974

7. Finalizando, afirmamos que o suplente de Vereador pode exercer cargo de provimento em comissão (do qual é demissível "ad nutum") sem necessidade de renunciar à suplência.

Quando convocado para o desempenho do mandato de Vereador, achando-se investido em dito cargo, deve desincompatibilizar-se mediante exoneração do mesmo, se quiser assumir a vereança. Não o fazendo, deve ser convocado o suplente que o segue, na ordem de classificação.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 26 de dezembro de 1973.

Renita Maria Hüllen  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2477/CGE

#### SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.

#### LICITAÇÕES. OBRIGAÇÃO DE FORNECER CERTIDÃO DE SEUS ATOS.

Os princípios relativos às licitações aplicáveis aos entes públicos, *stricto sensu*, não alcançam obrigatoriamente as sociedades de economia mista, que são pessoas de direito privado.

O mesmo ocorre quanto ao fornecimento de certidão por estes últimos órgãos, os quais, ainda, se eventualmente obrigados, não estariam sujeitos a tanto, de modo indiscriminado, senão na medida e forma previstas na lei.

C. R. A. S/A. — Engenharia e Construções, e C. G. G. S/A., ambas estabelecidas no Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, requerem, neste expediente, a anulação da concorrência pública aberta pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), para a adjudicação das obras civis da Central Hidroelétrica de Itaúba, sob a alegação de inconstitucionalidade da exigência inserta no respectivo edital, constante de seu item III, que prevê o consorciamento obrigatório da firma vencedora com congêneres gaúcha.

A petição em causa é dirigida ao Senhor Governador do Estado, que, para exame e informação, a remete à Secretaria de

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

Energia, Minas e Comunicações. O Senhor Titular desta, à sua vez, a encaminha àquela Companhia, para o mesmo fim.

Emitido parecer pelo douto Serviço Jurídico daquela Empresa, com o qual concordou a sua alta direção, e assim devolvido o processo ao Senhor Governador, houve por bem esta autoridade de, através de ofício, remeter as partes interessadas no feito — C. R. A. S/A., e C. G. G. S/A., — a gestões diretas com a CEEE, por seu esta uma entidade de economia mista, criada sob a forma de sociedade anônima e tratar-se, portanto, de pessoa jurídica de direito privado.

Em face dessa comunicação governamental, as petionárias requereram certidão do supra referido parecer, requerimento esse que determinou nova manifestação daquele Serviço Jurídico, o qual, após afirmar a inexistência de qualquer decisão administrativa, que tenha tomado por base ou por pressuposto aquela sua anterior manifestação, o que por si só torna duvidoso o direito ao pedido em questão, conclui, todavia, por sugerir seja ouvida a Consultoria-Geral do Estado, uma vez que se trata de processo formado na esfera do Poder Executivo, a cuja Chefia foi dirigida a solicitação e à qual caberá também dar solução ao assunto.

A seguir, pelo Senhor Secretário de Energia, Minas e Comunicações é pedido parecer, sobre ambas as matérias, a esta Consultoria-Geral.

É o relatório.

Com efeito, no tocante ao primeiro assunto cogitado, a solução se há de buscar nos princípios que disciplinam basicamente a atividade e a organização da Administração Pública. E esses princípios são os constantes do Decreto-lei n. 200, de 25/2/1967, que instituiu, no país, a reforma administrativa, acolhidos na órbita estadual, naquilo que couberem, pelo Decreto n.º 19.801, de 8/8/1969, respeitados, em ambos os casos, os cânones constitucionais vigentes.

Nesses diplomas, estabeleceu-se claramente que a Administração Pública compreende a Administração Direta e a Indireta, abrangidos nesta última os órgãos dotados de personalidade jurídica própria, isto é, as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Enquanto que para os órgãos integrados no âmbito da Administração Direta se previu rigidamente, salvo raras exceções, a licitação como meio indispensável à realização de suas compras, obras, serviços e alienações, já para aqueles compreendidos na Administração Indireta, a exceção das autarquias, nenhuma exigência dessa ordem se fez. Dizem-no os artigos 125 e 126, do aludido Decreto-lei, verbis: "As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

Título e disposições complementares aprovadas em decreto" e "As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância da licitação".

Deduz-se daí que as empresas públicas e sociedades de economia mista não estão necessariamente obrigadas à abertura de concorrência pública, quando da realização dos indigitados atos.

Tal assunto, a propósito, já foi objeto de acurado exame nesta Consultoria-Geral, quando da prolação do Parecer n.º 2043, de autoria da Consultora Jurídica CYL PARANHOS DE LIMA, aprovado pelo Senhor Governador do Estado, referentemente à sociedade de economia mista denominada AÇÚCAR GAÚCHO S/A. Nesse trabalho, sustentou-se, e bem, que "sociedade de economia mista não é destinatária das regras de licitação contidas no Decreto-lei". (grifei).

Tendo inteira aplicação à espécie vertente os conceitos emitidos naquele parecer, já que lá como aqui se trata de sociedades do mesmo tipo jurídico, vale a pena transcrevê-lo para correta ilustração da matéria em exame:

" O diretor-presidente do Açúcar Gaúcho S/A., em 7 de fevereiro do corrente ano, encaminha ao senhor Secretário da Indústria e Comércio pedido de providências no sentido de obter, junto ao senhor Governador do Estado, dispensa de concorrência pública para construção de nova Hidráulica, de vez que, a que ora se encontra em funcionamento será atingida pelas obras da BR-290 (Free-Way), a cargo do DNER.

Informa também, que a safra 1972/1973 deverá iniciar em julho do corrente ano, restando, então, 70 dias para a realização das obras de instalação da nova hidráulica. Ademais, os fornecedores do material que se faz necessário demoram de 60 a 90 dias para fazer a entrega do pedido, tornando impraticável a licitação, face a urgência da obra que, se não concluída até 30 de junho, ocasionará o atraso da safra.

A Assessoria Jurídica da Secretaria da Indústria e Comércio, em informação da lavra do Dr. LUIZ LIMA LÂNGARO, declara ser dispensável à solicitante realizar concorrência pública, pois, nos termos do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, as licita-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

ções são obrigatórias apenas para a administração direta e autarquias, ficando implicitamente excluídas do sistema as sociedades de economia mista que, em sendo pessoas jurídicas de Direito Privado, utilizam o processo comercial de tomada de preços que mais lhes convier.

Deslocado o trato do problema para a órbita da Secretaria de Coordenação e Planejamento, mereceu estudo e parecer de sua Assessoria Jurídica que, preliminarmente, denuncia o insuficiência de dados do processo o que impossibilita uma manifestação definitiva. Ali se constata que, sequer existe o projeto que determinará quais os materiais necessários, a quantidade e o valor. De toda a sorte, em conclusão, opina pelo acatamento das normas contidas no Decreto-lei n.º 200/67, combinado com a Lei n.º 5.456/68 e mais o que se contém na Lei RS n.º 5.086/65, naquilo que não colidir com as regras federais.

Ante as dúvidas que remanesceram no trato das questões jurídicas, o senhor Secretário da Indústria e Comércio envia o expediente para exame e parecer a esta Consultoria-Geral do Estado.

É o relatório.

Por um *prius* lógico convém estabelecer o posicionamento da sociedade de economia mista no panorama administrativo segundo as regras ditadas pela legislação própria da reforma administrativa. O artigo 4.º do Decreto-lei n.º 200/67, dispõe:

“A Administração Federal compreende:

I — a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II — a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedade de Economia Mista.

Parágrafo único: as entidades compreendidas na administração indireta consideram-se vinculadas ao ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

No artigo 5.º, inciso 3.º, do Decreto-lei excogitado encontramos a definição de sociedade de economia mista, como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta.

A colocação legal mereceu reparos do insigne THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI que, em artigo de doutrina, publicado na Revista de Direito Administrativo n.º 103, pág. 10, leciona:

“O grau de subordinação das empresas públicas, de economia mista ou fundações, à administração não existe em grau tão profundo que permita a sua qualificação como administração indireta.

Há manifesto equívoco em colocar na mesma chave de administração indireta as autarquias e as sociedades mistas, porque são exatamente diversos tipos de relações que cada uma delas mantém com os órgãos centrais da Administração direta.

.....

A presença majoritária do Estado na formação do capital é que justifica de alguma forma a sua integração dentro de um plano geral de atividades econômicas, mas sem as conotações específicas dos serviços públicos, mesmo de administração indireta ou centralizada.”

Foi feliz ainda uma vez o eminente Ministro THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, quando, com proficiência, advoga para a sociedade de economia mista uma colocação particular dentro da atividade estatal. Como empresa dotada de personalidade jurídica de Direito Privado ela goza de maleabilidade incomum na atividade pública. A atuação dinâmica dessa entidade se assemelha à mentalidade empresarial e com ela se identifica, excluídas as situações peculiares previstas expressamente na lei geral ou na lei especial que a cria (*lei mater*).

Por outro lado, na Emenda Constitucional de 1969, encontramos a colocação especial das sociedades de economia mista, no preceito expresso no parágrafo 2.º do artigo 170, *verbis*:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

"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" (grifei).

Ora, a atual orientação constitucional, consoante texto transcrito, repete, em essência, excluída a menção às autarquias, o que se continha no § 2.º, do artigo 163, da Constituição do Brasil de 1967.

ROBERTO BARCELOS DE MAGALHÃES, ao comentar o artigo, em sua obra "A Constituição Federal de 1967", volume II, págs. 520/521, preleciona, *verbis*:

"A sociedade de economia mista de origem germânica, se tem constituído, no Brasil, na solução preferida para o exercício de atividades industriais e comerciais do Estado.

Caracteriza-se ela — sociedade mercantil de feição anônima — pela participação do poder público (participação financeira) com maioria de ações ou de capital e por sua interferência nos órgãos de sua administração.

Outro traço que precipuamente a distingue das demais sociedades por ações privadas ou comuns: é a sua origem, já que o seu ponto de partida é um ato legislativo estabelecendo o seu nascimento próximo e os principais contornos de sua corporificação jurídica.

Suas vantagens podem ser facilmente enunciadas: a própria forma mercantil de que se reveste, por si a exprime, contribuindo para que o empreendimento público seja por ela alcançado com abstração de critérios burocráticos perturbadores; livre dos entraves da contabilidade pública, permitindo-lhe ingressar no mundo dos negócios com todas as virtudes da celeridade".

Assim, a sociedade de economia mista, face à nova linha legislativa que se estabeleceu a partir de .. 1967, foi colocada sob a égide das normas aplicáveis às empresas privadas inclusive, e *in casu* especialmente, quanto ao direito das obrigações. Dessarte, no que refere aos direitos de caráter patrimonial, ressalta a autonomia da vontade societária que é a tônica do direito obrigacional privado e nisso difere fundamentalmente da atividade própria da administração pública.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

Estabelecido o lineamento legal, pode-se enfrentar o problema, que é medular na consulta, o da licitação. A licitação exaure com caráter altamente moralizante; nos casos em que a administração pública pretende efetuar compras, obras, serviços e alienações.

O sistema de licitações propicia ao poder público atuar de forma imparcial e eficiente, dentro dos princípios da lei da oferta e da procura que informa o mercado, efetuando contratos mais vantajosos.

Atualmente, e desde 25 de fevereiro de 1967, passou a licitação a ser inteiramente regrada pelas normas contidas no Decreto-lei n.º 200/67, com alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, alcançando os estados e municípios por força da lei federal n.º 5.456, de 20 de junho de 1968. Dessarte, a normação até então vigorante foi inteiramente revogada, substituída pela nova orientação adotada pela reforma administrativa em todo o país.

"As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na administração direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste título e disposições complementares e aprovadas em decreto". (grifei) (artigo 125, do Decreto-lei n.º 200)

"Aplica-se aos estados e municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações, previstas nos artigos 125 a 144 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta lei". (Lei n.º 5.456, artigo 1.º)

HELY LOPES MEIRELLES, em exposição doutrinária constante da Revista de Direito Administrativo, n.º 105, pág. 14, assim se expressa:

"As licitações estão hoje regidas pelo Decreto-lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que em seus artigos 125 a 144 estabelece normas para as contratações de obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica.

Posteriormente, a lei federal n.º 5.456, de 20 de junho de 1968, determinou a aplicação dessas normas do Decreto-lei n.º 200/67 aos Estados e Municípios, possibilitando, ainda, a fixação dos limites para as diversas modalidades de licitação, por lei estadual. Dian-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

te disso, é de se considerar revogadas as disposições do Código de Contabilidade Pública da União e de seu Regulamento, que regiam anteriormente as concorrências e tomadas de preços, assim como as demais normas incompatíveis com a atual disciplina do instituto.”

“As normas estabelecidas no Decreto-lei n.º 200/67 só alcançam os Estados e Municípios e suas autarquias, ficando, portanto, excluídas as entidades paraestatais (sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações), por serem pessoas jurídicas de direito privado, embora a serviço do poder público. Mas nada impede que a lei estadual ou municipal determine que essas entidades realizem suas licitações e contratações, pelas normas pertinentes do Decreto-lei n.º 200/67, no que couberem, obrigando a inclusão de dispositivos expressos para esse fim em seus estatutos” (grifei).

Em brilhante parecer, publicado na Revista de Direito Público, n.º 13, ano 1970, págs. 133 a 144, o Procurador Subchefe do Estado de São Paulo, Doutor ORLANDO CARLOS GANDOLFO, analisa a situação de determinadas sociedades de economia mista face à edição de legislação estadual (Decreto-lei complementar n.º 7/69) visando regradar o comportamento do Estado-acionista, para cumprir a finalidade do Estado-membro, respeitados na essência, os princípios que regem a atuação nas sociedades em estudo. Trata-se, no caso, de auto-limitação do Estado-membro no seu comportamento como Estado-acionista, propiciando ao parecerista focar entre os temas mais relevantes, o da licitação. Destaca-se trechos expressivos:

“22. O decreto-lei n.º 200, inclui no âmbito da Administração indireta, as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (Art. 4.º, n.º II, a, b e c), contudo, no artigo 125 apenas sujeita à licitação a administração direta e as autarquias, deixando fora as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

“23. Diante disso, mesmo para os que consideram a DERSA uma sociedade de economia mista, ela, ainda assim, não está sujeita à licitação porque as sociedades de economia mista não foram mencionadas no art. 125 do Decreto-lei federal n.º 200.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

“25. .... Contudo, analisando o tema segundo os princípios da exegese jurídica chegar-se-á à conclusão de que as empresas do Estado, pela própria origem, finalidade e natureza comercial das suas atividades, devem promover licitações, segundo as normas do direito das obrigações, segundo as práticas mercantis, segundo os métodos da empresa privada, adotando para esse fim regulamentos internos próprios por integrarem a administração indireta; enquanto que as autarquias, que integram a administração direta descentralizada, destituídas que estão da essência especulativa que caracteriza as empresas comerciais, ficam sujeitas às licitações segundo os quadrantes estabelecidos pelo direito financeiro.

“27. Aliás, seria contra-senso a DERSA funcionar segundo os métodos da empresa privada (art. 71 da Constituição Estadual) e, sob a forma de sociedade por ações (decreto-lei n.º 5, de 6/3/69) — o que indica a velocidade comercial que deve imprimir aos seus negócios — e ficar, ao mesmo tempo, sujeita às peias burocráticas que caracterizam as licitações realizadas pelas repartições públicas.

“28. Não está a empresa, sujeita, portanto, como entidade comercial que é por excelência (cf. Ruy Carneiro Guimarães, “Sociedades por Ações”, vol. I, pág. 35, n.º 13; J. C. Sampaio Lacerda, “Manual das Sociedades por Ações”, pág. 17, n.º 13, etc.) às licitações públicas, mesmo porque “qualquer que seja o objeto, a sociedade anônima ou companhia é mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio” (parágrafo único do art. 2.º do Decreto-lei n.º 2.627, de 26/9/40, “dispõe sobre as sociedades anônimas”).

“29. 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” (grifei).

Adota-se, desta feita, por ajustadas ao caso sub examine, as teses esposadas de forma definitiva pelo ilustrado administrativista HELY LOPES MEIRELLES e pelo douto Procurador Subchefe do Estado de São Paulo, Doutor ORLANDO CARLOS GANDOLFO, e concluiu-se:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

1 — As licitações, como procedimento prévio de todos os contratos administrativos que resultem em despesa para a administração pública, não alcançam, compulsoriamente, as sociedades de economia mista;

2 — havendo previsão estatutária expressa, podem e devem as sociedades de economia mista proceder à licitação na forma prevista para a administração pública direta e autarquias, no que couber, resguardando, por esse meio, a lisura de conduta de suas direções;

3 — em não ocorrendo a hipótese anterior, ainda assim, devem as sociedades enfocadas realizar licitações, segundo as práticas mercantis, na forma do direito obrigacional;

4 — em qualquer dos casos antes mencionados, ocorrerá a dispensa de licitação face a situações de emergência, na iminência de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, bens e equipamentos.

Deverá, entretanto, na hipótese de incidência da legislação da reforma administrativa, ser objeto de imediata justificação perante a autoridade superior (Decreto-lei n.º 200/67, art. 126, "h", parágrafo 3.º). Na hipótese da adoção de licitação por forma mercantil, conformar-se-á a dispensa, mediante decisão do órgão competente de sua administração interna.

Como corolário do que se disse até aqui, cumpre esclarecer que, inexistindo no estatuto da AGASA qualquer norma sobre licitações, e, ocorrendo situação de emergência oriunda de fatores comprovados, com expressa concordância de sua direção, está ela dispensada de adotar as cautelas do chamamento de licitantes para seleção de propostas, mesmo pela forma usual para as empresas privadas". (In Rev. Consultoria-Geral do Estado, vol. 2, n.º 3, pág. 141)

Diante desses argumentos, que esclarecem à maravilha a controvérsia, não subsistem os fundamentos alinhados pelas firmas postulantes para a pretendida anulação. É que os princípios constitucionais invocados não têm — como se deduz — nenhuma pertinência com o caso em tela, pois, não se aplicam às pessoas jurídicas de que ora se trata.

Inobstante, se o preferir, ou se por determinação estatutária própria, como salienta o mencionado parecer for aberta con-

corrência por pessoa a tanto não obrigada legalmente, entende-se, ainda na linha do mesmo parecer, que essa concorrência pode comportar perfeitamente as condições previstas no edital da CEEE e que são o objeto da increpação de inconstitucionalidade feita pelos requerentes. Não poderia a CEEE, é certo, dentro de certame competitivo dessa ordem, estabelecer condições desiguais aos concorrentes, favorecendo uns em detrimento de outros, pois, aí resultariam feridos, entre outros, o direito das obrigações e as práticas mercantis, que teriam incidência no caso, como bem o refere o ilustre Procurador do Estado de São Paulo — Doutor ORLANDO CARLOS GANDOLFO, em parte de seu parecer, transcrita naquele outro acima reproduzido. Tal, entretanto, não ocorre no caso sub iudice, já que as exigências contidas no dito edital, não se revestem de qualquer favoritismo ou parcialidade, sendo, pois, legítimas.

De outra parte, no que tange ao segundo problema, objeto da consulta, que diz respeito ao fornecimento de certidão, por parte da empresa, do teor do parecer exarado pelo seu Serviço Jurídico, antes aludido, tampouco padece dúvida a inexistência, aí, de direito líquido e certo, o que se pode afirmar, também, pelos próprios fundamentos da solução dada ao primeiro problema — isto é, inaplicabilidade às pessoas de direito privado, dos princípios constitucionais endereçados aos órgãos e pessoas de direito público.

Ademais, mesmo que esses princípios fossem também, eventualmente, endereçados às pessoas jurídicas de direito privado, de que ora se cogita, ainda assim não estariam elas diante de uma obrigação indiscriminada, porquanto, como é sabido, e como a jurisprudência dos mais altos Tribunais do País tem proclamado (sic) "a Constituição não assegura aos interessados a comunicação de todos e quaisquer pareceres e informações, senão somente daqueles a que os despachos administrativos se referem, isto é, daqueles que dos despachos ficam fazendo parte integrante, como motivação ou fundamento deles. Nisto se conforma o legislador constituinte com a doutrina e a tradição no Direito Administrativo, segundo os quais, públicas devem ser as resoluções e decisões, não as informações e pareceres que apenas servem de esclarecimento para as resoluções da autoridade administrativa; ou, melhor, pública deve ser a decisão não a elaboração dela, a deliberação que a precede". (In Rev. Trib., vol. 406/163). Nesse sentido, contam-se inúmeras outras decisões, como as que se vêem publicadas na mesma Revista, volumes N.ºs 111/742, 418/184, 422/135 e 499/126.

Por derradeiro, se acaso não tivesse procedência o primeiro argumento citado, que é decisivo e deriva da própria natureza do

órgão, teríamos a invocar, então, o texto expresso do art. 176, do referido Decreto-lei n.º 200, que ressalva os assuntos de caráter sigiloso, da obrigação que têm os órgãos públicos de responder as consultas que lhes são feitas por qualquer cidadão.

Diante de todo o exposto, concluímos que (a) é descabida a pretendida anulação da concorrência pública em causa e (b) não assiste às firmas interessadas direito líquido e certo à obtenção da certidão em apreço.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 21 de dezembro de 1973.

**Paulo Germano João**  
Consultor Jurídico

A Sua Excelência o Senhor Engenheiro HENRIQUE ANAWATE  
DD. Secretário de Estado de Energia, Minas e Comunicações  
NESTA CAPITAL

Porto Alegre, 28 de dezembro de 1973.

SENHOR SECRETARIO:

Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência a fim de lhe remeter, em anexo, o Parecer n.º 2477, da lavra do Consultor Jurídico PAULO GERMANO JOÃO, o qual, por coincidir com meu entendimento sobre o assunto, aprovo e adoto como pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

2. O Parecer que ora lhe encaminho examina se as sociedades de economia mista estão adstritas à observância dos princípios relativos às licitações, bem como à obrigação de fornecerem certidões.

3. As sociedades de economia mista, sendo pessoas jurídicas de direito privado, não celebram contratos administrativos, mas simples contratos mercantis, que se não regem pelas normas do Direito Público, mas pelas regras do Direito das Obrigações e do Direito Comercial.

Por esse motivo, a regularidade dos contratos celebrados pelas sociedades de economia mista não está subordinada à realização de concorrência pública, já que esta é exigida pela Administração Pública tão-somente como procedimento preliminar dos contratos administrativos.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

“ A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. A licitação é o procedimento administrativo preparatório do contrato; é condição para a sua formalização”. (HELY LOPES MEIRELLES, “Licitação e Contrato Administrativo” 1973, pág. 4 — (grifei).

4. O Poder Público, por meio das sociedades de economia mista, desempenha sua atividade econômica como se fosse um comerciante ou industrial qualquer, sujeito às normas do Direito das Obrigações e àquelas que disciplinam as sociedades mercantis. Por essa razão, a Constituição Federal, no § 2.º do seu art. 170, dispõe que

“ 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.”

Quer dizer que tais entidades, ao contratar obras, fornecimentos ou serviços, não estão, por lei, obrigadas a promover licitações, apenas devendo realizá-las nos casos de disposição estatutária expressa. Não havendo tal disposição, a licitação mercantil, se efetivada, deverá se processar de acordo com as práticas do comércio, na forma do direito obrigacional, conforme, aliás, a lição de HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis*:

“ A licitação só é obrigatória para a contratações das entidades públicas — estatais e autárquicas — mas pode ser realizada pelas pessoas de direito privado como são as entidades paraestatais — sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações de interesse público, serviços sociais autônomos — desde que lei especial o determine, ou conste de seus estatutos essa sujeição ou a diretoria da empresa assim o delibere.” (ob. cit., pág. 11)

5. A CEEE, que é a sociedade de economia mista em questão, foi criada sob a forma de sociedade anônima, estando, por isso mesmo, como entidade comercial, subordinada à Lei n.º 2.627, de 29/9/40, que dispõe sobre as sociedades anônimas, a qual, no parágrafo único do art. 2.º, determina que

“ Qualquer que seja o objeto a sociedade anônima ou companhia é mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio.” (grifei)

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

Ora, regendo-se pelas leis e usos do comércio, as sociedades de economia mista não estão, em hipótese alguma, sujeitas à licitação pública, instituto de Direito Público, mas à licitação comercial, conforme, a propósito, opina ORLANDO CARLOS GANDOLFO, Procurador Subchefe do Estado de São Paulo, em pronunciamento publicado na RDP, n.º 13, pág. 133, e já citado, em outros trechos, no Parecer que ora lhe envio:

“ Não se deve confundir licitação pública, figura de Direito Financeiro, que ostenta características próprias, fixadas em lei (Decreto-lei Federal n.º 200, de 25/2/67, arts. 125 e segts.; Lei Estadual n.º 10.395, de 17/12/70) e licitação comercial, processada nos moldes do Direito Obrigacional.

Visam os dois procedimentos o mesmo objetivo: celebração de contrato. O primeiro, contrato administrativo, cuja iniciativa parte de Secretaria de Estado ou autarquia; o segundo, contrato mercantil, ainda quando de iniciativa de sociedade controlada acionariamente pelo poder público.”

6. Além disso, a licitação se aplica apenas à administração direta e nas autarquias, segundo preceitua o Decreto-lei n.º 200, de 25/2/1967, alterado pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29/9/1969, aplicável aos Estados-membros e Municípios por força da Lei Federal n.º 5.456, de 20/6/68.

7. Assim sendo, entendo, nos termos do incluso Parecer, que os princípios relativos às licitações não alcançam, obrigatoriamente, as sociedades de economia mista.

Com este ponto de vista, aliás, está acorde o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES:

“ A licitação, em princípio, é obrigatória para as entidades públicas (estatais e autárquicas), não o sendo para as entidades privadas (paraestatais: sociedades de economia, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos). E justifica-se essa diversidade de tratamento porque as pessoas jurídicas de direito público estão sujeitas a normas de operatividade mais rígidas do que as pessoas jurídicas de direito privado, embora a serviço do Poder Público. Não se pode confundir a União, os Estados e Municípios e suas autarquias com

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

as demais entidades que prestam serviços públicos ou realizam atividade de interesse público, mas em regime de direito privado (civil ou comercial). Para aquelas a licitação é obrigatória; para estas é facultativa.

Daí porque o legislador federal, avisadamente, só sujeitou as entidades públicas ao sistema de licitações (Decreto-lei n.º 200/67, art. 125), tendo mesmo a Constituição da República declarado que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às entidades privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” (art. 170, § 2.º), o que está a indicar que estas entidades podem realizar seus contratos sem licitação. Nada impede, entretanto, que lei especial lhes imponha a obrigatoriedade de licitação para suas contratações ou que a própria Diretoria assim o delibere, em caráter geral, incluindo no estatuto ou no regulamento da empresa essa obrigação, ou decida em cada caso pelo procedimento licitatório a adotar, indicando a norma legal a ser observada. O que convém saber é que as pessoas jurídicas de direito privado, como são as entidades paraestatais — empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos — não estão originariamente sujeitas à licitação, que a lei geral só impõe às entidades estatais e autárquicas, na sua menção à “Administração direta e autarquias”.

(ob. cit., pág. 87/9)

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão publicado na Revista dos Tribunais, n.º 441, pág. 130, decidiu, igualmente, que:

“ A Cia. do Metropolitano de São Paulo, como sociedade mista e pertencente à administração indireta, não está obrigada a fazer licitação nos termos do Decreto-lei n.º 200, de 1967.”

8. Por conseguinte, a pretensão das firmas interessadas, formulada no sentido de vir a ser anulada a concorrência promovida pela CEEE, não pode ser atendida, pois embora essa entidade não estivesse obrigada a promover licitação, era-lhe, como ainda é, facultado realizá-la, de acordo com a previsão estatutária ou com as práticas mercantis, na forma do direito obrigacional.

O edital da citada concorrência é, pois, legítimo, não cabendo aos pleiteantes impugnar a constitucionalidade das suas cláusulas.

RCGERS. Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

sulas, já que as mesmas não estabelecem condições desiguais aos concorrentes, de modo a afastar determinados candidatos e a favorecer outros.

9. Quanto à segunda questão, relativa à obrigatoriedade, ou não, das sociedades de economia mista fornecerem certidões de seus atos, trago a lume, por oportuno e coincidente com minha opinião e com aquela esposada no Parecer incluso, o pronunciamento de CARLOS MEDEIROS SILVA, emitido quando ocupava o cargo de Consultor-Geral da República:

“ As certidões que o cidadão tem o direito de obter são as relativas a atos praticados pelas autoridades públicas, no exercício de suas atribuições. Estas é que não podem ser sonegadas a quem tenha legítimo interesse em conhecê-las. Cabe aos agentes da Administração o seu fornecimento, sem prejuízo da faculdade da requisição judicial em processo contencioso (Código de Processo Civil, art. 224; Decreto-lei n.º 94, de 16 de setembro de 1947).

Na espécie, entretanto, a certidão pedida é de peça elaborada por empregados do Banco do Brasil S. A., para ciência dos diretores deste estabelecimento. Não se trata de ato praticado em repartição pública, em processo administrativo propriamente dito, cujo agente tenha sido funcionário público. Nem o pessoal subalterno, nem o superior do Banco, ainda quando nomeado Pelo Presidente da República, se considera servidor público. São eles empregados ou diretores de uma sociedade anônima, de economia mista, entidade de direito privado, cujo regime jurídico, apesar de suas peculiaridades, é diverso do prescrito para as agências da Administração centralizada as autarquias ou entidades paraestatais. (...)

O conhecimento de atos de ordem interna, praticados por empregados ou diretores de sociedades anônimas de economia mista não encontra proteção no inciso constitucional invocado (art. 141, § 36) que se aplica somente às entidades públicas, salvo regulamentação ampliativa que não existe.

Aquele que tiver legítimo interesse em saber o que, sobre determinado assunto, decidiu a sociedade, deverá fazê-lo pela forma processual adequada, em processo regular, perante a Justiça ordinária, caso não seja atendido pelos meios sumários.” (RDA, 30/339)

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 255-271, 1974

10. Essas ponderações, Senhor Secretário, somadas aos fundamentos expostos no Parecer que ora tenho a honra de lhe remeter, levam-me a acolhê-lo e odotá-lo como manifestação desta Casa.

Asseguro a Vossa Excelência, nesta oportunidade, a minha estima e alta consideração.

**Orlando Giraldi Vanin**  
Consultor-Geral do Estado

#### PARECER N.º 2471/CGE

##### SECRETÁRIO MUNICIPAL — VERBA DE REPRESENTAÇÃO.

No Município de Santo Angelo a verba de representação instituída no art. 33 da Lei n.º 24/72 é perfeitamente acumulável com os vencimentos atribuídos aos Secretários Municipais, quer providos mediante cargo em comissão ou através de função gratificada.

##### CARGO EM COMISSÃO — INCIDÊNCIA DE VANTAGENS POR TEMPO DE SERVIÇO.

Apenas o adicional por tempo de serviço, previsto no art. 99 da Lei n.º 79/72, Estatuto dos Funcionários Públicos, incide sobre os vencimentos do cargo em comissão. FUNCIONÁRIO MUNICIPAL — APOSENTADORIA.

A aposentadoria em cargo em comissão, face a Lei Estatutária n.º 79/72, somente é viável no caso de invalidez, comprovada, ainda, a direta correlação da lesão ou doença com o exercício do cargo.

Submete o Senhor Prefeito Municipal de Santo Angelo ao exame desta Consultoria-Geral, através do processo de n.º . . . . 1872/73/CGE, matéria referente a vantagens estatutárias atribuídas a servidores do município consulente especificamente considerando as seguintes situações:

I) Possibilidade de funcionário efetivo respondendo por cargo em comissão de Secretário Municipal, uma vez tendo optado

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 271-277, 1974

pela função gratificada correspondente ao predito cargo, perceber a gratificação de representação atribuída aos titulares das Secretarias de Governo, através do que dispõe a Lei n.º 99, de 20 de dezembro de 1972.

II) Percepção de avanço e adicional por tempo de serviço por servidores municipais detentores de cargo em comissão e não optantes pela função gratificada respectiva e correlata.

III) Possibilidade de funcionário municipal, uma vez completado o tempo para aposentadoria voluntária no cargo efetivo de contador, aposentar-se no cargo em comissão de Secretário da Fazenda, que atualmente titula.

2. Antes de objetivamente atender as hipóteses descritas pela Prefeitura indagante, cumpre explicitar o conceito e natureza jurídica dos adicionais e gratificações, já que direta interferência possuem na solução dos problemas legais enfocados neste processo.

“ Os servidores públicos são estipendiados por meio de vencimento ou remuneração. Além dessa retribuição estipendiária podem, ainda, receber outras parcelas em dinheiro, constituídas pelas vantagens pecuniárias a que fizeram jus, na conformidade das leis que as estabelecem.

Vantagens pecuniárias são acréscimos de estipêndio do funcionário, concedidas a título definitivo ou transitório pela decorrência do tempo de serviço “ex facto temporis”, ou pelo desempenho de funções especiais “ex facto officii” ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço “propter laborem”, ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor “propter personam”. As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais). Todas elas são espécies do gênero retribuição pecuniária, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e à Administração.

Adicionais são vantagens pecuniárias que a Administração concede aos funcionários em razão do tempo de exercício (adicional de tempo de serviço) ou

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 271-277, 1974

em face da natureza peculiar da função, que exige conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho (adicionais de função).

O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser, aquele, uma recompensa ao tempo de serviço do funcionário, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e, esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o funcionário, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor.

O adicional se relaciona com o tempo ou com a função: a gratificação se relaciona com o serviço ou com o servidor. O adicional em princípio adere ao vencimento e por isso tem caráter permanente, a gratificação é autônoma e contingente.” (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, pp. 398, 402 e 410)

3. Procurando enquadrar a espécie “gratificação de representação” — apontada no expediente como uma das vantagens estatutárias percebidas pelos titulares de Secretarias Municipais e por servidores exercentes de funções de Gabinete (art. 108, letra e, Lei n.º 79/72, Estatuto dos Funcionários Públicos e art. 29, parágrafo único da Lei n.º 99/72, Reforma Administrativa) — aos princípios informadores da lição retro transcrita, forçoso é situá-la no conceito de gratificação de pessoal, vinculada a encargos de representação, que enseja retribuição pecuniária somente e enquanto houver o desempenho dessas comissões legais, pois trata-se de prestação **pro labore** faciendo ou seja contraprestação diretamente ligada ao exercício do cargo de Secretário de Governo do Município e de cargos e funções de gabinete.

4. A atividade de representação, conduzindo a despesas relacionadas com a prestação desse encargo, justifica, plenamente, não só a previsão de uma verba para o atendimento dessas necessidades mas, também, a edição de regra específica amparando essa situação.

No entanto, considerando a natureza jurídica dessa gratificação especial, uma vez cessada a circunstância que lhe deu causa, na hipótese, a titulação do cargo de Secretário do município, automaticamente também se extingue a razão do pagamento dessa vantagem pecuniária acessória.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 271-277, 1974

5. De conseguinte, a retribuição instituída para os cargos de Secretários do Governo Municipal (comissão ou função gratificada) não se confunde com o fato gerador dessa gratificação pessoal.

6. Os textos legais vigentes sobre a matéria no direito estatutário do município consulente confirmam tal posicionamento e orientam legalmente os critérios de acumulação dessas vantagens ao disporem, **verbis**:

“ Art. 109 — Função gratificada é a instituída para atender a encargos de chefia e outros que a lei determinar sendo a respectiva gratificação percebida cumulativamente com o vencimento.” (Lei n.º 79/72 — Estatuto dos Funcionários Públicos)

Art. 29 — Parágrafo único — É atribuída uma gratificação mensal, a título de representação, aos secretários municipais no valor igual a um salário mínimo e meio vigente.” (Lei n.º 99/72)

7. Nesse entendimento, a percepção de gratificação de representação prevista no art. 29, parágrafo único, da Lei Municipal n.º 99/72, antes escrita, qualificada como *propter personam*, é perfeitamente cumulável com outras vantagens estatutárias, pois não importa em repetição de benefício pecuniário com idêntico suporte fático concedido a mesmo servidor.

8. Com pertinência a segunda questão jurídica proposta neste expediente e que se dirige a percepção de vantagens relacionadas com o tempo de serviço — avanços e adicionais — juntamente com os vencimentos do cargo em comissão, o exame das regras legais vigentes no município indagante se faz necessário, para o esclarecimento da situação.

9. Assim, o art. 91, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Santo Ângelo, ao explicitar o conceito legal de vencimento, inclui neste as vantagens adicionais por tempo de serviço e avanços, ao escrever, literalmente:

“ Art. 91 — Vencimento é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício do cargo e corresponde a padrão fixado em lei, avanços e adicionais por tempo de serviço.”

10. O art. 94, do mesmo diploma estatutário, ao enumerar as hipóteses de perda de vencimento do cargo de provimento efetivo, ressalva, apenas, o direito da opção e acumulação, ao dispor, **verbis**:

“ Art. 94 — Perderá o vencimento do cargo efetivo o funcionário:

I — nomeado para cargo em comissão, salvo o direito de opção e acumulação.”

11. Dessarte, a nomeação para cargo em comissão, se não tiver havido opção, afasta o vencimento do cargo de provimento efetivo e atribui ao servidor o vencimento correspondente ao novo cargo titulado.

12. Os efeitos jurídicos das vantagens adicionais por tempo de serviço e avanços sobre os vencimentos do cargo em comissão se apresentam distintos por expressa referência legal dos arts. 98 e 99 do Estatuto Funcional do município **sub examine** e a seguir transcritos:

“ Art. 98 — O Plano de pagamento dos cargos de provimento efetivo estabelecerá avanços, cuja concessão automática se processará de três (3) em três (3) anos.”

“ Art. 99 — Os funcionários perceberão adicionais de 10, 15, 20, 25 e 30% sobre seus vencimentos, a partir da data que vieram a completar, respectivamente, 10, 15, 20, 25 e 30 anos de serviço público, contados na forma do presente estatuto.

§ 1.º — O adicional será sempre proporcional ao vencimento ou ao provento e acompanhar-lhe-á as oscilações.” (grifei)

13. Comparando estes dois dispositivos legais, verifica-se, desde logo, a diversificação de tratamento estatutário com referência às duas vantagens, por tempo de serviço.

A percepção de avanços, o legislador municipal condicionou expressamente ao exercício de cargo de provimento efetivo, ficando, pois, o funcionário, **quando provido em cargo em comissão**, impedindo de receber a citada vantagem, já que legalmente perde o vencimento do cargo efetivo, base sobre a qual incide a gratificação trienal.

14. Outra é a situação jurídica do adicional por tempo de serviço que adere aos vencimentos e proventos dos servidores acompanhando-lhes todas as oscilações. Não restringindo, a lei estatutária, e mesmo induzindo sua correlação com um conceito amplo de vencimentos, sua percepção se justifica sempre, qualquer que seja o cargo ocupado pelo servidor.

15. Considerando, dentro dessa sistemática, que a retribuição paga pelo exercício do cargo em comissão vem, também, legalmente definida e é vencimento — art. 162 da Lei n.º 79/72 — a ele aderem todas as vantagens adquiridas pelo funcionário que tenham como fato gerador o tempo de serviço.

16. Dessa forma, o funcionário efetivo titulando cargo em comissão, enquanto detiver essa posição juris, somente poderá perceber a vantagem referente ao adicional por tempo de serviço, previsto no art. 99 da Lei Estatutária Municipal.

17. O Parecer n.º 386-T da Consultoria-Geral da República, publicado no Diário Oficial da União, de 29 de abril de 1954, confirma esta conclusão ao afirmar, *verbis*:

“ A gratificação adicional por tempo de serviço tem por fundamento o simples exercício, durante 20 e 25 anos completos, não cogita da natureza desse exercício, se em cargo efetivo ou em comissão. É uma recompensa dada a quem permaneceu em atividade durante aquele lapso prolongado e que, por isto mesmo, se presume credor de um acréscimo de vantagens.”

18. Diferente é o entendimento se o servidor optar pelo provimento em função gratificada, quando então, continuando a perceber legalmente os vencimentos do cargo de provimento efetivo, fará jus, face a conceituação estatutária, à percepção não só dos adicionais já referidos, mas dos avanços trienais vinculados à efetividade de seu cargo.

19. Sobre a terceira hipótese apresentada no processo em análise — possibilidade de funcionário efetivo, que implementou no cargo de Contador o tempo hábil para aposentadoria voluntária, inativar-se no cargo em comissão de Secretário da Fazenda que atualmente titula — as regras estatutárias do Município de Santo Ângelo eliminam qualquer possibilidade, pois, somente em caso de invalidez é que se torna viável e jurídica a aposentadoria em cargo em comissão.

20. Os arts. 142 e 143 da Lei n.º 79/72, Estatuto dos Funcionários Públicos do Município, ao tratarem da aposentadoria, apontam, expressamente, as únicas hipóteses legais de inativação dos servidores municipais, *verbis*:

“ Art. 142 — O funcionário será aposentado:

- I — por invalidez;
- II — por limite de idade;
- III — por tempo de serviço.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 271-277, 1974

Art. 143 — O funcionário em estágio probatório somente terá direito a aposentadoria quando enquadrado no inciso I do artigo anterior.

Parágrafo único — A disposição deste artigo aplica-se ao funcionário em comissão, uma vez comprovando que a doença ou lesão foi adquirida em razão do exercício do cargo.”

21. A leitura dos dispositivos retro alinhados indica que a aposentadoria estatutária em cargo em comissão é viável apenas na hipótese de invalidez e, ainda assim, comprovado que a doença ou lesão foi adquirida em razão do exercício do cargo.

Torna-se, pois, necessário a ocorrência conjugada de dois pressupostos para que se verifique a aposentadoria nas condições retro sinaladas:

- a) invalidez;
- b) direta correlação da doença ou lesão com o exercício do cargo.

22. Verifica-se, assim, de plano, que a situação apresentada pelo Senhor Prefeito de Santo Ângelo no processo *sub examine*, não se identifica com as hipóteses de inativação previstas no Estatuto.

23. Face os dispositivos legais que informam a espécie, o atual Secretário da Fazenda do Município poderá ser aposentado no seu cargo efetivo de Contador, com todas as vantagens estatutárias referentes ao seu tempo de serviço, inclusive a estabilidade financeira assegurada no art. 101 do diploma funcional.

É o parecer.

Porto Alegre, 20 de dezembro de 1973.

Ana Maria Landell de Moura  
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2467/CGE

TRADUTORES PÚBLICOS E INTÉRPRETES COMERCIAIS. Não são servidores públicos, mas agentes auxiliares do comércio autônomos, não podendo, por isso, adquirir estabilidade na função, ainda que tenham previamente se submetido à prova de habilitação, para apurar a capacidade profissional.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 277-282, 1974

1. O Senhor Presidente da Junta Comercial, pretendendo normalizar definitivamente a situação dos tradutores e intérpretes comerciais, com a fixação do número de ofícios, segundo critérios que levem em conta a diversidade de idiomas, solicita parecer desta Consultoria-Geral, objetivando esclarecer quais os eventuais direitos adquiridos por muitas pessoas que vêm exercendo essas atribuições a título precário, sendo que algumas foram credenciadas há mais de vinte anos.

2. Para responder a consulta é necessário, inicialmente, estabelecer a natureza jurídica das atribuições exercidas pelos tradutores públicos e intérpretes comerciais.

Na sistemática do nosso direito positivo, essa categoria de pessoas tradicionalmente tem sido incluída na classe dos agentes auxiliares do comércio e, como tal, o exercício de sua profissão tem sido regulamentado pela legislação complementar ao Código Comercial e fiscalizado pelas Juntas Comerciais das unidades federadas.

O Decreto n.º 863, de 17 de novembro de 1851, que estabeleceu Regulamento para os Intérpretes do Comércio da Praça do Rio de Janeiro, já estabelecia que esses seriam da nomeação do Tribunal do Comércio da Capital do Império.

Posteriormente, o Decreto n.º 596, de 19 de julho de 1890, que reorganizou as Juntas e Inspetorias Comerciais, estabelecia no § 2.º, do art. 12, que a nomeação de intérpretes e de avaliadores comerciais competia às Juntas Comerciais.

E a Lei Federal n.º 4.726, de 13 de julho de 1965, que dispõe sobre os Serviços do Registro do Comércio e Atividades Afins, atualmente em vigor, estabelece no art. 10, inciso III, que incumba às Juntas Comerciais os encargos de fixar o número, processar a habilitação e a nomeação, fiscalizar, punir e exonerar os tradutores públicos e intérpretes comerciais, leiloeiros, avaliadores comerciais, corretores de mercadorias e os prepostos ou fiéis desses profissionais.

A atividade dos tradutores públicos e intérpretes comerciais, que são meros agentes auxiliares do comércio, sempre foi, pois, regulada pelo direito privado, ou seja, pela legislação complementar ao Código Comercial.

3. A denominação "agentes auxiliares do comércio" é usada para designar as pessoas que, postas ao serviço do comércio, como comerciantes ou não, exercem atividades que se constituem em profissão mercantil, definida e regulamentada pelas leis comerciais.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 277-282, 1974

Costumam ser classificados em duas grandes classes, quais sejam, a dos auxiliares autônomos ou independentes e a dos auxiliares subordinados.

Os agentes auxiliares autônomos são os que, agindo sem qualquer subordinação hierárquica a outrem, exercitam a profissão mercantil com autonomia e agem como donos de seu negócio, ou de sua empresa, pelo que costumam ser assemelhados aos comerciantes.

Nesta classe de auxiliares do comércio se integram, entre outros, os corretores, os leiloeiros, os despachantes alfandegários, os trapicheiros, os comissários de transportes, os representantes comerciais, os tradutores públicos e os intérpretes comerciais.

Os agentes auxiliares subordinados são os que, embora pratiquem habitualmente atos de comércio, se encontram na dependência de outrem, em nome de quem e por conta de quem executam os mesmos atos. Não são, por isso, reputados comerciantes, nem a esses equiparados por qualquer modo. São meros auxiliares ou empregados dos comerciantes, exercendo suas funções sob direção e fiscalização do dono do negócio, com o qual mantém relação de emprego, disciplinada, atualmente, pelo Direito do Trabalho.

Costumam ser incluídos como auxiliares dependentes, entre outros, os feitores, gerentes e caixeiros.

4. A classificação dos agentes auxiliares varia de um comercialista para outro, mas sempre tendo em vista a independência ou dependência com que o serviço é prestado.

Nesse sentido é oportuno transcrever a classificação adotada pelo Professor HERNANI ESTRELLA:

" Aceitando esse critério, que parece mais fundado, ter-se-iam, na atualidade do nosso direito positivo, oito classes de auxiliares do comércio, a saber: 1.º) corretores; 2.º) leiloeiros; 3.º) tradutores públicos e intérpretes comerciais; 4.º) despachantes; 5.º) trapicheiros; 6.º) comissários de transporte; 7.º) agentes comerciais; 8.º) prepostos."

" As sete primeiras compõem-se dos chamados auxiliares independentes, ao passo que a última compreende os denominados auxiliares dependentes, que são todos os que agem no âmbito de determinada empresa, nos mais diferentes misteres. O que a estes dá o qualificativo genérico de preposto é o fato de estarem investidos de algum poder de representação, seja por ato de vontade do empresário, seja por direta emanção da lei."

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 277-282, 1974

..... "omissis" .....

" A classificação bipartida em auxiliares independentes e auxiliares dependentes tem como característica diferencial a diversa posição social e jurídica de uns e outros deles, em relação à empresa a que servem, a despeito do traço comum que a todos assemelha. Os componentes das sete primeiras classes gozam de completa autonomia econômica e não têm direta sujeição a nenhum empresário determinado. Prestam sua colaboração a quem quer que dela precise, até mesmo a quem não seja comerciante. Os que se inscrevem na oitava classe, ao contrário, ficam sob a dependência econômica de tal ou qual empresário, a este subordinados e, geralmente, votados exclusivamente ao seu serviço. É, pois, racional e lógica essa classificação, adotada pela generalidade dos tratadistas, mesmo sem assento expreso em qualquer texto de direito positivo, e tão só por sua indiscutida valia. Na verdade, presta-se ela, admiravelmente, para melhor compreender a diversa disciplina legal a que ficam sujeitos os dois grupos de agentes auxiliares." ("in" Curso de Direito Comercial, José Konfino — Editor, pág. 221, edição de 1973).

E especialmente no que se refere a tradutores públicos e intérpretes comerciais esclarece o mesmo autor.

" Tradutor público e intérprete comercial é aqui considerado, unicamente, pela função que desempenha, correlacionada com as atividades mercantis, descurando-se por completo de outras facetas, que pode apresentar. Nesta acepção, entende-se por tal aquele que, preenchendo os requisitos legais e nomeado pela Junta Comercial, a cuja fiscalização fica sujeito, tem por ofício passar certidões, fazer traduções em língua vernácula de todos os livros, documentos e mais papéis escritos em idioma estrangeiro, referentes a assuntos comerciais. Por este aspecto tem indiscutido caráter de auxiliar do comércio, visto ser inegável a contribuição que preste ao bom desenvolvimento deste. Assim, aliás, o têm entendido as sucessivas leis que regulamentam a profissão desse agente". (op. cit., pág. 255).

5. Os tradutores públicos e intérpretes comerciais são auxiliares do comércio, incluídos na categoria dos autônomos, pois exer-

cem sua atividade por conta própria, como donos de seu negócio, embora fiscalizadas as suas funções pela Junta Comercial, que os credencia ao exercício de sua profissão.

Não são funcionários públicos e os ofícios, em cujo exercício se encontram, não são considerados cargos públicos.

A Lei estadual n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, dá a definição legal de funcionário e de cargo público nos seguintes termos:

" Art. 2.º — Funcionário público é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Parágrafo único — Cargo público é o criado em lei, em número certo, com denominação própria e pago pelos cofres do Estado".

Funcionários públicos são, pois, somente aqueles servidores que exercem regularmente cargo público, criado por lei, nas repartições centralizadas da Administração.

É, de outra parte, requisito essencial para a existência de um cargo público a condição de que ele tenha sido criado por lei, que estabelece também suas atribuições específicas e a forma de seu provimento.

6. Diz a Lei Federal n.º 4.726, de 13 de julho de 1965, que dispõe sobre os Serviços do Registro do Comércio e Atividades Afins:

" Art. 10 — Incumbem às Juntas-Comerciais:

.....  
III — Os encargos de fixar o número, processar a habilitação e a nomeação, fiscalizar, punir e exonerar os tradutores públicos e intérpretes comerciais, leiloeiros, avaliadores comerciais, corretores de mercadorias e os prepostos ou fiéis desses profissionais."

Dispondo a lei, que compete às Juntas Comerciais fixar o número de tradutores públicos e intérpretes comerciais, está a indicar que esses ofícios não são cargos públicos, já que independem de provimento legislativo autorizando sua criação e funcionamento.

E embora a mesma lei fale em nomeação, o vocábulo não está empregado no sentido próprio que esta palavra tem no direito público.

No direito administrativo nomeação é o ato de investidura do funcionário no cargo, que se completa com a posse e com o exercício.

Na Lei 4.726 a palavra nomeação não é usada com esse sentido, já que não há um cargo público para prover. O vocábulo está aqui empregado como sinônimo de credenciação, de autorização ou licença para exercer determinada atividade sujeita à fiscalização da Junta Comercial. Tanto é assim, que a lei utiliza o termo nomeação também para a designação dos avaliadores comerciais, corretores de mercadoria e seus prepostos ou fiéis, os quais evidentemente não são servidores públicos.

7. Os tradutores públicos e intérpretes comerciais são profissionais autônomos, que não mantêm com a Administração vínculo funcional ou empregatício.

Não gozam de estabilidade na função e não a podem adquirir, ainda que credenciados há mais de vinte anos, pois o exercício de sua atividade não é computável como tempo de serviço público para qualquer fim.

De outra parte, as provas de habilitação que a Junta Comercial eventualmente venha a realizar não podem ser consideradas concurso para provimento de cargo público, já que não se trata de preencher cargos criados por lei e porque os candidatos aprovados não irão deter o "status" de funcionário público.

Assim sendo, fica ao critério exclusivo da Junta Comercial exigir que os atuais tradutores e intérpretes compareçam à prova de habilitação ou, se preferir, manter as credenciações já feitas independente de qualquer formalidade.

8. Em conclusão, entendo que os tradutores públicos e intérpretes comerciais são agentes auxiliares do comércio, que desempenham suas funções como profissionais autônomos. Não são servidores públicos e não tem, por isso direito à estabilidade.

Assim, no caso de querer a Junta Comercial realizar prova de habilitação para novas credenciações, deve previamente, a seu prudente juízo, estabelecer se ficam mantidos os já credenciados ou se estes também deverão submeter-se a exame.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 1973.

**Jorge Alberto Diehl Pires**  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 277-282, 1974

## PARECER N.º 2466/CGE

### GRATIFICAÇÃO PELA ELABORAÇÃO DE TRABALHO TÉCNICO OU CIENTÍFICO.

A gratificação de que trata o art. 107 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado só é devida quando o trabalho solicitado for aproveitado pela Administração.

Exegese do art. 67, VI, c, do Estatuto.

Aplicação do Decreto n.º 1.364, de . . . .  
19/9/1950.

P. S. de A., Oficial Técnico, M. de Q. O., Assessor Administrativo, P. P. de A., Revisor, C. D., Impressor Especializado, F. D. R., Diretor Comercial, W. G. C., Impressor Especializado e N. C., Assistente Técnico Gráfico, requerem ao Senhor Secretário de Estado da Administração " . . . o arbitramento de uma gratificação nos termos dos artigos 67, inciso VI, letra c, e 107, combinados, ou apenas com amparo legal num deles, da Lei n.º 1.751, de 22/2/1952, em virtude da elaboração do projeto de transformação do Departamento de Imprensa Oficial (DIO), em empresa pública sob a denominação de Empresa Riograndense de Artes Gráficas (ERAG), trabalho técnico e de utilidade pública, bem como de caráter científico, solicitado e aproveitado" (sic).

Os requerentes participaram de uma Comissão designada por Portaria do Diretor do Departamento de Imprensa Oficial com o objetivo de realizar "estudos, analisar a situação existente, bem como examinar as possibilidades de transformação do Departamento de Imprensa Oficial em empresa pública", segundo se verifica pelo ofício que essa autoridade encaminhou ao Senhor Secretário da Administração (folhas).

Em obediência ao disposto no Decreto n.º 1.364, de 19 de setembro de 1950, o Senhor Secretário da Administração baixou a Portaria que se encontra a fls. 21 dos autos, constituindo uma Comissão destinada a emitir Parecer e especificar as gratificações pretendidas.

Tal Comissão, por entender que "a gratificação em espécie . . . tem como pressuposto básico, como causa primeira, a concretização de trabalho do qual efetivamente se esteja valendo e beneficiando a Administração", conclui por ser " . . . extemporâneo saber da utilidade ou não do trabalho".

"Falta-nos — arremata tal Comissão — elemento básico que deverá determinar a gratificação pleiteada, por entendermos ser

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 283-287, 1974

impossível, desde já, comprovar o benefício trazido com o trabalho levado a efeito pela Comissão.”

Inconformados, os requerentes retornam com a petição de fls. 32 e segs. dos autos, na qual, em síntese, argumentam ser inaplicáveis à espécie as disposições do Decreto n.º 1.364, de 19 de setembro de 1950, porque teve ele por objeto a regulamentação de dispositivos do anterior Estatuto do Funcionário Público, revogado pela Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

Segundo entendem os requerentes, houve substancial alteração no dispositivo estatutário pertinente porquanto no antigo Estatuto se permitia o pagamento de gratificações “pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico” (Decreto n.º 311, de 31 de dezembro de 1942, art. 102, V, d), enquanto que a lei atual, que revogou o antigo Estatuto, fala no pagamento de gratificação “pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico, solicitado ou aproveitado” (art. 67, VI, c).

De mais a mais, segundo os mesmos requerentes, revogado o Decreto n.º 1.364/50, não há mais que falar em que somente ao Chefe do Poder Executivo cabia competência para determinar a elaboração de tais estudos ou trabalhos, uma vez que a lei somente refere que a este competirá arbitrar a gratificação, sem reproduzir a determinação contida no art. 1.º do já referido Decreto n.º 1.364/50, que atribui ao Chefe do Poder Executivo, exclusivamente, competência para determinar a realização de trabalhos de natureza dos que foram executados.

Diante de tais razões, o Senhor Secretário da Administração solicitou a ouvida desta Consultoria-Geral.

Em diligência, requereu-se o encaminhamento do processo à Casa Civil, com o intuito de se colherem novas informações com relação ao pedido formulado.

Em decorrência disso, foram apensados ao processo os autos do processo n.º 05775, de 29 de maio de 1973, da Casa Civil, por fotocópia, o qual teve por objetivo submeter à apreciação de vários órgãos da administração do Estado o aludido trabalho realizado pelos postulantes.

Diante do que se contém em tal processo, verifica-se que, atendidas as ponderações do ilustre Consultor Jurídico Manoel André da Rocha, desprezou-se o trabalho elaborado pelos postulantes, tendo sido adotado o ponto de vista de não ser possível ao Estado criar uma empresa pública, tal como sugerido, optando-se, então, pela constituição de uma sociedade de economia mista nos termos do Projeto de Lei elaborado pela Junta Coordenadora da Reforma Administrativa, o qual se transformou na Lei n.º 6.573, de 5 de julho de 1973 e que, diga-se de passagem, nenhuma semelhança guarda com o anteprojeto elaborado pelos postulantes.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 283-287, 1974

O primeiro problema a ser resolvido para o deslinde da matéria sob apreciação consiste em se saber se o Decreto n.º 1.364, de 19 de setembro de 1950, editado anteriormente ao atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, com o objetivo já mencionado de regulamentar a concessão de gratificação pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico, está ou não em vigor.

Pretendem os requerentes que as disposições de tal decreto não mais vigem porquanto, como já se viu, o novo Estatuto acrescentou às palavras contidas na lei anterior a expressão “solicitado ou aproveitado” (art. 67, VI, c).

Entendem, diante disso, os peticionários que tais trabalhos técnicos ou científicos, segundo a lei atual, conferem o direito de gratificação aos seus autores em duas hipóteses: quando aproveitados, independentemente de solicitação, ou quando solicitados, independentemente de aproveitamento.

Aí, “data venia”, é que reside o equívoco: o fato de referir a lei, dentre as hipóteses em que se admite a concessão de gratificação, a elaboração de trabalho técnico ou científico “solicitado”, não exclui a idéia de aproveitamento de tais trabalhos. O que a lei disse foi que faria jus à gratificação o funcionário que, tendo sido solicitado a realizar um trabalho técnico ou científico, logrou tê-lo aproveitado pela Administração, tendo o legislador ido mais longe, admitindo o direito à gratificação pela realização de trabalho que, embora não solicitado, tivesse sido executado espontaneamente pelo funcionário e em condições tais que o Estado o tivesse julgado digno de aproveitamento. Esse é o único entendimento possível e razoável do dispositivo em exame, pois que de outra maneira se chegaria ao absurdo de entender que cada vez que fosse solicitado um trabalho da natureza do que ora se cogita, por mais imperfeito e impossível de aproveitar, deveria ser ele, forçosamente, gratificado ... e se estaria, assim, esquecendo o princípio fundamental a que se adscrive a administração pública, o da utilidade pública. Tal princípio, como se sabe, não só se constitui no traço essencial do Direito Administrativo, como é a meta orientadora da administração pública.

Diante dessas considerações, parece-nos indubitado que o Decreto n.º 1.364, de 19 de setembro de 1950, conquanto anterior à edição do atual Estatuto, com ele não se incompatibiliza. Muito pelo contrário, com a lei atual afina em todos os termos, merecendo ser resguardado e observado pela administração pública.

O extinto Conselho de Serviço Público, em várias oportunidades teve ocasião de se manifestar sobre matéria semelhante, solucionando os casos emergentes à luz das disposições contidas

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 283-287, 1974

no questionado Decreto n.º 1.364/50. Assim, por exemplo, o Parecer n.º 2.154, de 23 de julho de 1952, afirmava que “a gratificação prevista no art. 107 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, só pode ser concedida quando o trabalho for encomendado pelo Chefe do Poder Executivo por sua ordem, expressa em portaria.”

O Parecer n.º 2.199, de 3 de setembro de 1952, esclareceu que “a elaboração de trabalho técnico ou científico, ou de utilidade para o serviço público só dá direito à gratificação quando realizado por iniciativa própria ou por ordem do Governo, e não estiver compreendido entre as atribuições de cargo, função, ou órgão determinado. Aplicação do Decreto n.º 1.364, de 19 de setembro de 1950”.

Diante do exposto, é de se entender que os postulantes não fazem jus à gratificação pleiteada por várias razões.

Em primeiro lugar, porque a designação dos requerentes foi feita pelo Diretor do Departamento de Imprensa Oficial, contrariando disposição expressa do Decreto n.º 1.364/50, em cujo artigo 1.º se diz que a gratificação “somente será conferida quando o trabalho realizado pelo servidor (decorrer) de ordem do Chefe do Poder Executivo, expressa em portaria”.

Se a validade do ato administrativo pressupõe como condições essenciais a sua conformidade com a lei e a competência da autoridade que o praticou, é evidente que a designação dos postulantes, feita por autoridade incompetente, nenhum direito lhes gerou.

Em segundo lugar, como já se teve oportunidade de dizer acima, o trabalho realizado não mereceu aprovação, não tendo sido aproveitado pela administração pública.

Basta confrontar-se o Anteprojeto de Lei elaborado pela Comissão com o Anteprojeto realizado pela Secretaria do Planejamento — que veio a se constituir na Lei n.º 6.537, de 5 de julho de 1973 —, para se verificar que nenhuma semelhança guarda um com o outro. Aliás, o projeto oriundo da Secretaria de Coordenação e Planejamento tramitou pela Secretaria da Fazenda, onde foi submetido a exame por parte do Gabinete de Orçamento e Finanças, e onde recebeu reparos e emendas referentes aos seus aspectos financeiros.

Por último, é de se considerar que a elaboração de projetos da natureza do que ora se examina se compreende na competência da Consultoria-Geral do Estado (v. Lei n.º 5.161, de 16 de dezembro de 1965, Anexo I; Decreto n.º 20.230, de 9 de abril de 1970, art. 1.º, II e VII), não havendo, portanto, razão para se cometer semelhante tarefa a uma Comissão estranha a tal órgão — e do que resultou ser, a final, esse trabalho submetido ao exa-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 283-287, 1974

me de um dos componentes da Consultoria-Geral, que o julgou inadequado, como se viu.

Isto posto, somos do entender que é de ser indeferida a pretensão formulada pelos requerentes, por lhe faltar fundamento legal.

É o parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 1973.

Ney Sá  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2464/CGE

ORÇAMENTO. Não aprovado o projeto respectivo pela Câmara no prazo constitucional, opera-se a sanção pelo Chefe do Executivo.

Inteligência do art. 66 da Constituição Federal, que tem aplicabilidade na órbita municipal.

A Câmara Municipal de SANTA CRUZ vem a esta Casa em busca de solução para questão já examinada em estágio anterior e cuja evolução para a sua fisionomia atual não deveu-se à orientação então sugerida.

A consulta está em ofício, do qual se extrai:

“ Por decisão da maioria da Câmara Municipal, foi rejeitado o projeto de Lei Orçamentária no qual se acham incluídas duas secretarias não criadas, com dotação orçamentária correspondente. A Câmara Municipal através de ofício comunicou ao Chefe do Poder Executivo da decisão tomada. Esta promulgou a lei trazendo a esta Casa as seguintes dúvidas:

- a) Quais as conseqüências dessa promulgação com referência aos serviços não criados?
- b) Que medidas poderá tomar esta Casa face a situação criada?”

É o relatório.

RCGERS, Porto Alegre, (4)8: 287-292, 1974

2. O fato da inexistência de aprovação do orçamento é matéria que mereceu modificação no tratamento constitucional.

Com efeito, pelo regime constitucional de 1946 era entendimento assente que nos casos de rejeição global vigorava o orçamento do ano anterior, com fundamento na regra do art. 74 daquela Constituição, que tal previa expressamente para os casos de não ser enviado o orçamento à sanção do Executivo em prazo certo, solução que se estendeu à hipótese de rejeição global do projeto por esse poder.

O texto constitucional atualmente em vigor, por fruto da Emenda n.º 1, editada em 1969, não se pauta pela mesma solução, ficando acorde com a modificação introduzida na matéria pela Carta de 1967, embora pequenas diferenças.

O estatuído em 1967 era:

“ Art. 68 — O projeto de lei orçamentária anual será enviado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados até cinco meses antes do início do exercício financeiro seguinte; se, dentro do prazo de quatro meses, a contar de seu recebimento, o Poder Legislativo não o devolver para sanção, será promulgado como lei.” (grifei)

A Emenda n.º 1, de 1969, reeditou o preceito:

“ Art. 66 — O projeto de lei orçamentária anual será enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, para votação conjunta das duas Casas, até quatro meses antes do início do exercício financeiro seguinte; se, até trinta dias antes do encerramento do exercício financeiro, o Poder Legislativo não o devolver para sanção, será promulgada como lei.” (grifei)

Como depreende-se da literalidade dos textos constitucionais, houve diverso tratamento da matéria, dando-se, agora, à vigência o texto não apreciado em prazo certo pelo Legislativo, em lugar de prorrogar-se o vigorante.

3. A prorrogação da vigência do orçamento em curso acontecia, sob o regime de 1946, apenas no caso de não aprovação em prazo certo? Não só, pois também tinha lugar em face aos casos de rejeição conforme rememora o Supremo Tribunal Federal, ao aludir:

RCGERS, Porto Alegre, (4)8: 287-292, 1974

“ Ora, jamais houve dúvida, quando vigentes as Constituições de 1934 e de 1946, de que a expressão “se o orçamento não tiver sido enviado à “sanção até 30 de novembro” compreendia, para o efeito de prorrogar-se a lei orçamentária vigente, tanto a hipótese de a falta do envio decorrer da não apreciação do projeto dentro do prazo, quanto de resultar da rejeição, pelo poder legislativo, da proposta orçamentária que lhe fora apresentada.” (in “Revista de Direito Administrativo, vol. 112, p. 265)

Até aqui apropria-se o entendimento segundo o qual sob a Constituição de 1946,

- a) decorrendo *in albis* o prazo de aprovação pelo Legislativo do projeto de lei orçamentária ou
- b) rejeitando-se aquele órgão, ocorria a pura e simples prorrogação do orçamento em vigor para viger no exercício subsequente.

4. Modernamente alterou-se o sistema no que diz respeito a qual instrumento passará a vigorar, mas, sem dúvida, restando sempre inaceitável a possibilidade de que não exista orçamento, que é irredutível, posto que instrumento da administração de existência necessária.

De fato, um breve exame da natureza do orçamento leva a algumas conclusões que concorrem para a dilucidação da espécie presente.

Segundo o entender predominante da doutrina constituiu-se o orçamento em *ato condição*, cuja edição faz-se através de lei em sentido formal, a qual não tem a virtude de desnaturar-lhe a configuração de ato administrativo.

Diz, a respeito, CARVALHO DE MENDONÇA, citado no ensinamento de ALBERTO DEODATO:

“ Os atos orçamentários não têm as condições de generalidade, constância ou permanência que dão cunho à verdadeira lei; não encerram declaração de direito; não são mais do que medidas administrativas tomadas com a intervenção do aparelho legislativo.” (in “Manual de Ciência das Finanças”, p. 285, 5.ª ed.)

*Ato condição*, dele é que emerge a viabilidade de compor-se a receita e realizar-se a despesa, motivo pelo qual é de existência necessária, indispensável para o funcionamento da administração.

RCGERS, Porto Alegre, (4)8: 287-292, 1974

5. Visto como a atual Constituição não estatuiu expressamente a respeito da hipótese de rejeição global pelo legislativo, igual ao que ocorrera com o regime de 1946, é imperioso buscar-se solução que preencha a lacuna.

Ao propósito, há pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que decide por aplicar à hipótese a mesma solução preconizada para o caso de ausência de pronunciamento do legislativo: a sanção do projeto.

Põe-se de acordo com a linha de interpretação do regime anterior que celebrava igual mecanismo de aplicação constitucional, não deixando em branco o provimento administrativo, de existência necessária, ou seja, oferece a solução então prescrita para hipótese de não apreciação pelo legislativo.

Em suma: enquanto que, à época, dava-se à vigência o orçamento anterior quando rejeitado o projeto, por equivaler a rejeição à não apreciação, agora sanciona-se o projeto por igualmente equivaler a rejeição à não apreciação, e tendo em vista que esta, afinal, é, presentemente, a solução preceituada para a hipótese da não apreciação.

Assim pronunciou-se a Suprema Corte pelo voto do Senhor Ministro THOMPSON FLORES, que acolheu como razões de decidir, Parecer do Procurador-Geral da República, Professor JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES:

“ Toda a argumentação no sentido de que o Legislativo tem a faculdade de rejeitar proposta de lei, ou de que a impossibilidade de rejeição implicaria a desnecessidade da votação a que alude o próprio art. 86, *caput*, da Constituição Federal, ou, enfim, de que há violação do art. 1.º da Emenda Constitucional n.º 1, que declara que o “Brasil é uma República Federativa constituída, sob o regime representativo”, cede em face destas ponderações que se lêem no acórdão da Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual se encontra a fls. dos autos da representação: “As Constituições Federais anteriores à de 1967 dispunham que não enviado à sanção o orçamento até o prazo marcado, prorrogar-se-ia o orçamento em vigor. Contudo, as novas Constituições, a partir da de 1967, de maneira diversa dispuseram, ao prescreverem, respectivamente nos arts. 68 e 66, que não devolvido o projeto de lei orçamentária, no prazo marcado, para sanção, será o mesmo promulgado como lei. Evidente é a modificação da sistemática constitucional, no tocante a elaboração orçamentária. As

RCGERS, Porto Alegre, (4)8: 287-292, 1974

anteriores Constituições tinham como objetivo, claro, restringir os poderes do Executivo. A atual Constituição, bem como a imediatamente anterior, evidentemente consubstanciaram regra tendente a coibir abusos do Legislativo, representados pela oposição à proposta do Executivo e com o intuito de lhe causar embaraços. Não constitui novidade dizer-se que as duas últimas Constituições tiveram como objetivo o fortalecimento do Poder Executivo.

Dessa forma, embora o Legislativo tenha como prerrogativa examinar o orçamento proposto, sem dúvida que não pode rejeitá-lo para impor a prorrogação do vigente à data da proposta. A isso se opõe o preceito constitucional. **Pode o Legislativo emendar a proposta, dentro das limitações previstas nos §§ do art. 66 da vigente Constituição; mas não pode rejeitar a proposta pura e simplesmente.**

**Deve devolvê-la, emendada, para a sanção; pena de não o fazendo, o Executivo promulgá-la, como lei orçamentária.”** (“Revista de Direito Público”, n.º 21, p. 204 — grifei)

Alinha, a seguir, o honorável acórdão, uma série de argumentos que fundamenta a tese da aprovação pura e simples do projeto proposto pelo Executivo, onde se inclui a opinião autorizada de Pontes de Miranda.

Esse aresto foi proferido em Representação contra dispositivo da Constituição do Estado de S. Paulo que pretendeu inserir regra prevendo a prorrogação, e que, portanto, desviou-se da normatividade constitucional, essa com incidência que utiliza-se da interpretação analógica e bastante assim para exaurir a matéria, sem concurso de competência suplementar estadual, ostentando-se o caráter uniforme reconhecido para a elaboração da “lei de meios” em todas as esferas, inclusive a municipal.

6. Posto isto, e em conclusão, somos de parecer que passa a vigorar o orçamento proposto mediante a sanção do Chefe do Executivo, fato levado a efeito na municipalidade consulente e que não merece censura.

7. Gerou-se dúvida, ainda, por decorrência da sanção pelo Executivo do orçamento proposto, no que tange a ter sido dotada verba para uma previsão de despesa com os serviços de Secretaria Municipal, ainda não criada em lei.

RCGERS, Porto Alegre, (4)8: 287-292, 1974

Tendo em vista advertência anterior desta Casa, convém esclarecer, desde logo, no que diz respeito à criação da Secretaria, que esta não operou-se por efeito da sanção do orçamento pelo Executivo.

Com efeito, a matéria orçamentária, exclusivamente, é que é apreciada e alcança a aprovação por via da sanção do Executivo.

Assim, dispõe o art. 60, da Constituição Federal:

“ A despesa pública obedecerá a lei orçamentária anual, que não conterá dispositivo estranho à fixação da despesa e à previsão da receita.”

As exceções que, a seguir, estatui não abrangem a geração de serviços.

Sem contestação, a sanção do projeto orçamentário incidiu apenas sobre a matéria que lhe corresponde, sendo certo que o caráter de ato administrativo que lhe é próprio, embora sujeito à lei formal, não confere-lhe a virtude de empreender a criação de um serviço que reclama lei em sentido material.

8. Não vislumbramos qualquer medida que pudesse tomar a Câmara Municipal.

Subtraída da faculdade de iniciativa em matéria financeira, assistiu à sanção, pelo Executivo, do orçamento proposto como resultado de furtar-se ao poder de emendar em tempo hábil; verifica, agora, a vigência do orçamento por força da sanção, e sob a responsabilidade, de caráter político-administrativo, do Prefeito. Resta-lhe hoje a vigilância que decorre do poder de controle sobre a realização da despesa; em verificando que a aludida dotação não tem oportunidade de realizar-se como despesa, posto que inexistente o seu objeto, cabe-lhe suscitar a responsabilidade do Senhor Prefeito, nos termos do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 1973.

Mário Nunes Soares  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, (4)8: 287-292, 1974

## PARECER N.º 2469/CGE

FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO, alinhando-se dentre os direitos referentes ao repouso do servidor, não integram o seu patrimônio e não se configuram, portanto, como direitos hereditários.

A conversão da licença-prêmio em dinheiro depende de procedimento em que o servidor manifeste a opção, e essa decisão caracteriza-se como ato constitutivo do direito.

O Município de Passo Fundo dirige-se a esta Casa, solicitando parecer acerca de questão que assim formula “in verbis”:

“sucessor de servidor público municipal falecido tem direito à percepção da soma montante referente a conversão de licença-prêmio não utilizada em vida? Seriam as férias e licença-prêmio um direito patrimonial ou apenas um direito pessoal?”

É o relatório.

2. Férias e licença-prêmio inserem-se dentre as vantagens asseguradas aos funcionários, referentes ao descanso. Ambas constituem-se na desobrigação temporária de prestar os serviços atinentes às funções que desempenham, objetivando o repouso e restauração das energias.

Essencialmente, manifestam-se como direito independente das vantagens patrimoniais que se consubstanciam nas prestações pecuniárias, a que se obriga o poder público, como remuneração pela atividade desenvolvida pelo agente. Em verdade, não há lugar para confusão dos institutos — vantagem patrimonial / direito personalíssimo (“intuito personae”) — porquanto aparecem na cena obrigacional em termos diversos: enquanto a vantagem pecuniária configura a pecúnia que o poder público presta ao servidor como remuneração, a seu turno, o direito a férias e licença-prêmio traduz-se na simples desobrigação deste de prestar o fato que lhe cabe na relação, ou seja, o desempenho das atribuições no período das férias ou da licença.

Mostra-se a última, à semelhança das férias, conforme conceito suscinto de SAYAGUÉ LASO em

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 293-295, 1974

“um caso de interrupção do dever de prestar serviços, autorizado pela administração.” (apud CRETELLA JUNIOR, Tratado de Direito Administrativo, pág. 336, vol. IV)

3. Ora, da circunstância, ou do direito, de interromper a prestação de serviço, de caráter notoriamente pessoal, não deriva uma obrigação patrimonial a ser prestada pela administração, emergente da ausência desta fruição de parte do servidor. **Tem caráter personalíssimo o exercício do direito, sendo, inclusive, a sua implementação obrigatória no que concerne às férias, não podendo a administração negá-la, nem o servidor excusar-se de seu gozo, conforme adverte CRETELLA JUNIOR:**

“... razão por que o descanso é imostoso, em benefício de ambos” (poder público e servidor). (op. cit. pág. 334)

4. Cumpre considerar, todavia, o fato de que a lei local admite a conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia, a teor do art. 129, da Lei Orgânica do Município, que reza:

“ Art. 129 — São assegurados aos funcionários, nos termos da lei, abono familiar, gratificações adicionais por tempo de serviço e avanços trienais; e aos servidores municipais, licença-prêmio por decênio de serviço, a qual, não gozada, poderá ser computada em dobro, como tempo de serviço, ou convertida em dinheiro, na importância correspondente”.

Essa virtualidade, sem embargo, há de atender ao procedimento próprio que dá nascimento à exigibilidade do direito. Não pode haver dúvida de que tal obrigação do poder público tem oportunidade mediante ocorrência de **ato constitutivo do direito**, obtido através de petição da parte e conseqüente deferimento pela administração.

A manifestação de vontade da administração pública por meio de procedimento é fator que se destaca no sistema administrativo. Ao propósito escreve MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO em recente compêndio:

“ O regime da legalidade na Administração não apresenta mais controvérsias doutrinárias: a vinculação da Administração ao **processo legal** é condição da própria **vontade administrativa** quando manifestada ou exteriorizada.” (Introdução ao Direito Processual Administrativo, pág. 115)

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 293-295, 1974

No caso, a opção é o fato que desfecha o procedimento administrativo indispensável; definirá uma de três alternativas, manifestada em requerimento: a) o gozo da licença; b) a conversão em tempo de serviço; ou c) a conversão em dinheiro. Ante a hipótese concreta, produzir-se-á, por decisão administrativa, o **ato constitutivo**, assim definido na classificação de MARCELLO CAETANO:

“ Acto constitutivo de direito é o acto administrativo que cria ou modifica um poder jurídico ou extingue restrições ao seu exercício.” (cf. Manual de Direito Administrativo, pág. 413).

Ressai, portanto, da espécie examinada, que a conversão preconizada na lei não se estabelece desde logo, senão que está na dependência de um procedimento, cujo início é o requerimento manifestando a opção. O funcionário teve à sua disposição o direito à licença, o qual seria modificável mediante ato constitutivo fecundado pela expressa opção e deferimento, afinal não verificados.

6. Posto isso, não há como falar em vindicação de direitos patrimoniais em que se converteria a licença-prêmio não gozada pelo servidor, de parte de seus eventuais sucessores.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 20 de dezembro de 1973.

Mário Nunes Soares  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 293-295, 1974

**TRABALHOS FORENSES**

## MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR (\*)

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL vem impetrar **mandado de segurança** contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Comarca de Guaporé, pelos motivos que passa a expor:

1. Em decorrência de executivo fiscal que moveu contra a Cooperativa Viti-Vinícola Guaporense Ltda., recebeu o Impetrante, após a arrematação, a quantia de Cr\$ 11.762,62.
2. Reputando indevido o pagamento efetuado ao Impetrante, o Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito, nos autos do mesmo executivo fiscal, de ofício, proferiu sentença, condenando o ESTADO a repetir o "indébito".
3. Essa decisão transitou em julgado e é objeto de ação rescisória, ajuizada pelo Impetrante, nesta data (doc. 1).
4. O presente mandado de segurança não se dirige contra essa sentença. Ataca (isso sim) ato posterior, de execução dessa sentença.
5. Efetivamente, é manifestamente ilegal a forma pela qual pretende a autoridade coatora executar sua decisão.
6. Em 12 de setembro de 1972, ela dirigiu ao Senhor Diretor Geral do Tesouro do Estado ofício assim redigido (doc. 2):

"Com o presente, encaminho a Vossa Senhoria cópia da decisão prolatada por este Juízo, bem como do Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça, referente ao Executivo Fiscal n.º 121/71, em que são partes a Fazenda Pública Estadual e Cooperativa Viti-Vinícola Guaporense Ltda., e solicito que seja determinada a devolução da importância de Cr\$ 11.762,62, recolhida indevidamente à Fazenda Estadual.

(\*) O presente Mandado de Segurança foi objeto de apreciação pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 2.ª Câmara Cível Especial, vide pág. 303).

Informo a Vossa Senhoria que a solicitação não é feita através de precatório, mas sim de devolução da quantia recolhida indevidamente como esclarece a decisão.

Aguardando o pronto atendimento do solicitado, aproveito a oportunidade para expressar a Vossa Senhoria protestos de estima e da mais alta consideração. José Eugênio Tedesco, Juiz de Direito."

7. É contra esse ato que se dirige a presente impetração. Note-se que nem na sentença, nem o acórdão que não conheceu do recurso de ofício dela interposto, estabeleceram a forma de sua execução. A dispensa da expedição de precatório foi inovação introduzida pelo ato impugnado.

8. É manifestamente ilegal essa forma de execução da sentença: a) porque o Estado não foi previamente citado para a execução; b) porque os pagamentos devidos, em virtude de sentença pela Fazenda Pública fazem-se mediante precatório (Cód. Proc. Civil, art. 918).

9. Além disso, trata-se de execução iniciada de ofício, o que é também inadmissível.

10. É necessária a concessão da medida liminar, uma vez que a autoridade coatora pretende, uma vez efetivada a devolução, dispor da importância repetida para pagamento de crédito da União, o que ocasionará, para o Impetrante, lesão de difícil e incerta reparação.

ISSO POSTO, requer: a) a suspensão da ordem impugnada; b) a notificação da autoridade coatora, para prestar informações no prazo de dez dias; e, finalmente, c) a concessão da segurança, a fim de que não se proceda à execução ao arrepio da lei, isto é, sem pedido de parte, sem a citação do executado e sem a expedição de precatório.

Valor da causa: Cr\$ 11.762,62.

Porto Alegre, 22 de novembro de 1973.

José Maria Rosa Tesheiner  
Coordenador da Unidade de Defesa  
Judicial da Consultoria Geral do  
Estado do Rio Grande do Sul

---

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 299-300, 1974

**MANDADO DE SEGURANÇA N.º 21.837 — 2.ª CÂMARA  
ESPECIAL — GUAPORÉ**

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, REQUERENTE;**  
Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Guaporé, Coa-  
tor.

Mandado de segurança contra ato judicial que determina restituição, pela Fazenda Estadual, de importância recolhida em executivo fiscal. Verificado pelo juiz que o executado era também devedor à Fazenda Nacional, sustou a expedição da carta de arrematação e determinou, sem forma nem figura de juízo, aquela restituição. Ilegalidade de tal procedimento. Segurança concedida.

**A C Ó R D Ã O**

Relatados e discutidos os autos, acórdam, em 2.ª Câmara Civil Especial, integradas neste as notas taquigráficas correspondentes, em conceder a segurança impetrada e cessar o ato impugnado, por sua manifesta ilegalidade.

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o exmo. sr. dr. José Barison.

Porto Alegre, 17 de janeiro de 1974.

**Antonio Augusto Uflacker**  
Presidente

**Edson Alves de Souza**  
Relator

## RELATÓRIO

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — Sr. Presidente. Na comarca de Guaporé, a Fazenda Estadual ajuizou executivo fiscal contra Cooperativa Viti-Vinícola Guaporense Ltda., para cobrar-se do crédito de Cr\$ 10.993,11, mais acréscimos legais.

Tramitado regularmente o executivo, foram praxeados bens da executada e arrematados por Nelson Assoni, ao preço de Cr\$ 11.762,62. Essa importância foi mais tarde recolhida aos cofres da Fazenda exequente. Posteriormente, requereu o arrematante lhe fosse expedida carta de arrematação e então foi constatado que a executada era também devedora à Fazenda Nacional e ao município. Em vista disso, e se encontrando na jurisdição da comarca outro magistrado que não o que presidira o executivo fiscal em causa, houve por bem determinar de ofício restituísse a Fazenda Estadual a importância recebida, ao mesmo tempo em que sustava a expedição da carta de arrematação até ulterior deliberação. Invocando dispositivos do CC, do Cód. Tributário Nacional e do Decreto-lei n.º 960, alusivos à preferência da Fazenda Nacional sobre a Estadual, determinou o magistrado, por ofício endereçado ao diretor Geral do Tesouro, fosse depositada à disposição daquele juízo a importância em apreço. De tal decisão, que entendeu ser contrária à Fazenda do Estado, S. Exa. recorreu de ofício, mas a egrégia 1.ª CC., tendo como Relator o eminente Des. Júlio Costamilan Rosa, não conheceu do agravo, à unanimidade, por considerar incabível diante das normas do citado Decreto-lei n.º 960, referentes aos recursos admissíveis nos executivos fiscais.

Insurgindo-se contra a mencionada decisão que determinou aquela restituição, impetrou o Estado o presente mandado de segurança, que veio de ser distribuído ao conspícuo Des. Peri Condessa, o qual denegou a liminar por entender que não havia risco de perda do direito pleiteado (fls. 17 v.) e requisitou informações à autoridade coatora.

Prestados por esta os informes devidos, oficiou a nobre Procuradoria da Justiça no sentido da concessão do “*mandamus*”, pois o ato impugnado representaria subversão das normas processuais e se ressentia de manifesta ilegalidade.

Nos termos do Assento Regimental n.º 4/71 foi o processo redistribuído a mim.

É o relatório.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 303-306, 1974

## VOTO

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA (RELATOR) — Sr. Presidente. A ilegalidade do ato impugnado é deveras evidente. A execução fiscal estava encerrada, inclusive em sua fase executória, eis que pago se encontrava o erário credor. Assim, o que em verdade fez o magistrado foi desconstituir ou revogar a execução, já que o credor exequente deveria restituir o que recebera em pagamento do seu crédito. E tal desconstituição ou revogação se fez sem forma nem figura de juízo, e ainda de ofício. Se foi irregular o levantamento, pela Fazenda Exequente, do preço da arrematação por ser também credora a Fazenda Nacional e ter seu crédito preferência sobre os dos Estados e municípios, outro haveria de ser o caminho a seguir. De outra parte, também irregular se afigura a forma como o magistrado determinou a restituição em causa, oficiando diretamente ao Diretor Geral do Tesouro. Sustentou S. Exa., nos informes prestados, que assim procedeu porque não se tratava de condenação imposta à Fazenda, de modo a exigir precatório, mas de mera restituição do que fora, a seu juízo, indevidamente recebido. Parece, contudo, incorreto o entendimento. No plano administrativo não tem o juiz competência para determinar pagamentos ou restituições a serem prestadas por agentes do Poder Executivo, que lhe não são subordinados nem guardam com ele qualquer liame funcional. E, no que concerne a pagamentos decorrentes de decisões judiciais, obviamente proferidas em processos regulares, não de fazer-se por meio de precatórios, conforme o disposto no art. 117 e seus parágrafos da Constituição Federal. Irrelevante, ainda, “*data venia*”, o argumento de que por não se tratar de condenação contra a Fazenda, a restituição se poderia fazer pela forma adotada no caso presente. Antes de mais nada, é curial que nenhum agente fazendário pode autorizar ou realizar pagamento algum pelos cofres do Estado sem a correspondente cobertura orçamentária e sem que sejam observadas todas as exigências legais. Ora, no caso, a ordem de restituição é manifestamente irregular, porque objetiva a repetição de quantia que foi recolhida aos cofres estaduais em processo judicial de execução. Depois, o crédito orçamentário eventualmente existente e destinado a pagamentos decorrentes de sentenças judiciais só pode ser movimentado nos termos acima referidos, isto é, através de precatórios expedidos pela egrégia Presidência deste Tribunal. Louvável, sem dúvida, o objetivo visado pelo MM, Juiz no sentido de resguardar o crédito da União, mas o procedimento adotado não encontra amparo legal e por isso não pode subsistir.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 303-306, 1974

Concedo, portanto, a segurança impetrada, para cassar o ato impugnado, pagas as custas na forma da lei.

O DR. JOSÉ BARISON — Também estou de acordo com o eminente Relator, especialmente pela consideração de haver o magistrado procedido de ofício, quando lhe é vedado, sem que haja provocação dos interessados, embora a lei disponha sobre a ordem de preferência dos créditos tributários.

O SR. PRESIDENTE (DES. ANTONIO AUGUSTO UFLACKER) — Estou inteiramente de acordo com os Colegas.

Mandado de Segurança n.º 21.837, de Guaporé — A unanimidade, concederam o mandado de segurança para cassar o ato judicial impugnado.

### REPRESENTAÇÃO N.º 19.523 — TRIBUNAL PLENO — PORTO ALEGRE

Dr. Procurador Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, requerente;

Município de Porto Alegre, requerido;  
Béis. C. G. R. E. J. D. S. e A. J. P., litisconsortes.

Inconstitucionalidade, em tese, de lei municipal.

O Procurador Geral da Justiça tem legitimação ativa para argüir, em tese, a inconstitucionalidade de lei municipal.

A competência para o processamento e julgamento é do Tribunal de Justiça, em composição plenária.

Na observância dos princípios constitucionais, há que se ter presente a simetria que preside a organização política do País.

O prazo estabelecido no art. 2.º, da Lei 4.337, não é decadencial, e sim, meramente ordenatório.

Votos vencidos.

Em regra, a investidura em cargo público depende de aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos. A lei, contudo, pode estabelecer, para a primeira investidura, critério diverso do previsto como norma geral.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

Aplicação dos princípios estatuídos no Decreto-lei n.º 200, significativo da reforma administrativa.

Inconstitucionalidade repelida. Improcedência da representação. — Votos vencidos.

### A C Ó R D Ã O

Acordam, em Reunião Plenária do Tribunal de Justiça, rejeitar, unanimemente, as preliminares de ilegitimidade de parte do Procurador Geral da Justiça e de incompetência do Tribunal e, por maioria, vencidos os Des. Relator, Bonorino Buttelli, Rubens R. Magalhães e os drs. Edson Alves de Souza e José Barison, a preliminar de decadência; no mérito, por maioria, julgar improcedente a representação de inconstitucionalidade do art. 3.º, da Lei Municipal 3.618, de 18/4/72, do Município de Porto Alegre, vencidos os Des. Emílio Gischkow, Antônio Vilela Amaral Braga e os drs. Athos Gusmão Carneiro e Edson Alves de Souza, tudo de conformidade e pelos fundamentos constantes das notas taquigráficas anexas, que ficam integrando o presente acórdão, inclusive o relatório de fls. 119 a 122, dando-se ciência ao Sr. Prefeito Municipal de Porto Alegre, com o envio de cópia da presente decisão.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Excentíssimos Senhores Desembargadores Telmo Jobim, Júlio Costamilan Rosa, José Faria Rosa da Silva, Lívio da Fonseca Prates, Niro Teixeira de Souza, Jorge Ribas Santos, Júlio Martins Pôrto, Paulo Barbosa Lessa, Marcolino Moraes, Bonorino Buttelli, Emílio A. M. Gischkow, Charles Edgar Tweedie, Antônio V. Amaral Braga, Peri Rodrigues Condessa, Rubens Rebelo Magalhães, os drs. Athos Gusmão Carneiro, Edson Alves de Souza e José Barison.

Porto Alegre, 5 de novembro de 1973.

**Pedro Soares Muñoz**  
Presidente com voto

**Hermann H. de C. Roenick**  
Relator

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

## VOTO

O DES. HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK (RELATOR) — Sr. Presidente. Com referência às duas primeiras preliminares, suscitadas pela digna autoridade municipal, e endossadas pelos litisconsortes admitidos ao relacionamento em causa, tenho que a matéria já restou suficientemente discutida e equacionada por ocasião do julgamento da Representação n.º .. 19.522, em que foi Relator o eminente Des. Emílio Gischkow.

Assim, em primeiro passo, tenho como perfeita a legitimação ativa do Dr. Procurador Geral da Justiça para argüir a inconstitucionalidade de lei municipal em tese, posto que isso decorre, indubitavelmente, dos princípios instituídos na Carta Maior da Federação. Se o controle da norma estadual é feito pelo Supremo, ante provocação do Procurador Geral, por força da simetria que preside a organização política do País, o Procurador do Estado pode provocar o exame, perante o órgão maior do Judiciário estadual, da norma municipal. E nem se compreenderia que a inconstitucionalidade ficasse apenas ao arbítrio, no tocante a sua argüição, do Chefe do Executivo Municipal, ou do particular, caso a caso.

Como salientou o douto Relator, naquela representação mencionada, “é inequívoco que a observância dos princípios constitucionais se impõem no plano federal, no plano estadual e no plano municipal”, e, mais adiante, no seu voto, deixou assente que “o Procurador Geral do Estado, de ofício, pode representar ao Tribunal sempre que tiver conhecimento de inobservância de princípio estabelecido na Constituição Estadual, no que se refere a qualquer dispositivo dela, mas no que diz respeito ao município”.

A toda evidência, se é admitida a legitimação ativa do Procurador Geral da Justiça, para representar acerca de inconstitucionalidade, em tese, de lei municipal, é óbvio que o órgão competente para o seu exame é o Tribunal de Justiça do Estado, em composição plenária. Considerada, novamente, a linha simétrica, só a esse organismo se poderia atribuir a competência para o julgamento da matéria em debate, visto tratar-se, — como ressalta, — de ação direta de inconstitucionalidade, objetivando uma decisão com carga preponderantemente declarativa, mas de caráter desconstitutivo, e cuja matéria se exaure nesse aspecto, e tal conclusão, a teor do que dispõe o art. 116 da Carta Magna da República.

Rejeito, pois, Sr. Presidente, essas duas primeiras preliminares. Dou o Dr. Procurador Geral da Justiça como legitimado, ativamente, para argüir a inconstitucionalidade de lei municipal,

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

em tese, e, em consequência, o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça como o órgão competente para apreciar a questão. Destaco as preliminares.

OS DRS. ATHOS GUSMÃO, EDSON ALVES DE SOUZA e JOSÉ BARISON — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Também estou de acordo com o eminente Relator. Aliás, assim votei em duas ocasiões anteriores, em que este Tribunal se manifestou a respeito da mesma espécie.

OS DES. TELMO JOBIM, JÚLIO COSTAMILAN ROSA, JOSÉ SILVA, LÍVIO DA FONSECA PRATES, NIRO TEIXEIRA DE SOUZA, JORGE RIBAS SANTOS, JÚLIO MARTINS PÓRTO, PAULO BARBOSA LESSA, MARCOLINO MORAES, BONORINO BUTTELLI, EMÍLIO GISCHKOW, CHARLES EDGAR TWEEDIE, ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA, PERI RODRIGUES CONDESSA e RUBENS MAGALHÃES — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Rejeitadas as duas preliminares, por unanimidade de votos.

O DES. HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK (RELATOR) — Sr. Presidente. Resta, agora, uma terceira preliminar, ou seja, a relativa à intempestividade da argüição, posto que teria sido desrespeitado o prazo decadencial estabelecido na Lei n.º 4.337, de 1.º/06/1964, em seu art. 2.º.

O problema se me afigura de alta relevância, não parecendo tão singelo como, à primeira vista, se poderia supor.

Pediria vênias, inicialmente, para enfrentar o problema, perquirindo do aspecto procedimental da representação. Observe-se que a admissibilidade da argüição de inconstitucionalidade de lei municipal, em tese, é fruto exclusivo de construção, vez que inexistente qualquer texto constitucional expresso versando a matéria. A própria Lei n.º 5.778, de 16/05/1972, conforme se vê da Exposição de Motivos da lavra do Professor e Ministro Alfredo Buzaid, foi elaborada “para suprir a falta de disposições que regulem o procedimento da representação formulada pelo chefe do Ministério Público estadual para intervenção nos municípios.” Ainda, na mesma Exposição, verifica-se a seguinte assertiva: “Para preencher essa lacuna, parece indicado mandar aplicar a essa nova forma de representação o procedimento já consagrado da ação direta para declaração de inconstitucionalidade, regulada pela Lei n.º 4.337, de 1.º/06/1964, eliminando-se, por ser des-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

necessário, o recurso de embargos previsto no art. 6.º da referida lei. Com essa medida, os Estados deterão instrumento eficaz para assegurar, na esfera municipal, a plenitude da ordem jurídica interna”.

É evidente, — e assim me parece —, que o procedimento da arguição em causa, — como, de resto, todos os similares, — há de ser aquele estabelecido nas apontadas Leis Federais 4.337 e 5.778.

Referiu o Dr. Procurador da Justiça, em um de seus pronunciamentos nos autos (fls. 51), que o prazo a que alude o art. 2.º, da Lei n.º 4.337, teria sido desprezado pelo Supremo Tribunal Federal, posto que o não incluíra, expressamente, no seu Regimento Interno (art. 174), e que, sendo a representação verdadeiro mecanismo de “autodefesa” da Constituição, escapa ela a competência do legislador ordinário para discipliná-la, cabendo ao Tribunal de Justiça dispor a seu respeito no seu Regimento Interno. No caso, o Tribunal de Justiça teria recolhido o preceito maior no art. 442 do seu Regimento Interno.

A esta altura, com a devida vênia, devem ser colocadas as coisas nos seus devidos lugares. O Tribunal de Justiça não poderia, ao meu sentir, no seu Regimento Interno, traçar a forma de procedimento, como o fez o Supremo Tribunal Federal em feitos da sua exclusiva competência originária, posto que a faculdade extraordinária concedida no art. 115, parágrafo único, alínea c, da Constituição de 1967, e reproduzida no art. 120, parágrafo único, alínea c, da Emenda n.º 1, de 1969, ao Supremo Tribunal Federal, não se aplica aos Tribunais estaduais.

Aliás, nesse particular, o eminente Des. Seabra Fagundes, na “Revista de Direito da Procuradoria Geral da Guanabara”, vol. 16, pág. 9, deixou significado que “com a Constituição vigente o direito regimental ganha, no Supremo, proporções muito amplas. Passa de supletivo da legislação processual emanada do Congresso, a direito principal e exclusivo na disciplina dos feitos da competência originária da Corte, bem como no recurso extraordinário. Segundo a tradição do nosso Direito, ficava, aos regimentos internos, inclusive ao do mais alto Tribunal da República, apenas preencher os insignificantes claros nas leis de processo.”

Também o ilustrado Ministro Carlos Medeiros Silva, em Parecer encontrável na “Revista Forense”, vol. 226, pág. 36, interpretando essa disposição constitucional, deixou assente que “essa delegação, envolvendo a missão ampla de regular relevantes questões, foi outorgada, diretamente, pelo texto constitucional, ao egrégio Supremo Tribunal Federal e tem como veículo seu Regimento Interno. Não se confunde com a competência dada a

todos os Tribunais, federais ou estaduais, de elaborar o seu regimento, contida no art. 110, II, da mesma Constituição (1967). Esta última atribuição (art. 110, II), genérica e indeterminada, sempre os tribunais judiciários a tiveram inscrita em todas as constituições republicanas; mas a do art. 115, parágrafo único, do texto vigente, é nova e somente conferida ao Pretório Excelso.

Isso, no meu entender, não encerra novidade maior ou extraordinária, pois, quando na vigência da Constituição de 1937, Castro Nunes, na sua conhecida obra “Teoria e Prática do Poder Judiciário”, a fls. 117/118, já acentuava: “No Regimento Interno se estabelecem as normas a seguir na marcha dos trabalhos do tribunal e demais disposições concernentes aos serviços da sua economia interna. É de regra consolidar no seu texto normas constitucionais e legais respeitantes à organização do Tribunal e ao processo na parte aplicável à instância superior”.

No mesmo sentido anoto o magistério de Mário Guimarães, em sua festejada monografia “O Juiz e a Função Jurisdicional”, ao salientar que “os tribunais, também, no gozo de sua autonomia, podem legislar sobre a organização de seu trabalho, pois que essa é matéria regimental. Se excederem dos poderes que lhes são delimitados, atribuindo funções a pessoas estranhas, ou ordenando a movimentação de papéis ainda não entrados no Tribunal ou dele saídos, estarão infringindo a Constituição. Estarão legislando para outro cenário, outras pessoas, outro campo de atividades, o que lhes é defeso.” (págs. 176/177)

Ora, nessa linha de raciocínio, e tendo em vista a faculdade extraordinária que o legislador constitucional outorgou ao Supremo Colégio Judiciário, observa-se, no seu Regimento Interno, que a matéria relativa à representação e declaração de inconstitucionalidade, foi tratada nos arts. 174 a 182, e que a relativa à intervenção federal nos Estados foi versada nos arts. 323 a 327, distinguindo-as, conseqüentemente, e traçando-lhes regras próprias, sendo de salientar que, tanto numa quanto noutra, o legislador extraordinário socorreu-se das regras enunciadas na Lei 4.337. Basta um confronto da matéria, para se chegar a essa conclusão.

Mas isso podia o Supremo fazer, visto que, por dispositivo constitucional expreso, viu-se elegido em legislador processual, e, precisando adequar o mesmo princípio legal a situações absolutamente diversas, fê-lo pela forma que entendeu mais conveniente, já que, para uma das situações, pelo menos, inexistia qualquer regramento ordinário prescrevendo a respeito da forma procedimental.

Contudo, se isso foi possível inserir no Regimento do Supremo Colégio, por força de regra extraordinária e de nível constitucional, poder-se-ia, similarmente, introduzir-se, no Regimento Interno do Tribunal de Justiça, — como sugere o Dr. Procurador do Estado —, regras procedimentais semelhantes?

É evidente que não! O máximo que se poderia fazer, seria transplantar, com absoluta exatidão, as normas contidas nas Leis 4.337 e 5.778. Não se poderia fugir, em qualquer ponto, das prescrições contidas na Legislação Federal específica.

O que é absolutamente inviável é criar a regra de processo, à semelhança da Corte Maior, porque legislar sobre processo é faculdade exclusiva da União (Constituição Federal, art. 8.º, XVII, alínea b) Também me parece impossível transplantar, do Regimento do Supremo, regra específica, por ele criada, para feitos de sua competência originária.

Então, a assertiva do ilustre Procurador Geral, de que “compete a esse colendo Tribunal, mediante alteração de seu Regimento Interno, a exemplo do que fez o Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o procedimento, podendo valer-se de sugestões emanadas das Leis 4.337 e 5.778”, não me parece absolutamente correta, pois se, em tese, é possível essa inserção, se me afigura indispensável repetia e repisava as mesmas normas contidas nessas leis. Não serão apenas sugestões, mas regras impositivas, cogentes, no ordenamento “interna corporis”.

Assim, nos casos de representação do Procurador Geral da Justiça, visando à intervenção estadual nos municípios, ou objetivando a declaração de inconstitucionalidade de lei “em tese”. — esta última admitida por força de interpretação simétrica —, o procedimento há de ser o da Lei 4.337, aplicável face ao disposto no art. 1.º, da Lei 5.778, podendo o Regimento Interno do Tribunal dispor, apenas supletivamente, e naquela matéria que for estritamente regimental, ou seja, de funcionamento interno do órgão. Por essa razão é que o art. 442, do nosso Regimento Interno, só tem aplicação naquilo que fôr comum, e não naquilo que haja significado, no Supremo, a faculdade extraordinária de legislar sobre processo. Nesse aspecto, não há possibilidade de aplicação subsidiária ou analógica.

Por força do disposto no art. 1.º da Lei 5.778, que estabelece que o processo e julgamento da representação de que trata a alínea d, do § 3.º, do art. 15 da Constituição Federal, regulam-se, no que for aplicável, pela Lei 4.337, de 1964, excetuado o seu art. 6.º, também entendo que esse processo há de ser aplicado nos casos de simples declaração de inconstitucionalidade de lei, e não

só nas hipóteses de intervenção a que a referida lei alude, e isso, como já referi, por força da simetria que o art. 119, I, alínea 1, da Constituição permite estabelecer.

Ora, se as disposições da Lei 4.337 devem regular o procedimento, naquilo que fôr aplicável, face ao que prescreve a Lei 5.778, com forte razão há de incidir o art. 2.º daquele diploma, que estabelece prazo para o oferecimento da representação, quando o conhecimento da inconstitucionalidade é formalizado por terceiro interessado.

Arguiu-se que o Regimento Interno do Supremo omitiu-se a respeito desse prazo de 30 dias (fls. 51), e que, por isso, não tem o mesmo eficácia para obstaculizar a iniciativa do Procurador Geral. Trouxe, ainda, o douto Procurador, à colação, a Súmula n.º 360.

Quanto ao primeiro argumento, não vejo por que a omissão importou em derogar o dispositivo expresso. Derogado estaria, por exemplo, se o Supremo asseverasse que, a qualquer tempo, poderia ser a arguição proposta; admitindo, em tese, a validade de um dispositivo assim redigido, teria presente a derrogação. O art. 174 do Regimento Interno do Supremo, todavia, dispõe o seguinte: “O Procurador Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este declare a sua inconstitucionalidade”. O § 1.º completa: “Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”.

Não vejo, portanto, na omissão, a derrogação. Ademais, entendo que o Supremo não precisava, no Regimento, repetir prazo que está previsto na lei, prazo esse, sem dúvida, de decadência, e que não é, conseqüentemente, prazo de natureza processual. É preciso não deslembrar que a competência extraordinária de legislar, outorgada ao Supremo, foi apenas no terreno processual.

Quanto ao segundo argumento, tenho que a Súmula n.º 360 foi editada com vistas ao art. 1.º da Lei 2.271, de 1954, anterior, portanto, à Lei 4.337, que é de junho de 1964. Essa simples circunstância, ao meu sentir, e não tendo ocorrido, no Supremo, qualquer pronunciamento a respeito do citado prazo, — e já vão quase 10 anos da edição da lei, — leva-me a considerar a inaplicabilidade do preceito contido na mencionada Súmula.

Tenho presente a decisão que deu margem a esse enunciado. O eminente Relator, Ministro Pedro Chaves, para repelir a preliminar de decadência, argüida com base na Lei 2.271, encampou assertivas do Procurador Geral da República, — não reproduzidas no acórdão, — e acrescentou o seguinte: “Realmente, o

decurso de tempo não é manta que possa consolidar a inconstitucionalidade de leis, pronunciamento que deve fulminá-la em qualquer tempo que seja argüido”.

Há de ser feita, contudo, uma distinção, que, aliás, foi feita pelo legislador, tanto o da Lei 2.271, como o da 4.337. O Procurador Geral pode agir acionado por dois impulsos diversos: quando toma conhecimento, diretamente, do ato violador do regramento maior, ou do ato normativo da autoridade; ou, na segunda situação, quando o conhecimento do ato ou da lei resulta de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado.

Observe-se que somente para essa segunda hipótese é que a Lei estabeleceu prazo; e não só isso, exigiu que o terceiro formalizasse representação.

Qual a razão desse posicionamento?

Se se entende que o Procurador pode representar a qualquer momento, pois não há decadência desse seu direito, por que a fixação do prazo de 30 dias, e isso, em diploma editado posteriormente à Súmula n.º 360?

A razão, ao meu sentir, é singela: é que o Procurador não está obrigado a representar. Ele, sendo o titular do exercício argüicional, — como, aliás, prescreve o art. 174 do Regimento Interno do Supremo, ao usar o verbo no tempo futuro “poderá”, — ao receber, de terceiro, a denúncia formalizada de ato ou preceito inconstitucional, tem dois rumos a tomar: ou argüi a infração, ou simplesmente a ignora, determinando o seu arquivamento, por entender que inexistente a alegada inconstitucionalidade. O simples decurso do tempo, no caso, é significativo dessa segunda atitude. Por isso é que a lei fixa o prazo para o agir.

“A contrario sensu”, se o Procurador Geral estivesse obrigado a representar sempre que o provocasse qualquer interessado, não haveria razão para o prazo, e o próprio Procurador deixaria de ser o titular da ação, para ser apenas o veículo da argüição feita por terceiro.

O prazo é aquele que a lei entendeu razoável para a argüição. Esgotado o mesmo, significa, para o terceiro, que não haverá representação ao Tribunal competente, facultando-lhe outras providências, de natureza particular e casuística. É evidente que o Procurador Geral, ao não observar o prazo, age no exercício de competência privativa, deliberando que a representação não devia ser encaminhada ao Tribunal. A “ação direta” é que, pelo decurso do prazo previsto na lei, não mais será possível intentar.

O Ministro Xavier de Albuquerque, quando Procurador Geral da República, tendo em vista a Reclamação n.º 849, proposta ao Supremo Tribunal Federal, inserida na “Juris Cível” n.º 2, teve oportunidade de, referindo-se ao art. 2.º da Lei n.º 4.337,

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

— precisamente o que está em debate, — aduzir o seguinte: “Depois, o preceito se limita, evidentemente, a disciplinar o processo administrativo que se forma na Procuradoria Geral da República com a provocação de qualquer interessado, marcando prazo para que o seu titular dê solução ao pedido”.

Não se poderia, é lógico e óbvio, por ser o Procurador Geral o titular inegável e exclusivo da representação e único juiz da conveniência, dar-lhe o prazo infundável, o tempo imenso ou a extensão indefinida, para agir. Isso seria cancelar um despotismo intolerável e tornar instáveis as instituições jurídicas, atribuindo ao titular da ação o que a nenhuma pessoa, no ordenamento positivo, se atribui.

E que esse prazo é de decadência, não tenho a menor dúvida, porque diz com o promover a ação direta, da qual, ele Procurador Geral, é o único e exclusivo titular. Não se confunde, evidentemente, tal prazo, com aquele outro de natureza processual, que, em geral, é de índole meramente ordenatória. O prazo decadencial diz com o direito material, como é sabido.

A ação direta, no dizer de Pontes, é ação de representação, e que, genericamente, pode ser classificada como interventiva ou declaratória. Mas, sempre ação, e, restritivamente, de natureza constitutiva negativa, ou seja, em última análise, desconstitutiva, cuja sentença, de conteúdo declaratório predominante, desconstitui um ato normativo ou um preceito de lei, ao negar-lhes eficácia jurídica. E é ainda o próprio Pontes que assinala que, “se o conhecimento da inconstitucionalidade resulta de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador Geral da República tem o prazo de 30 dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar argüição perante o Supremo Tribunal Federal” (“Comentários à Constituição de 1967”, vol. 2.º, pág. 253). — (o grifo é meu)

Se não se observar o prazo estabelecido na lei, então não haverá prazo algum, e se estará criando, — como já salientei —, uma situação extraordinária e esdrúxula dentro do nosso direito: o direito de alguém não decair, jamais, do direito de representar quando a provocação for feita por terceira pessoa.

Não se ajusta, isso, ao nosso sistema jurídico. A lei fixou o prazo para agir, e ele há de ser observado. Inobservado, importa em não poder mais, o titular da ação, exercê-la, porque dela decaiu. Isso, evidentemente, quando o conhecimento da inconstitucionalidade resulte de representação dirigida ao Procurador por qualquer interessado.

É de notar, finalmente, que o prazo em referência, de natureza decadencial, teve por escopo a própria defesa dos princípios constitucionais, principalmente no que diz com a autonomia dos

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

Estados e dos Municípios, que devem significar bem mais que o interesse individual da pessoa que representa ao Procurador Geral.

Na espécie, o Sr. A. J. F. S. (fls. 14) representou ao Procurador Geral da Justiça em data de 14 de julho de 1972, representação essa conhecida pela autoridade em data de 28 do mesmo mês e ano, conforme se depreende do despacho de fls. 16. A representação ao Tribunal de Justiça, contudo, só foi formalizada em 18 de setembro, e teve ingresso no serviço processual desta Corte em 12 de outubro, e, na mesma data, foi despachada pelo Desembargador Presidente.

Tenho, pois, como desrespeitado o prazo estabelecido pelo art. 2.º da Lei 4.337, e, conseqüentemente, acolho a preliminar de intempestividade.

É o meu voto.

O DR. ATHOS GUSMAO CARNEIRO — Sr. Presidente. O vício capital da inconstitucionalidade é insanável pelo decurso do tempo. Como titular da ação direta, que visa a declarar a inconstitucionalidade em tese, o Chefe do Ministério Público pode propor dita ação de ofício e sem limitação de prazo, nos termos do art. 1.º da Lei 4.337, de 1.º de junho de 1964, mandada observar pela Lei 5.778, de 6 de maio de 1972. É certo que, pelo art. 2.º da mesma Lei 4.337, se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação de qualquer interessado, o Procurador terá o prazo de 30 dias para apresentar a argüição. Tal prazo, entretanto, a meu sentir e com a devida vênia, não será decadencial, pois a circunstância de outrem haver provocado a ação do Procurador não terá a virtude de limitar no tempo a capacidade deste em ajuizar a ação direta. O prazo parece-me ordenatório, visando a impedir que o chefe do Ministério Público se omita no considerar a postulação, prescrevendo dessarte ao Procurador o dever de, em curto prazo, encaminhar a representação ao tribunal competente ou manifestar sua discordância com as alegações do interessado. A inobservância do prazo poderá motivar eventuais conseqüências no plano administrativo, mas entendendo que no plano processual permanece íntegro o poder do Procurador, que é um poder e é um dever, de agir com plenitude pela preservação dos princípios constitucionais relevantes. Nesse sentido a Súmula n.º 360 do Pretório Excelso, "verbis": "Não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8.º, parágrafo único, da Constituição

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

Federal". Esta súmula foi editada diante da norma do art. 1.º, parágrafo único, da revogada Lei n.º 2271/54, pela qual o prazo concedido ao Procurador Geral da República era de 90 dias, no caso de ocorrer argüição de parte interessada. Este prazo de 90 dias foi diminuído para apenas 30 dias na vigente Lei n.º 4.337.

Assim, Sr. Presidente, rogando a máxima venia ao eminente Relator, rejeito a preliminar de decadência do direito de ação.

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — Sr. Presidente. Aos doutos e convincentes argumentos do eminente Relator, eu me permito aduzir mais estas singelas considerações, para também concluir, como S. Exa., no sentido de que o prazo inculcado no questionado art. 2.º é decadencial.

A ação de que se trata objetiva a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, o que importará, eventualmente, na sua supressão da ordem jurídica positiva. Trata-se, então, de processo que dirá se a administração poderá ou não continuar dispondo do diploma impugnado. Assim, parece-me subentendido o alto interesse público em que se desate com brevidade a pendência, para que a administração não fique peada em sua atuação no que dependa da lei atacada.

De outra parte, sempre restará o remédio do ataque da lei caso a caso, por quem vier a ter violado ou lesado seu direito subjetivo pela incidência da lei maculada de inconstitucionalidade.

Com estas considerações, então, Sr. Presidente, acrescidas aos brilhantes argumentos do eminente Relator, também acolho a decadência.

O DR. JOSÉ BARISON — Sr. Presidente. Acompanho o eminente Relator.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Os prazos assinados aos servidores públicos para a prática de atos são, de regra, meramente ordenatórios. Para que esses prazos sejam considerados peremptórios ou gerem a caducidade, é indispensável que a lei seja expressa a respeito. Ora, o art. 2.º da Lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964, estabelece um prazo ao Procurador-Geral sem a cominação de que o seu decurso importe em perempção ou caducidade. Para mim, portanto, segue-se, a regra geral de que tais prazos são meramente ordenatórios. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, na Súmula 360, já teve ocasião de decidir que não há prazo de decadência para representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal. Entendo que essa Súmula é perfeitamente aplicável ao art. 2.º da Lei n.º 4.337.

Por tais motivos, "data vênia" do brilhante voto do eminente Relator, rejeito a preliminar de caducidade, solidário com o brilhante voto do Dr. Athos Gusmão Carneiro.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

OS DES. TELMO JOBIM, JÚLIO COSTAMILAN ROSA, JOSÉ SILVA, LÍVIO DA FONSECA PRATES, NIRO TEIXEIRA DE SOUZA, JORGE RIBAS SANTOS, JÚLIO MARTINS PORTO, PAULO BARBOSA LESSA e MARCOLINO MORAES — Rejeitam a preliminar, de acordo com o voto do eminente dr. Athos Gusmão Carneiro.

O DES. BONORINO BUTTELLI — De acordo com o eminente Relator.

O DES. EMÍLIO GISCHKOW, CHARLES EDGAR TWEEDIE, ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA e PERI RODRIGUES CONDESSA — Rejeitam a preliminar, de acordo com o voto do eminente dr. Athos Gusmão Carneiro.

O DES. RUBEM REBELO MAGALHÃES — De acordo com o eminente Relator.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — A preliminar de decadência foi rejeitada, contra os votos dos eminentes Relator, Drs. Edson Alves de Souza, José Barison, Des. Bonorino Buttelli e Des. Rubem Rebelo Magalhães.

O DES. HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK (RELATOR) — Sr. Presidente. Vencido que fui na preliminar de intempestividade da representação, examino o mérito.

Argúi-se a inconstitucionalidade do Art. 3.º, da Lei municipal n.º 3.618, de 18 de abril de 1972, porque, para o primeiro provimento dos cargos criados pela mesma, dispensou-se o concurso público, e tratou-se de aproveitar os detentores das funções gratificadas que haviam sido extintas pela norma em referência.

O preceito constitucional que teria sido violado pelo regramento ordinário municipal tem, nas esferas federal e estadual, idêntica redação, ou seja: "A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei." Essa faculdade, contida na parte final da norma, significa inovação trazida pela Emenda n.º 1, de 1969, e foi, exatamente com base nela, que a autoridade municipal redigiu o dispositivo acionado de inconstitucional.

O primeiro problema, a meu sentir, que deve ser focado, é o de perquirir-se se a expressão constitucional "salvo os casos indicados em lei" diz com a lei exclusivamente federal ou com a lei local. Dispõe o art. 108 da Constituição Federal: "O disposto nesta Seção aplica-se aos funcionários dos três Poderes da União e aos funcionários em geral dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios". E os parágrafos complementam as situações especiais dos funcionários do Poder Legislativo, do Poder Judiciário da União e dos Estados, e das Câmaras Muni-

pais. Em face desse dispositivo, dúvida não tenho de que o direito positivo estadual, como o municipal, podia recolher, validamente, a regra contida no art. 97, § 1.º, repetindo-a nos respectivos ordenamentos maiores, ou seja, na Constituição Estadual e na Lei Orgânica do Município, como, aliás, o fez o de Porto Alegre, no art. 72, § 1.º.

Conseqüentemente, tenho que a lei local pode, sem ferir o dispositivo da Carta Maior da República, prover a respeito da primeira investidura em cargo público, independentemente de concurso.

Essa matéria já foi apreciada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, nas representações de n.ºs 808 e 839, referentes, respectivamente, às Constituições do Estado do Paraná e do Estado de Alagoas, quando se entendeu, de forma unânime, — inobstante o opinamento em contrário do Procurador Geral, — que a lei local pode dispor, excepcionalmente, que o primeiro provimento em cargo público se efetue independentemente de concurso. Nesse particular, o eminente Ministro Djaci Falcão teve oportunidade de aduzir na Representação n.º 839: "Da leitura do § 1.º do art. 97, antes citado, verificamos que para a primeira investidura em cargo público se impõe concurso público de provas, ou de provas e títulos. Portanto, previu o concurso de provas, ou de provas e títulos. Acontece, porém, que na sua parte final ficou estabelecido: salvo os casos indicados em lei".

E mais adiante salientou: "Desde que a lei básica estabelece ampla reserva, permite o mais, isto é, até o provimento independentemente de concurso nos casos indicados em lei ordinária, como ficou reconhecido por esta Corte..."

E observa o caso específico que se ventilava, concluindo: "A ressalva expressa no § 1.º do art. 97 da Constituição Federal, após a Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, afastando a rigidez do texto primitivo (§ 1.º do art. 95), que excepcionava apenas a nomeação para cargos em comissão (§ 2.º do art. 95), afigura-se-nos infeliz. Contudo, é o que está expresso na Lei Básica".

Aliás, o próprio Doutor Procurador Geral da Justiça, na sua representação (fls. 9), deixou significado que "o Município de Porto Alegre pode estabelecer, por lei, o provimento de cargos independentemente de concurso".

Tenho, Sr. Presidente, então, como superado este primeiro aspecto, qual seja, o de que a "lei", aludida no texto constitucional maior, é a lei local, e, em conseqüência, perfeitamente válidas as manifestações receptivas das suas congêneres estadual e municipal.

A segunda questão, proposta na manifestação preambular, está assim redigida: "Pode uma lei municipal esparsa, versando sobre o provimento de três cargos de Assistente Jurídico, — classe de cargos compreensiva de maior número de postos, normalmente preenchidos mediante concurso, — estabelecer que apenas três serão preenchidos sem o concurso?"

Este, na representação, o grande argumento da inconstitucionalidade.

Convém salientar que a origem da Lei n.º 3.618 reside, substancialmente, em anomalia existente na função pública municipal. Ali, conforme manifestou a autoridade, existiam três (3) cargos em comissão com função gratificada, de Assistente Jurídico da Procuradoria Municipal, situação essa aberrante de qualquer disciplina administrativa.

A Lei n.º 3.618, agora "sub judice", visou a eliminar essa aberração administrativa, — cargo em comissão com função gratificada, — e transformou essas cargos, de provimento comissionado, em provimento efetivo, sem aumentar o número existente.

A lei criou, então, cargos novos, extinguindo outros, e dispensando, para o primeiro provimento, o concurso público.

Não existem, conforme visualizou a representação, outros cargos de Assistente Jurídico além dos que foram criados pela Lei 3.618. Tão-só os três, e para os quais, na primeira investidura, dispensou, a lei, o concurso. Não se ajusta, pois, à situação fática, à hipótese aventada pelo douto Procurador do Estado.

Quando a lei afasta a possibilidade do concurso, porque o dispensa, forte na faculdade constitucional, permite ao administrador a livre escolha, atingindo exatamente a pessoas determinadas. Por isso, não tem maior significado a assertiva contida a fls. 54, quando salienta que ao se dar "tratamento particular ao primeiro provimento de determinados cargos através de detentores de funções gratificadas, com inocultável subjetivação, legalmente efetuada, porque atingidas, pela norma legal pessoas determinadas", afastou-se a oportunidade de quaisquer outros, com igual aptidão e satisfeitos os mesmos requisitos gerais.

Mas foi isso exatamente o que a lei pretendeu: afastar outros; impedir a concorrência; deixar o administrador, na primeira investidura, livre para contar com aqueles que considera e entende capazes.

Exsurge, nessa altura, o problema da conveniência.

E, nesse ponto, destaco o pronunciamento da autoridade, ao encaminhar, à Câmara Municipal, o projeto-de-lei em referência. Fiz distribuir aos eminentes Colegas cópia dessa manifestação, mas desejo salientar o seguinte: "o projeto-de-lei" — diz a autoridade municipal, — o prefeito, — ao encaminhá-lo à Câmara,

"que ora se sugere, prevê, ainda, o aproveitamento dos atuais ocupantes dos cargos em comissão de Assistente Jurídico deste departamento, ou quem o exerceu até 30 de abril do último ano, como titulares dos novos cargos com a mesma denominação, porém, de provimento efetivo. Justifica-se tal proposição, tendo em vista que os atuais detentores dos cargos vêm, há longo tempo, exercendo as atividades de Assistente Jurídico, em dura escola que lhes comprovou a eficiência, o zelo e a dedicação. Não há que esquecer que a experiência haurida é fator de grande valia na função pública, além do que são servidores de elevado nível, altamente categorizado, cujo tirocínio lhes conferiu conhecimento minucioso dos serviços deste Departamento e dos órgãos municipais. Ademais, estão merecendo a total confiança da Administração. Por outro lado, segundo a redação do projeto, ressalta, desde logo, que as medidas propostas não trarão qualquer aumento de despesa para o erário municipal e, por igual, não alterará em nada o "status" econômico dos atuais detentores dos cargos." (fls. 37/38)

A par desse aspecto, cumpre enfatizar aquele outro, sugerido pelo eminente Prof. Rui Cirne Lima, no Parecer que ofereceu aos litisconsortes.

Trouxe, o ilustre mestre, em amparo à constitucionalidade da Lei n.º 3.618, a regra do § 5.º, do art. 99 do Decreto-lei n.º 200, que versou a respeito da Reforma Administrativa, e que obriga, seu conteúdo, os Estados e os Municípios.

Tenho, entretanto, que, além desse aspecto, há que se ter presente a regra geral no Título n.º 11, consubstanciada no art. 94 desse mesmo ordenamento, que diz que o Poder Executivo promoverá a revisão da legislação e das normas regulamentares relativas ao pessoal do serviço público civil, com o objetivo de ajustá-las aos seguintes princípios: " ... X — eliminação ou reabsorção do pessoal ocioso, mediante aproveitamento dos servidores excedentes, ou reaproveitamento dos desajustados em funções compatíveis com as suas comprovadas qualificações e aptidões vocacionais, impedindo-se novas admissões enquanto houver servidores disponíveis para a função."

Esse art. 94, desse regramento, traça uma norma de conduta, e o inciso X, — que acabei de ler, em especial, manda examinar o elemento humano, para ver da sua eliminação ou aproveitamento. E observe-se que, no caso concreto, é possível que aqueles servidores, detentores daquelas esdrúxulas funções —, por terem seus direitos amparados por outras regras — se extintos os cargos, — ficassem ligados à administração. Não sei do alcance dessas normas sobre tais funcionários, mas bem andou a autoridade, evitando uma possível ociosidade, e ajustando-se à fi-

losafia traçada pelo decreto revolucionário. Correto, portanto, se me afigura o posicionamento, o de transformar os cargos e aproveitar, na primeira investidura, os servidores antigos. Ateve-se ao que prega, nesse particular, o art. 99, e seu § 5.º, do Decreto-lei n.º 200. Ainda, e novamente, o problema da conveniência, atrelado ao mandamento legal.

Por qualquer ângulo que examine a questão não vislumbro a argüida inconstitucionalidade.

Nesse particular, não é demais ter presente a lição de Lúcio Bittencourt, ao referir que "inconstitucional é, como é óbvio, a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição". ("O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", pág. 53)

Não é o caso dos autos. A ressalva constitucional permite, para a primeira investidura, o que a lei local dispuser. Ela se sobrepõe, naquele momento, à regra geral constitucional, mas tão-só, naquele momento. Exceção criada pela própria regra constitucional. Então, como vislumbrar inconstitucionalidade onde há perfeita constitucionalidade?

Black, citado por Lúcio Bittencourt, acentua "que quem quer que alegue a invalidade de um ato legislativo deve estar apto a apontar a específica proibição, exigência ou garantia que esse ato violou. Se isso não puder ser feito, o ato é válido." — ("op." cit., págs. 55/56)

É o caso presente. Não tenho, pois, o art. 3.º da Lei n.º 3.618 como violador do preceito constitucional invocado. Ao contrário, ateve-se ao dispositivo em tela, usando da faculdade ou permissivo aventado.

Por essas razões, conhecendo da representação, desacolho-a, julgando, "ex-positis", improcedente, dando, assim, pela constitucionalidade do artigo 3.º da Lei Municipal n.º 3.618.

É o voto.

O DR. ATHOS GUSMAO CARNEIRO — Sr. Presidente, a Lei Municipal de Porto Alegre n.º 3.618/62 criou três cargos de Assistente Jurídico, prescrevendo o art. 3.º que o primeiro provimento "será efetuado preferencialmente com os atuais detentores das Funções Gratificadas extintas, ou quem as detinha até 30 de abril de 1971, no avanço correspondente ao vencimento que estavam percebendo". A lei operou, portanto, uma expressa subjetivação relativamente aos primeiros ocupantes dos novos cargos, atribuindo-os taxativamente a A, B e C; somente no caso de recusa dos ditos cidadãos, ocorrerá a incidência do princípio do concurso público.

Este princípio está no art. 97, § 1.º, da Constituição vigente. "A primeira investidura em cargo público dependerá de aprova-

ção prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos salvo os casos indicados em lei."

Manifesto de logo o meu entendimento de que a lei, referida no dito dispositivo constitucional, poderá ser a lei local, e de que os "casos indicados em lei" serão outros que não os referentes aos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, a que alude o § 2.º do mesmo art. 97.

Tenho, pois, Sr. Presidente, como possível, arte a ressalva da Constituição, que a lei municipal crie cargo de provimento efetivo independente de concurso e, portanto, como também possível que a lei local crie cargo independente de concurso apenas no primeiro provimento. Até aqui estou, assim, de acordo com o brilhante voto do eminente Relator.

Entretanto, a norma constitucional básica em matéria de provimento de cargos públicos é a da acessibilidade dos mesmos a todos os brasileiros. É o "caput" do art. 97 da Lei Maior, "verbis": "Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei."

Por via de regra a acessibilidade é garantida pelo concurso, que a Constituição quer público, sendo, assim, defeso à lei ordinária o estabelecer cláusulas ou condições que, atribuindo privilégios aos já ocupantes de cargos, funções ou empregos públicos, possam desvirtuar o princípio da mais ampla concorrência de todos os brasileiros ao serviço público.

Se o cargo, entretanto, for de provimento em comissão, ainda assim à autoridade competente para nomear assiste o irrecusável direito e faculdade de escolher o ocupante do cargo dentre todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei. O cargo, juridicamente, é a todos legalmente acessível.

Se o cargo é de provimento efetivo independente de concurso, também a autoridade competente para nomear pode escolher a pessoa, a quem há de nomear, dentre todos os brasileiros em tese aptos ao exercício do cargo.

Portanto, quer-me parecer que a identificação, em lei, das pessoas que haveriam de prover os três cargos criados, essa absoluta pré-subjetivação, veio "data venia", infringir o princípio fundamental da acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros aptos a exercê-los.

De outra parte, cabe privativamente ao Prefeito o prover os cargos públicos, salvo os da Secretaria da Câmara (Constituição Estadual de 1970, art. 157, item II); no caso ora em exame, o provimento dos três cargos criados foi realmente disposto pelo legislador municipal, e o ato do Prefeito veio a constituir mera formalidade, pois o chefe do executivo municipal não poderia, de acordo com a lei, deixar de nomear aquelas pessoas a quem a

lei já havia previamente "nomeado". E nem se argumente no sentido de que a inconstitucionalidade, sob este segundo enfoque, fica afastada pela consideração de haver sido o próprio Prefeito quem propôs a norma ora inquinada de inconstitucional.

Cuida-se, a meu sentir, de direito subjetivo público indisponível e, mesmo, não cabe ao Prefeito em exercício no momento da proposta de uma lei vincular à sua vontade o Prefeito, que pode não ser o mesmo, do momento da nomeação.

Ressalto, Sr. Presidente, que não ocorreu no caso presente uma mera reestruturação de cargos, com a alteração de denominação ou de enquadramento. Segundo mesmo a exposição apresentada pelos litisconsortes passivos, titulavam eles funções gratificadas criadas pela Lei Municipal 1.722/51, art. 41. Essas funções gratificadas foram extintas; os cargos de Assistente Jurídico foram criados "ex novo" e, portanto, a Lei Municipal não poderia determinar, de forma cogente, quem haveria de provê-los.

Se os cargos devem ser providos independentemente de concurso, o chefe do executivo municipal nomeará quem lhe aprouver, obedecidos os requisitos gerais previstos em lei. Poderá nomear os mesmos **A, B e C**, mas isso não afasta a inconstitucionalidade da norma que o obriga a nomear **A, B e C**.

É nesses termos, Sr. Presidente, que, rogando a mais respeitosa venia ao eminente Relator, acolho a representação para declarar a inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei Municipal 3.618, de 18 de abril de 1972, do Município de Porto Alegre.

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — De acordo com o voto de eminente Dr. Athos.

O DR. JOSÉ BARISON — De acordo com o voto do eminente Relator, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — O art. 3.º da Lei Municipal n.º 3.618, de 18 de abril de 1972, encontra respaldo na ressalva constante da parte final do § 1.º do art. 97 da Constituição Federal, com a redação da Emenda n.º 2. Entendo, assim, que essa lei não é inconstitucional por ter previsto cargos de nomeação sem concurso.

No que diz respeito ao outro aspecto da questão, que mereceu acolhida no voto do eminente Dr. Athos Gusmão Carneiro, estou em que a lei não briga frontalmente com o art. 97 da mesma Constituição. Esse dispositivo prescreve que os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham o requisitos estabelecidos em lei. Esses requisitos foram estabelecidos no art. 3.º da Lei Municipal n.º 3.618, e pelo fato de esta lei indicar aqueles que devessem ser nomeados não importou em inconstitucionalidade; antes, aderiu à política administrativa anterior à Constituição e que foi adotada por ela, decorrente das leis

da Revolução, vale dizer, do Ato Institucional n.º 8 e do Decreto-lei n.º 200, tudo como muito bem demonstra o parecer do Prof. Cirne Lima, que foi juntado aos autos, e ao qual o eminente Relator fez expressa referência.

Por tais motivos julgo improcedente a representação, nos termos do voto do eminente Relator.

OS DES. TELMO JOBIM, JÚLIO COSTAMILAN ROSA, JOSÉ SILVA, LÍVIO DA FONSECA PRATES, NIRO TEIXEIRA DE SOUZA, JORGE RIBAS SANTOS e JÚLIO MARTINS PORTO — De acordo com o eminente Relator.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA — Sr. Presidente. Tenho para mim que a lei cuja inconstitucionalidade se argüi é perfeitamente constitucional. Ela afina expressamente com o art. 97, § 1.º, da Constituição em vigor, que, nesta parte, resultou de alteração do art. 95, § 1.º, do texto constitucional de 1967.

Entendo que essa ressalva contida na lei resultou da imposição da vida de todos os dias, que não se coaduna com a norma excessivamente rigorosa constante do texto constitucional anterior. Apenas o legislador constitucional, responsável pelo texto atual da Constituição, fez a ressalva. Não colocou essa possibilidade exclusivamente na órbita do executivo, fazendo com que seja necessário, para afastar-se o concurso público, colher a manifestação do legislativo. Exigiu houvesse lei. No caso, essa situação está prevista pela norma ora sob exame deste colendo órgão julgador.

Tenho, assim, que a constitucionalidade da lei municipal, "data venia" das manifestações em contrário, é flagrante. E, assim, rejeito a representação, acompanhando o eminente Relator.

OS DES. MARCOLINO MORAIS e BONORINO BUTTELLI — De acordo com o eminente Relator.

O DES. EMÍLIO GISCHKOW — Sr. Presidente. "Data venia" do eminente Relator, acompanho o Dr. Athos Gusmão Carneiro, mas com maior amplitude. Quer-me parecer que o art. 97, § 1.º, da Constituição, embora relevante a fundamentação apresentada pelo Dr. Athos Gusmão Carneiro, a meu sentir tem maior extensão. A Constituição de 1967 previa exclusivamente duas hipóteses: a nomeação para o cargo público por concurso, quando se tratasse de cargo efetivo, e nomeação para o cargo em comissão, independentemente de concurso. É evidente que a Constituição de 1967 estabeleceu uma anomalia, e essa anomalia resultava — e vou exemplificar — no caso do preenchimento dos cargos de desembargadores classistas dos tribunais. Não era possível exigir concurso para nomeação do desembargador classista. O juiz de paz, que vai exercer cargo público, não pode ser submetido a concurso. E embora não possa ser considerado funcio-

nário, exerce um cargo público. Então, a Constituição Federal procurou resguardar a situação que, aliás, é expressamente referida por Pontes de Miranda, tendo em vista as peculiaridades de provimento de determinados cargos públicos. Assim, a hipótese dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Mas, no caso, peculiar — e eu me situaria no âmbito estadual — é especificamente o caso dos desembargadores classistas, o caso dos juizes de paz. E Constituições Estaduais existem que prevêem inclusive que juizes de paz são eleitos. Conseqüentemente, o constituinte, na Emenda Constitucional, procurou resguardar e ressalvar uma situação conflituosa que a Constituição estabelecia, porque, ao mesmo tempo em que exigia, para os cargos de provimento efetivo, o concurso público, era, entretanto, através da lei inarredável, ou deveria ser afastada a hipótese de concurso. Não teria sentido que o Tribunal, que podia escolher em lista tríplice aqueles juizes ou aqueles juristas de notório saber, fosse previamente submetê-los a concurso público. Não era possível fazer o preenchimento dos juizados de paz através de concurso público.

Então, tendo em vista esses casos especiais, mas sintonizando, em harmonia com os princípios de direito, é que a lei pode excluir, tendo em vista os casos expressos em lei em peculiaridades, mas em sintonia com o sistema constitucional.

Assim, "data venia", com essa fundamentação, acolho a representação.

O DES. CHARLES EDGAR TWEEDIE — Com o eminente Relator.

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Acolho a representação, nos termos do voto do Dr. Athos.

O DES. PERI RODRIGUES CONDESSA — Voto com o eminente Relator.

O DES. RUBENS R. MAGALHÃES — Com o eminente Relator.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — A decisão é a seguinte: "Rejeitadas, à unanimidade, as preliminares de ilegitimidade do dr. Procurador Geral da Justiça e de incompetência do Tribunal Pleno, desacolheram, contra os votos dos desembargadores Relator, Buttelli e Magalhães e dos Drs. Edson e Barison, a preliminar de decadência e julgaram improcedente a representação, vencidos os drs. Athos e Edson e os desembargadores Gischkow e Braga".

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 306-326, 1974

## HABEAS-CORPUS N.º 4.207 — CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ — FORTALEZA

— Aplicação da lei 5.941, de 23 de novembro de 1973, relativa à liberdade do réu quando do processamento de apelação interposta.

— o "habeas-corpus" é meio hábil para verificação de bons antecedentes alegados. Sua concessão.

— A lei beneficia tanto os réus soltos como os já recolhidos à prisão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de petição de "habeas-corpus" n.º 4.207, de Fortaleza, em que é impetrante o bel. A. J. P. R., e paciente A. B. O. Filho:

Alega o impetrante a fls. 2 que o paciente, A. B. de O. Filho, solteiro, funcionário da Secretaria da Fazenda, aqui residente e domiciliado, e recolhido ao Instituto Penal Paulo Sarasate, foi condenado pelo tribunal de júri da capital à pena de oito (8) anos e quatro (4) meses de reclusão, como incurso nos arts. 121, § 1.º, e arts. 129, "caput", e 51, do Código Penal, conforme decisão na sessão do dia 4 de dezembro do ano findo.

Dessa sentença apenas o réu, ora paciente, veio a apelar, com base no art. 593, III, letras a, b e c, do Código de Processo Penal, tendo, posteriormente, pleiteado aguardar solto o julgamento do recurso por se tratar de réu primário e de bons antecedentes, na forma da lei 5.941, de 23 de novembro de 1973, dando nova redação ao art. 594 do mesmo Código.

Esse pedido foi, porém, indeferido pelo dr. juiz da 2.ª Vara do Júri, que não viu bons antecedentes no paciente, e com o que o mesmo não se conforma, face à realidade dos autos. Por isso recorreu, como meio corretivo, ao remédio do "habeas-corpus", o qual instruiu com várias certidões, inclusive sobre sua vida carcerária desde 1968, sua prisão preventiva, ainda que com concessões diversas para saídas do presídio.

O dr. 4.º Subprocurador Geral emitiu parecer a fls. 68, que sustentou depois, oralmente, pela denegação da ordem, achando que o "habeas-corpus" não era meio hábil por visar a apreciação da prova dos autos, enquanto a lei 5.941 somente beneficiava quem estivesse solto.

Isso posto:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 327-329, 1974

Cogita-se, na hipótese, da primeira aplicação, no Estado, do texto da lei recentemente vigorante, n.º 5.941, de 22 de novembro do ano findo, alterando os artigos 408, 474, 594 e 598 do Código de Processo Penal, e cuja eficácia começou de sua publicação no "Diário Oficial" da União, na mesma data.

O paciente acha-se preso, há alguns anos, em virtude de pronúncia, e, por último, de condenação, pelo tribunal do júri, após o que seu advogado pleiteou-lhe a soltura, com base na nova lei, obtendo despacho desfavorável.

De início deve-se acentuar que a argüição da nobre Subprocuradoria Geral, relativamente ao não conhecimento do pedido, por implicar em exame da prova do processo. Isso não ocorre, mas apenas a verificação da existência ou não dos bons antecedentes alegados.

Não se desce ao real exame da prova, a exemplo dos recursos comuns, mas apenas de um detalhe, sendo certo ainda que em determinadas hipóteses, como falta de justa causa ou relaxamento de prisão preventiva, procede-se ao exame integral da prova, diferentemente do que ocorre no caso presente.

Registre-se, ainda, que se trata de liberdade de locomoção do cidadão, não prevendo a lei qualquer forma específica de trazer a matéria ao conhecimento da instância superior.

Por outro lado, quanto a não alcançar a lei quando o réu já se acha preso, e sim em liberdade, pode ser matéria objeto de controvérsia, mas não sendo a lei clara, precisa, nessa distinção, há de favorecer a todos que tenham bons antecedentes, soltos ou presos.

Acresce que, no § 1.º do art. 408, se permite ao juiz, mesmo proferindo pronúncia, "deixar de decretar a prisão ou revogá-la. caso já se encontre preso", isto em se tratando de processo da alçada do júri, ou, de um modo geral, em se tratando de sentença condenatória e tiverem sido reconhecidos na decisão (Ac. 594) os bons antecedentes.

É evidente, dessarte, que em nada influi o fato de encontrar-se o réu preso, para o efeito questionado, desde que o essencial e a constatação dos bons antecedentes, enquanto que, admitindo-se o contrário ter-se-ia um critério dúplíce perante um mesmo argumento, tão valioso face à personalidade do agente.

Outro ponto a destacar, no caso é o de que a lei veio encontrar o processo do paciente, após o julgamento, com a apelação interposta, pouco importando a data da sua vigência, pois predomina o princípio de direito penal de que a lei posterior que favorece o agente aplica-se ao fato não definitivamente julgado.

A propósito, o órgão da imprensa paulista "Jornal da Tarde", de 21 do corrente mês, publicou o seguinte tópico:

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 327-329, 1974

F. — O juiz Veiga Carvalho, da 2.ª Vara Auxiliar do Júri, aceitou o parecer do promotor Ubirajara do Mont'Serrat Faria Salgado, para quem S. F. P. F. é "primário e de bons antecedentes". Por isso, Veiga Carvalho colocou em liberdade o policial acusado, em vários processos, de pertencer ao Esquadrão da Morte de São Paulo, e já pronunciado em dois deles."

Resta, agora, apenas examinar se o paciente se apresenta com as condições exigidas, isto é, se é primário e tem bons antecedentes. Quanto ao primeiro fato não foi estabelecida nenhuma dúvida, sendo assunto incontestado, inclusive no próprio despacho de que se reclama, e assim a divergência fica limitada aos bons antecedentes.

Nesse tocante o despacho firma-se mais na circunstância de o paciente ter-se envolvido, anteriormente, em um conflito, saindo ferido, e do qual fora provocador, mas o certo é que, na realidade, ele ali foi vítima, sendo condenados os agressores, não ensejando os autos base para incriminá-lo por maus antecedentes. Difícil, por isso, poder-se afirmar que tenha mau caráter, enquanto sua função no setor fazendário há de dar margem a pequenos incidentes, sem maior importância. O seu conceito na repartição é bom, (cert. de fls. 49), com designações diversas para setores de trabalho, e o próprio júri admitiu ter agido sob violenta emoção e a atenuante do relevante valor social (fls. 32).

Não se indica, na realidade, atos de sua parte contrários ao procedimento normal do cidadão, sendo os dados de sua vida ou sua atuação perfeitamente satisfatórios, demonstrando, ao contrário do afirmado, procedimento comum, com perfeita adaptação do meio social em que exercia suas atribuições de fiscal fazendário.

Merece ele, dessarte, a concessão da lei 5.941, a fim de, devolvido à Liberdade, aguardar solto o julgamento de sua apelação, e subsequente volta, ou não, ao presídio.

E, assim sendo:

ACORDA a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, contra o voto do Exmo. Des. José Almir de Carvalho, conceder a ordem impetrada, expedindo-se o competente alvará.

Custas pelo paciente.

Fortaleza, 29 de janeiro de 1974.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 327-329, 1974

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 19.471 — 1.ª CAMARA CÍVEL —  
PORTO ALEGRE**

Não cabe ao Judiciário aumentar vencimentos de funcionários públicos sob o fundamento de isonomia.  
Ação julgada improcedente.  
Apelação não-provida.

C. F. C., apelante;  
Departamento Municipal de Água e Esgotos, apelado.

**A C Ó R D A O**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, por votação unânime, em Primeira Câmara Cível, negar provimento à apelação interposta e assim decidem pelos motivos constantes das inclusas notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

Participou, também, do julgamento o eminente Desambargador PERÍ RODRIGUES CONDESSA.

Porto Alegre, 13 de novembro de 1973.

**Júlio Costamilan Rosa**  
Presidente e Relator

**Paulo Barbosa Lessa**

**R E L A T Ó R I O**

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) — O pedido e a contestação estão assim expostos no relatório de sentença: “O funcionário autárquico C. F. C., técnico em tratamento de água e esgotos, padrão 7, do posto do Departamento Municipal de Água e Esgotos do município de Porto Alegre, a que pertence, intenta a presente ação ordinária para o fim de obter o pagamento de seus vencimentos no padrão B, a partir da data da vigência da Lei Municipal n.º 3.252, de 1968. Funda seu pedido na circunstância de a função de auxiliar de administração, que era do padrão 5, ter sido reclassificada como padrão 7 pela mencionada lei, ao passo que a de técnico de tratamento foi reclassificada do padrão 6 para o padrão 7, tendo, pois, havido desrespeito ao princípio da isonomia.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 330-332, 1974

Instruiu a inicial com o certificado da frequência do curso de treinamento a laboratorista, certidão de sua situação funcional, exemplares das Leis 32.563, 3.252 e 3.253, todas da Prefeitura de Porto Alegre.

Pelo DMAE foi a ação contestada sob a alegação de não ter havido rompimento do princípio de isonomia, explicando a contestante que a reclassificação decorreu de lei, não competindo ao Poder Judiciário a apreciação do mérito dos atos administrativos. Relativamente aos fatos sobre a vida funcional do autor, não houve contestação. Após a réplica do autor, o processo foi saneado, sendo deixada para essa sentença uma questão preliminar, argüída na contestação, relativamente à incompetência do juízo. Na audiência, foi tomado o depoimento de uma testemunha”.

O Dr. Juiz, dando pela improcedência e condenando a autora a pagar as custas e honorários de advogado do réu, à razão de 20% sobre o valor da causa, o fez após ter dado pela improcedência da preliminar de incompetência do Poder Judiciário para apreciação da matéria, com os seguintes argumentos: “No tocante à argüição de incompetência desse Juízo, questão transferida pelo despacho saneador para a sentença, trata-se de assunto sobre o mérito, não propriamente uma prejudicial, porquanto a argüição referiu-se mais à exclusão da matéria da apreciação do Poder Judiciário como tal, e não propriamente à incompetência do juízo da Vara ou do Juízo do Estado. Examinando-se o mérito da presente ação, constata-se que o autor se rebela contra os termos da Lei 3.252, considerados injustos no reequadramento da função de técnico de tratamento de água e esgoto. De acordo com a legislação anterior, essa função estava enquadrada no padrão 6, passando a ser considerada como padrão 7 em consequência da referida lei. Ao mesmo tempo, por força do mesmo diploma legal, a função de auxiliar de administração, que antes se enquadrava no padrão 5, saltou para o padrão 7. Daí a reclamação do autor, no sentido de a sua própria função também ser reenquadrada com o tratamento acrescido de dois níveis de padrão e não apenas um. Constata-se, através da argumentação contida na inicial e repetida na réplica do autor, que sua rebeldia se refere, não quanto à função em que está classificado, e sim contra o padrão em que a sua função está enquadrada. Em outras palavras, rebela-se o autor contra a injustiça praticada pela lei, colocando-se no ponto-de-vista pessoal, eis que seus ex-colegas de função, como auxiliares de administração, foram, pela lei, erigidos de dois padrões, sem qualquer esforço pessoal, ao passo que o autor, depois de um curso em que obteve melhor classificação funcional, acabou ficando no mesmo nível de seus colegas estacionários na função primitiva de todos. Torna-se, contudo,

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 330-332, 1974

evidente que, se a Lei n.º 3.252 não tratou as funções com a necessária equanimidade, é lei, e como tal não pode ser anulada pelo Poder Judiciário, enquanto não estiver em contraposição à Constituição ou a alguma lei hierarquicamente superior. Não se trata, na espécie, de mero ato administrativo, cuja análise de mérito, como salientou o Dr. Procurador do DMAE, não compete ao Poder Judiciário. No caso, trata-se de lei municipal formalmente correta, contra a qual não foi argüida inconstitucionalidade, e que, portanto, deve ser respeitada e aplicada pelo Poder Judiciário."

Dentro do prazo apelou o autor. Pleiteando o reconhecimento de seu pedido, insiste ter, pela aplicação do princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal, direito a ser reequadrado no padrão 8, cabendo ao Judiciário reparar a lesão do direito, isso diante do princípio constitucional de que nenhuma lesão de direito pode ser retirada da apreciação do Judiciário.

O Departamento apelado pede a confirmação da decisão.

O Dr. Procurador da Justiça, nesta instância, em seu parecer, opinou pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) — Confirmo a decisão reeorrida por seus próprios fundamentos. O que o autor ora apelante pretende é que, ao contrário do que veio a dispor a lei municipal, se lhe atribua um padrão de vencimentos mais elevado, isso porque, no enquadramento estabelecido, alguns cargos haviam sido elevados de dois padrões, passando do padrão 5 para o 7, ao passo que o que era por ele exercido fora elevado de um só padrão, tendo passado do 6 para o 7. A espécie tem inteira aplicação o princípio da Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não cabe ao Judiciário, que não tem funções legislativas, aumentar vencimentos de funcionários públicos sob o fundamento da isonomia.

Nego provimento ao recurso.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA — Acompanho o voto de V. Exa., Sr. Presidente.

O DES. PERI RODRIGUES CONDESSA — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) — Apelação Cível n.º 19.741, Porto Alegre — Negaram provimento.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 330-332, 1974

## APELAÇÃO CÍVEL N.º 19.831 — 2.ª CÂMARA CÍVEL ESPECIAL — PORTO ALEGRE

### FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ENQUADRAMENTO — REENQUADRAMENTO E RECLASSIFICAÇÃO

Tornados insubsistentes os atos de enquadramento e reenquadramento, o primeiro por inexistência do cargo no quadro próprio da Sec. da Fazenda e o segundo pelo não-exercício, a reclassificação operada em virtude de lei (5208/65), que acolheu as condições satisfeitas anteriormente (lei 4243/61), não feriu qualquer direito do servidor.

Sentença confirmada.

S. P. V., apelante;  
Estado do Rio Grande do Sul, apelado.

### A C Ó R D A O

Acordam, unanimemente, em Segunda Câmara Cível Especial do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório de fls. 85/89, negar provimento à apelação, na conformidade e pelos fundamentos constantes das notas taquigráficas anexas, integrantes deste decisório.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Dr. Edson Alves de Souza.

Porto Alegre, 26 de julho de 1973.

Des. Pedro Soares Muñoz  
Presidente

Dr. José Barison  
Relator

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 333-337, 1974

## VOTO

O DR. JOSÉ BARISON (RELATOR) — Sr. Presidente, S. P. V., funcionário público estadual, através de ação ordinária, aforada contra o Estado do Rio Grande do Sul, pretende, em virtude de reclassificação, seu enquadramento na Classe "Q" do Quadro Geral dos Funcionários Públicos e não aquela relativa a letra "P", como o foi, e o recebimento da diferença de vencimentos correspondente, a partir de 14 de junho de 1963, data em que foi enquadrado no cargo de técnico em administração, acrescida de juros de mora.

O Estado, regularmente citado, não ofereceu contestação.

Editada a Lei n.º 4243, de 1961, o autor requereu e obteve seu enquadramento como técnico em administração; entretanto, retornou à posição funcional anterior, de oficial administrativo, face à declarada insubsistência do ato por inexistir no quadro próprio dos funcionários da Fazenda o cargo de técnico em administração. Por isso, valendo-se de opção sugerida pela Administração, requereu seu reenquadramento no cargo de técnico de administração, sendo lotado no Conselho do Serviço Público pertencente, portanto, ao Quadro Único dos Funcionários Cíveis do Estado. Expedido ato governamental, foi igualmente tornado insubsistente, segundo o autor, de forma ilegal, por imotivado, em 29/12/65, seguindo-se sua reclassificação como oficial superior fazendário nos termos da Lei n.º 5208, de 1965, o que ocorreu conforme publicação no Diário Oficial em 20/5/66.

Nos termos da discussão posta pelo autor, seu enquadramento como técnico em administração lotado no Conselho do Serviço Público é válido, pois a insubsistência imotivada do ato, por ilegal, não o atingira. Mas, admitindo-se a plena eficácia desse ato, o autor já teria obtido o enquadramento previsto na Lei 4243 e, portanto, desvinculado do quadro próprio da Fazenda, integrado pelo seu reenquadramento no Quadro Único dos Funcionários Cíveis do Estado e, assim, não mais poderia beneficiar-se das disposições do art. 15, da Lei 5.208, de 1965, dirigida, como admite o apelante e está na lei, aos funcionários da Secretaria da Fazenda, atendendo-se a que essa regra legal surgiu exatamente para abranger os funcionários da Fazenda que desde logo não foram atingidos pela Lei 4243, de 1961, face à inexistência, ao quadro próprio, de cargo de técnico em administração.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 333-337, 1974

É de salientar que, procedido o enquadramento inicial em ato coletivo, foi tornado insubsistente em relação a todos os funcionários lotados na Secretaria da Fazenda. Está assim justificado o conteúdo e finalidade do art. 15 da Lei 5208/65.

Ainda, do parecer do Conselho de Serviço Público, exatamente o órgão da Administração em que o apelante foi lotado ao optar pelo reenquadramento no Quadro Único dos Funcionários Cíveis do Estado, consta expressamente: "Exarado o ato respectivo que lotava o funcionário ora autor neste órgão, não entrou ele, porém, em exercício, preferindo continuar a desempenhar suas atividades na Contadoria Geral do Estado. Não se tendo verificado a entrada em exercício, foi o ato tornado insubsistente (fls. 34)". É um parecer publicado no Diário Oficial que não está numerado nos autos e consta entre as fls. 34 e 35. Assim, tenho que ao autor em nada favorece a manutenção do ato que declarou a insubsistência de seu reenquadramento como técnico em administração.

De outra parte, pretende o autor que a Lei 5.208 implicitamente criou o cargo de técnico em administração no quadro próprio da Secretaria da Fazenda, tanto que por remissão do art. 15 a ele se refere, mandando que sejam classificados como oficial superior fazendário.

Acontece, entretanto, que, se assim fosse, a referida lei, que "estabelece para a Secretaria da Fazenda normas de ordenamento administrativo e organiza o quadro dos funcionários fazendários, e dá outras providências", teria criado o cargo, como o fez com relação a outros, pelo art. 5.º. De forma que o enunciado do art. 15: "Os funcionários da Secretaria da Fazenda que tenham preenchido as condições estabelecidas na lei 4243/1961, no prazo ali determinado serão reclassificados como Oficiais Superiores Fazendários, observado o critério disposto no art. 12 desta Lei", como já referi, teve por finalidade permitir a reclassificação desses funcionários na Secretaria da Fazenda como oficial superior fazendário, impossibilitados que estavam anteriormente, pela inexistência, no quadro próprio, do cargo de técnico em administração. Sem cargo não pode haver provimento, menos ainda reenquadramento. Nem a Lei n.º 5.208/65 teria necessidade de criar o cargo de técnico em administração referido na Lei ... 4243/, bastando-lhe que houvesse assimilado as condições nela exigidas para dispensar, aos funcionários da Secretaria da Fazenda que as tivessem cumprido, melhores condições. Nem se poderia cogitar em estabelecer paralelo para medir essas vantagens, quando toda a problemática se desencadeou pela inexistência do

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 333-337, 1974

questionado cargo no quadro próprio dos servidores fazendários. E, se inexistente o cargo de técnico em administração, é evidente que o autor não poderia nele ser investido nem reenquadrado, e em consequência auferir as vantagens próprias porque dependentes do exercício.

A classificação de Oficial Superior Fazendário, cargo de carreira, compreende as Classes "O", "P" e "Q", e, por ser incluído na letra "P", o autor reclama, entendendo deva pertencer à de letra "Q".

De acordo com o que dispõe a Lei 5208/65, e face à remissão do art. 15, na reclassificação de que trata, devem ser observados os critérios dispostos no art. 12, já referido. Esses critérios, portanto, são aplicados sucessivamente. Assim é que prevalece o primeiro, ou seja, "O valor mais alto dos padrões dos cargos extintos, nos casos em que cargos de diversos padrões passem a integrar a carreira".

O autor até a reclassificação exercia o cargo de oficial administrativo, padrão 6, com três avanços e, como se verifica, do Boletim n.º 211 da Secretaria da Fazenda, publicado no Diário Oficial, foi incluído na Classe "P", juntamente com outros oficiais administrativos, de igual padrão. O critério legal é de ser adotado, pois previstas três classes para os oficiais superiores fazendários, entre elas devem ser processadas as reclassificações.

O fato do reenquadramento do autor como técnico em administração, padrão 14, não pode ser invocado para classificá-lo na Classe "Q", pelas razões já expostas, e mesmo importaria em duplo benefício decorrente da mesma Lei n.º 4243, quando o art. 15 da Lei 5208 foi editado com a destinação específica de abranger os funcionários da Secretaria da Fazenda, como neste voto venho afirmando.

Postula o autor o pagamento das diferenças do vencimento desde 14 de junho de 1963, data em que foi enquadrado no cargo de técnico em administração. Acontece que, como ele próprio declara, recebeu os vencimentos desse cargo até 20 de março de 1964, ou seja, até ser tornado insubsistente o enquadramento e, se era esse o cargo referido na Lei n.º 4243, é evidente que até aquela data nada pode reclamar.

E, entendida correta, como o foi, sua reclassificação na Classe "P", qualquer possível direito do autor à diferença de vencimentos encontraria naquela data seu termo final, reclassificação que ocorreu em 20 de maio de 1966, pois a partir daí o seu tratamento pecuniário foi adequado ao cargo que passou a exercer. Mas a inexistência de cargo técnico em administração na Secretaria da Fazenda impossibilitou o aproveitamento do autor, pois, sem a criação do cargo, não é possível o exercício da função. De

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 333-337, 1974

outra parte, não elidida a referência constante do parecer do Conselho de Serviço Público, no sentido de que o autor, reenquadrado como técnico em administração e lotado naquele órgão, não entrou em exercício e, por isso, o ato foi tornado insubsistente, afasta dele qualquer pretensão às vantagens do cargo que, voluntariamente, deixou de exercer.

Mas, se mesmo assim, a Administração procedeu à reclassificação do autor no cargo de oficial superior fazendário, nada lhe deve pagar a título de diferença de vencimentos entre os cargos de oficial administrativo e técnico em administração.

Do exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — De acordo.

Apelação Cível n.º 19.831, de Porto Alegre — Negaram provimento à apelação.

#### AGRAVO DE PETIÇÃO n.º 18.608 — 2.ª CÂMARA CÍVEL ESPECIAL — PORTO ALEGRE

Mandado de segurança, objetivando cancelamento de débito de ICM por transações de automóveis. A existência de relevantes indícios de comercialização de veículos afasta a liquidez e certeza do direito dos impetrantes, para que se lhes de ferisse a segurança postulada. Sonegação confirmada.

A. S. Filho e A. A. K., litisconsorte, agravantes; Estado do Rio Grande do Sul, agravado.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Segunda Câmara Cível Especial, integradas neste as notas taquigráficas respectivas, em negar provimento ao agravo, pagas as custas pelos recorrentes.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Dr. José Barison.

Porto Alegre, 16 de agosto de 1973.

Dr. Pedro Soares Muñoz  
Presidente

Dr. Edson Alves de Souza  
Relator

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 337-342, 1974

## RELATÓRIO

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — Sr. Presidente, A. S. Filho impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Inspetor Geral do imposto sobre Circulação de Mercadorias deste Estado, consistente em ameaça de cobrança daquele tributo e na apreensão de um automóvel adquirido por ele de um vendedor da cidade de São Paulo. Em seguida ingressou como litisconsorte ativo A. A. K., com idêntica postulação. Ambos alegaram que, em 27 de dezembro de 1971, adquiriram para seu uso um automóvel cada um, do revendedor "Volkswagen" S., estabelecido na Paulicéia, mas no curso do transporte regular os veículos de lá para cá foram autuados pela fiscalização do ICM do Rio Grande do Sul, para efeito do pagamento daquele tributo, e tiveram apreendidos os veículos. Em seguida afirmaram não serem contribuintes do ICM, mas sim pessoas físicas particulares, e, por isso, contra eles não incidiria o imposto, nos termos previstos no art. 2.º, § 1.º, n.º 2, do Decreto Estadual n.º 21.032/71. Foi-lhes concedida a liminar, mas não para restituição dos automóveis.

Prestando informações, historiou a autoridade coatora as fraudes praticadas por revendedores clandestinos de automóveis, popularmente conhecidos como "picaretas", e referiu diversos indícios que apontavam os impetrantes como praticantes de tal gênero irregular de comércio. Asseverou que a atuação fiscal se afeiçoou à lei, visto que as notas fiscais possuídas pelos requerentes eram inidôneas, contrariando dispositivos expresso do Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1969, art. 7.º; do Decreto Federal n.º 61.514/67, art. 94; de SINIEF (Sistema Nacional Integrado de Informações Econômicas Fiscais), art. 11; e do Decreto Estadual n.º 20.148/70, art. 60, e ainda contendo ditas notas indicações falsas, quanto a nomes e endereços. Referente à apreensão dos veículos, informou a autoridade que se baseara no art. 77 da Lei Estadual n.º 5.443/67.

A digna Promotoria se manifestou pela concessão em parte do "mandamus", para o efeito de serem liberados os veículos, segundo a Súmula n.º 323.

Sentenciou, a seguir, o magistrado denegando a segurança por entender, em síntese, que os imperantes não haviam demonstrado o direito líquido e certo invocado na inicial e capaz de legitimar a concessão postulada. Condenou os requerentes ao pagamento das custas.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 337-342, 1974

Inconformados, agravaram eles, pretendendo alcançar, por via de reforma da veneranda sentença, a concessão da segurança.

Contra-arrazoou o Estado. Manteve o MM. Juiz o decisório, e os autos subiram a este Tribunal, onde emitiu parecer a ilustre Procuradoria, pelo provimento do recurso, visto que o próprio parecer da Promotoria, pela concessão em parte do "mandamus", resultara prejudicado por haverem sido liberados os veículos em troca de carta de fiança trazida aos autos.

É o relatório.

## VOTO

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA (RELATOR) — Sr. Presidente. A controvérsia se resume nos termos em que se aproveita a própria informação da autoridade coatora: "O comércio normal de veículos obedece à seguinte organização: a indústria automobilística atribui a cada concessionário, revendedor, determinada área geográfica, em que é autorizado a revender, com exclusividade, os veículos que adquire da indústria, sendo-lhe vedado o fornecimento para áreas de outros concessionários. Através da comercialização nos moldes mencionados, cabe, pela sistemática do ICM, ao Estado em que se localiza o revendedor (que, via de regra, também é da residência do usuário final) o imposto relativo à saída por ele promovida. Mas é por demais conhecido que, no comércio de automóveis, é usual a interveniência de intermediários não-estabelecidos e não-inscritos como comerciantes, popularmente conhecidos como "picaretas de automóveis". Esses intermediários adquirem os veículos de concessionários de outras áreas, especialmente de São Paulo, e os revendem ao usuário deste Estado, sem figurarem oficialmente como intervenientes na operação, dissimulando, assim, a sua condição de comerciantes. Dessa forma burlam as normas de comercialização estabelecidas pelos fabricantes e procuram subtrair-se ao pagamento do ICM incidente na operação por eles promovidos" (Da informação da autoridade coatora, fls. 38/39).

A seguir, indica a mesma autoridade os expedientes simulatórios utilizados por ditos intermediários: a) — vendem por antecipação a comprador deste Estado o automóvel. Em São Paulo, induzem o vendedor a extrair a nota fiscal em nome do dito comprador, mas com falso endereço naquela Capital, eis que só assim pode o concessionário de lá realizar a venda. Então procuram trazer o veículo para cá e, quando bem sucedidos, a fraude não deixa vestígios da intermediação clandestina; b) — Procuram em São Paulo um "testa-de-ferro", em cujo nome é efe-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 337-342, 1974

tuada a compra. Tal pessoa, contudo, já firma seu recibo de quitação em favor de comprador deste Estado, que tanto poderá ser o comprador verdadeiro ou um outro "testa-de-ferro", que mais tarde repassará o veículo a quem o intermediário indicar.

No caso concreto, a situação dos impetrantes apresentava as características das modalidades de fraudes antes referidas e a documentação fiscal era inidônea.

Dispõe o art. 7.º do Decreto-lei 406/68: "Nas remessas de mercadorias para fora do Estado, será obrigatória a emissão de documento fiscal, segundo modelo estabelecido em decreto do Poder Executivo Federal". Dito modelo veio previsto no art. 94 do Decreto Federal 61.514/67, verbis: "A nota fiscal obedecerá ao modelo I, sendo obrigatório o uso das seguintes séries: II "B" para a saída de produtos em que não couber o lançamento do imposto; III "C" — para a saída de produtos com ou sem lançamento do imposto de uma para outra unidade da Federação".

De outra parte, segundo a mesma autoridade informante, idêntica é a exigência quanto à nota fiscal da série "C", para mercadorias que se destinam a outra unidade da Federação, nos termos do art. 11 do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômicas e Fiscais — SINIEF — convencionado entre os Secretários da Fazenda ou Finança dos Estados e do Distrito Federal e o Ministro da Fazenda, publicado no Diário Oficial da União, de 18.2.71. Além disso, o art. 187 do Regulamento baixado com o Decreto Federal 61.514/67 dispoz que a nota fiscal deveria conter nome e endereço do destinatário, ao passo que o art. 103 estatuiu carecerem do valor, para efeitos fiscais, os documentos que não contivessem aqueles elementos. A seu turno, o art. 6.º do Decreto Estadual 20.148/70 também considerou inidôneo, para os efeitos fiscais, o documento que não seja o legalmente exigido para a operação e que não satisfaça às exigências ou requisitos previsto no aludido decreto, ou, ainda, que contenha declarações inexatas.

Ora, no caso dos autos, os impetrantes possuíam apenas as notas fiscais da série "B", somente válidas para remessa de mercadoria a destinatário do mesmo Estado, além de serem também irregulares por conterem dados inexatos quanto a nomes e endereços. Assim, a Nota Fiscal n.º 1.408 registrava que o veículo era destinado ao impetrante Ângelo Sanguiné Filho, à rua Guarisinho, n.º 710, em São Paulo, só podendo, portanto, a mercadoria transitar para aquele endereço e não para Porto Alegre. A Nota Fiscal n.º 410, a seu turno, consignava como destinatária do veículo Julieta Azambuja, à Rua Serra de Bragança, São Paulo, de modo que o automóvel respectivo também não poderia ser trans-

portado para esta Capital só com aquele documento fiscal da série "B".

Nessas condições, não apenas se considerava caracterizada a fraude e a sonegação, como ainda está autorizada a apreensão do veículos, nos termos do art. 77 da Lei Estadual 3.443/67 verbis: "Sujeitam-se à apreensão: I — as mercadorias em trânsito ou em depósito, desacompanhadas dos documentos fiscais exigidos na legislação tributária os acompanhadas de documentos irregulares".

Finalmente a responsabilidade pessoal dos impetrantes encontra definição no art. 124 do Código Tributário Nacional, que a prevê nestes termos: "São solidariamente responsáveis: I — as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal", dispense ainda o parágrafo único do mesmo artigo que dita solidariedade não comporta o benefício de ordem.

Em conclusão, portanto, a operação realizada pelo impetrante Canguiné se fez mediante falsa declaração de residência na nota fiscal, enquanto que a efetuada pelo litisconsorte Kehlrausch se processou por interposta pessoa, Julieta Azambuja, eis que, segundo se colhe dos documentos de fls., esta não chegou a retirar o veículo da firma vendedora, tendo esta própria o embarcado já em nome do adquirente mencionado, Kohlrausch. Mas como se tudo isso — documentação fiscal inidônea e ainda em forma irregular — não bastasse para legitimar a conduta do Fisco local, os próprios impetrantes se traíram, denunciando a habitualidade da conduta fraudulenta quando postularam que a segurança lhes garantisse não mais se vissem "coagidos ao pagamento do ICM sobre operações relativas à circulação de mercadorias por ocasião da compra do automóvel". Claro está nessa passagem que pretendiam um verdadeiro alvará para prosseguirem no comércio clandestino que já vinham exercendo.

Por essas considerações, Sr. Presidente, tenho pelo menos como perfeitamente caracterizada a incorrência, na espécie, do direito líquido e certo invocado pelo impetrante e litisconsorte, visto que a matéria envolve aspectos de fato sujeitos à prova, insuscetível de ser produzida na ação especial do mandado de segurança.

Por esses motivos nego provimento ao agravo.

O DR. JOSÉ BARISON — Estou de acordo com o voto do eminente Relator, quando salienta que, em decorrência das circunstâncias de fato apontadas, não há, a favor dos impetrantes, direito líquido e certo protegível através de mandado de segurança.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOS) — Estou de acordo com o voto do eminente Relator. Os veículos foram apreendidos com documentação irregular, documentação que não legitima a entrada e transporte deles no Estado do Rio Grande do Sul. Essa documentação irregular faz gerar presunção de fraude fiscal, que não pode ser afastada em mandado de segurança, eis que demandaria o exame de provas, incompatíveis com esse procedimento.

Agravo de Petição n.º 18.608, de Porto Alegre — “Negaram provimento ao agravo de petição”.

**AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 19.196 — 1.ª CÂMARA CÍVEL  
PORTO ALEGRE**

**MANDADO DE SEGURANÇA**

Não sendo o Decreto-lei federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, auto-aplicável, pois que constitui apenas norma geral de direito tributário, sem lei receptiva, não é possível ao Estado fazer incidir o ICM sobre mercadorias importadas, destinadas a serem incorporadas ao ativo fixo da empresa.  
Segurança concedida.  
Recursos não providos.

Dr. Juiz de Direito da 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública, Recorrente;

Estado do Rio Grande do Sul (Coordenador Geral do I.C.M.),  
Agravante;

O Agravante e V. D. Ltda., Agravados.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, por unanimidade de votos, em Primeira Câmara Cível, negar provimento aos recursos interpostos e o fazem pelos motivos expostos nas inclusas notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 342-344, 1974

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des ANTONIO VILLELA AMARAL BRAGA.  
Porto Alegre, 31 de outubro de 1972.

Júlio Costamilan Rosa  
Presidente e Relator

Paulo Barbosa Lessa

**RELATÓRIO**

O SR. PRESIDENTE — DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA — V. D. Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Coordenador Geral do ICM para o fim de obter o reconhecimento da invalidade de duas parcelas dos valores, respectivamente, de Cr\$ 31.114,22 e Cr\$ 1.157,09, constantes de um auto de notificação, parcelas essas que dizem respeito à cobrança do ICM sobre a importação de máquinas retificadoras destinadas a integrar o ativo fixo da impetrante. Funda-se a impetrante na não-incidência do tributo, diante do disposto no art. 3.º da Lei Estadual n.º 5.373, de 27 de dezembro de 1966, que não considera mercadorias as máquinas aplicadas na instalação e destinadas ao funcionamento do estabelecimento, dispositivo de lei que não fora revogado pelo Decreto-lei federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, por constituir apenas norma geral de direito tributário, e que tampouco o poderia ter sido pelo Decreto estadual n.º 20.148, de 20 de fevereiro de 1970, simples ato do Executivo, que não poderia estabelecer nova incidência do tributo, contrariando norma de isenção estabelecida em lei.

A segurança foi concedida.

O Dr. Juiz de Direito recorreu “ex-officio”, tendo o Estado interposto recurso voluntário, insistindo em seu entendimento de que a incidência foi estabelecida pelo Decreto-lei n.º 406, ao qual se ateve o Decreto Estadual n.º 20.148 já referido.

A recorrida pede a confirmação do julgado, esclarecendo que o próprio Estado já se havia rendido à tese da inaplicabilidade automática do Decreto-lei federal n.º 406 e tanto era assim que fora, recentemente, pelo Executivo, enviado à egrégia Assembleia Legislativa projeto-de-lei estabelecendo a incidência do imposto sobre entrada de mercadoria importada do estrangeiro, no estabelecimento do importador, destinada a integrar o ativo fixo, como bem de capital.

O Dr. Juiz de Direito manteve a sua decisão.

Nesta instância, o Dr. Procurador da Justiça opinou pela confirmação do julgado.

É o relatório.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 342-344, 1974

## V O T O

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) Trata-se, conforme se viu, de mais um caso em que o Estado, escudando-se no Decreto-lei Federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, procura fazer incidir o ICM sobre a entrada de mercadorias importadas, destinadas a serem incorporadas ao ativo fixo da empresa.

Neste Tribunal, ultimamente, a um tal respeito se tem entendido que o Decreto-lei federal n.º 406 em referência apenas estabeleceu uma norma geral de direito tributário. Não era auto-aplicável, havendo, para a nova incidência, necessidade de lei estadual receptiva. Este, aliás, é o entendimento já manifestado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, em julgados que estão referidos nos autos do processo. Lei estadual estabelecendo a nova incidência inexistente, não obrigando, portanto, o Decreto estadual, emanado do Executivo, que a estabeleceu na presunção de que a norma do Decreto-lei federal n.º 406 era auto-aplicável.

Nego provimento aos recursos, confirmando, por seus próprios fundamentos, a decisão recorrida.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA — Voto no mesmo sentido. Inclusive as egrégias Câmaras Cíveis Reunidas deste Tribunal já decidiram neste sentido, unanimemente.

O DES. ANTÓNIO V. AMARAL BRAGA — Acompanho o voto de V. Exas.

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) Agravo de Petição n.º 19.196, de Porto Alegre — “Negaram provimento aos recursos.”

### AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 20.699 — 1.ª CÂMARA CÍVEL NOVA PRATA

Taxa de Conservação e Melhoramentos de Estradas do Município de Paraí.  
Para-constitucionalidade.  
Não-conhecimento do recurso voluntário e conhecimento do recurso obrigatório.  
Decisão confirmada.

R. A. que assina R. A., Agravante;  
Fazenda Pública do Município de Paraí, Agravada.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 344-348, 1974

outra parte, não elidida a referência constante do parecer do Conselho de Serviço Público, no sentido de que o autor, reenquadrado como técnico em administração e lotado naquele órgão, não entrou em exercício e, por isso, o ato foi tornado insubsistente, afasta dele qualquer pretensão às vantagens do cargo que, voluntariamente, deixou de exercer.

Mas, se mesmo assim, a Administração procedeu à reclassificação do autor no cargo de oficial superior fazendário, nada lhe deve pagar a título de diferença de vencimentos entre os cargos de oficial administrativo e técnico em administração.

Do exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — De acordo.

Apelação Cível n.º 19.831, de Porto Alegre — Negaram provimento à apelação.

### AGRAVO DE PETIÇÃO n.º 18.608 — 2.ª CÂMARA CÍVEL ESPECIAL — PORTO ALEGRE

Mandado de segurança, objetivando cancelamento de débito de ICM por transações de automóveis. A existência de relevantes indícios de comercialização de veículos afasta a liquidez e certeza do direito dos impetrantes, para que se lhes de ferisse a segurança postulada. Sonegação confirmada.

A. S. Filho e A. A. K., litisconsorte, agravantes;  
Estado do Rio Grande do Sul, agravado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Segunda Câmara Cível Especial, integradas neste as notas taquigráficas respectivas, em negar provimento ao agravo, pagas as custas pelos recorrentes.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Dr. José Barison.

Porto Alegre, 16 de agosto de 1973.

Dr. Pedro Soares Muñoz  
Presidente

Dr. Edson Alves de Souza  
Relator

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 337-342, 1974

## RELATÓRIO

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — Sr. Presidente, A. S. Filho impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Inspetor Geral do Imposto sobre Circulação de Mercadorias deste Estado, consistente em ameaça de cobrança daquele tributo e na apreensão de um automóvel adquirido por ele de um vendedor da cidade de São Paulo. Em seguida ingressou como litisconsorte ativo A. A. K., com idêntica postulação. Ambos alegaram que, em 27 de dezembro de 1971, adquiriram para seu uso um automóvel cada um, do revendedor "Volkswagen" S., estabelecido na Paulicéia, mas no curso do transporte regular os veículos de lá para cá foram autuados pela fiscalização do ICM do Rio Grande do Sul, para efeito do pagamento daquele tributo, e tiveram apreendidos os veículos. Em seguida afirmaram não serem contribuintes do ICM, mas sim pessoas físicas particulares, e, por isso, contra eles não incidiria o imposto, nos termos previstos no art. 2.º, § 1.º, n.º 2, do Decreto Estadual n.º 21.032/71. Foi-lhes concedida a liminar, mas não para restituição dos automóveis.

Prestando informações, historiou a autoridade coatora as fraudes praticadas por revendedores clandestinos de automóveis, popularmente conhecidos como "picaretas", e referiu diversos indícios que apontavam os impetrantes como praticantes de tal gênero irregular de comércio. Asseverou que a autuação fiscal se afeiçoou à lei, visto que as notas fiscais possuídas pelos requerentes eram inidôneas, contrariando dispositivos expresso do Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1969, art. 7.º; do Decreto Federal n.º 61.514/67, art. 94; de SINIEF (Sistema Nacional Integrado de Informações Econômicas Fiscais), art. 11; e do Decreto Estadual n.º 20.148/70, art. 60, e ainda contendo ditas notas indicações falsas, quanto a nomes e endereços. Referente à apreensão dos veículos, informou a autoridade que se baseara no art. 77 da Lei Estadual n.º 5.443/67.

A digna Promotoria se manifestou pela concessão em parte do "mandamus", para o efeito de serem liberados os veículos, segundo a Súmula n.º 323.

Sentenciou, a seguir, o magistrado denegando a segurança por entender, em síntese, que os imperantes não haviam demonstrado o direito líquido e certo invocado na inicial e capaz de legitimar a concessão postulada. Condenou os requerentes ao pagamento das custas.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 337-342, 1974

Inconformados, agravaram eles, pretendendo alcançar, por via de reforma da veneranda sentença, a concessão da segurança.

Contra-arrazoou o Estado. Manteve o MM. Juiz o decisório, e os autos subiram a este Tribunal, onde emitiu parecer a ilustre Procuradoria, pelo provimento do recurso, visto que o próprio parecer da Promotoria, pela concessão em parte do "mandamus", resultara prejudicado por haverem sido liberados os veículos em troca de carta de fiança trazida aos autos.

É o relatório.

## VOTO

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA (RELATOR) — Sr. Presidente. A controvérsia se resume nos termos em que se aproveita a própria informação da autoridade coatora: "O comércio normal de veículos obedece à seguinte organização: a indústria automobilística atribui a cada concessionário, revendedor, determinada área geográfica, em que é autorizado a revender, com exclusividade, os veículos que adquire da indústria, sendo-lhe vedado o fornecimento para áreas de outros concessionários. Através da comercialização nos moldes mencionados, cabe, pela sistemática do ICM, ao Estado em que se localiza o revendedor (que, via de regra, também é da residência do usuário final) o imposto relativo à saída por ele promovida. Mas é por demais conhecido que, no comércio de automóveis, é usual a intervenção de intermediários não-estabelecidos e não-inscritos como comerciantes, popularmente conhecidos como "picaretas de automóveis". Esses intermediários adquirem os veículos de concessionários de outras áreas, especialmente de São Paulo, e os revendem ao usuário deste Estado, sem figurarem oficialmente como intervenientes na operação, dissimulando, assim, a sua condição de comerciantes. Dessa forma burlam as normas de comercialização estabelecidas pelos fabricantes e procuram subtrair-se ao pagamento do ICM incidente na operação por eles promovidos" (Da informação da autoridade coatora, fls. 38/39).

A seguir, indica a mesma autoridade os expedientes simulatórios utilizados por ditos intermediários: a) — vendem por antecipação a comprador deste Estado o automóvel. Em São Paulo, induzem o vendedor a extrair a nota fiscal em nome do dito comprador, mas com falso endereço naquela Capital, eis que só assim pode o concessionário de lá realizar a venda. Então procuram trazer o veículo para cá e, quando bem sucedidos, a fraude não deixa vestígios da intermediação clandestina; b) — Procuram em São Paulo um "testa-de-ferro", em cujo nome é efe-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 337-342, 1974

tuada a compra. Tal pessoa, contudo, já firma seu recibo de quitação em favor de comprador deste Estado, que tanto poderá ser o comprador verdadeiro ou um outro "testa-de-ferro", que mais tarde repassará o veículo a quem o intermediário indicar.

No caso concreto, a situação dos impetrantes apresentava as características das modalidades de fraudes antes referidas e a documentação fiscal era inidônea.

Dispõe o art. 7.º do Decreto-lei 406/68: "Nas remessas de mercadorias para fora do Estado, será obrigatória a emissão de documento fiscal, segundo modelo estabelecido em decreto do Poder Executivo Federal". Dito modelo veio previsto no art. 94 do Decreto Federal 61.514/67, verbis: "A nota fiscal obedecerá ao modelo I, sendo obrigatório o uso das seguintes séries: II "B" para a saída de produtos em que não couber o lançamento do imposto; III "C" — para a saída de produtos com ou sem lançamento do imposto de uma para outra unidade da Federação".

De outra parte, segundo a mesma autoridade informante, idêntica é a exigência quanto à nota fiscal da série "C", para mercadorias que se destinam a outra unidade da Federação, nos termos do art. 11 do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômicas e Fiscais — SINIEF — convencionado entre os Secretários da Fazenda ou Finança dos Estados e do Distrito Federal e o Ministro da Fazenda, publicado no Diário Oficial da União, de 18.2.71. Além disso, o art. 187 do Regulamento baixado com o Decreto Federal 61.514/67 dispôs que a nota fiscal deveria conter nome e endereço do destinatário, ao passo que o art. 103 estatuiu carecerem de valor, para efeitos fiscais, os documentos que não contivessem aqueles elementos. A seu turno, o art. 6.º do Decreto Estadual 20.148/70 também considerou inidôneo, para os efeitos fiscais, o documento que não seja o legalmente exigido para a operação e que não satisfaça às exigências ou requisitos previsto no aludido decreto, ou, ainda, que contenha declarações inexatas.

Ora, no caso dos autos, os impetrantes possuíam apenas as notas fiscais da série "B", somente válidas para remessa de mercadoria a destinatário do mesmo Estado, além de serem também irregulares por conterem dados inexatos quanto a nomes e endereços. Assim, a Nota Fiscal n.º 1.408 registrava que o veículo era destinado ao impetrante Ângelo Sanguiné Filho, à rua Guarisinho, n.º 710, em São Paulo, só podendo, portanto, a mercadoria transitar para aquele endereço e não para Porto Alegre. A Nota Fiscal n.º 410, a seu turno, consignava como destinatária do veículo Julieta Azambuja, à Rua Serra de Bragança, São Paulo, de modo que o automóvel respectivo também não poderia ser trans-

portado para esta Capital só com aquele documento fiscal da série "B".

Nessas condições, não apenas se considerava caracterizada a fraude e a sonegação, como ainda está autorizada a apreensão do veículos, nos termos do art. 77 da Lei Estadual 3.443/67 verbis: "Sujeitam-se à apreensão: I — as mercadorias em trânsito ou em depósito, desacompanhadas dos documentos fiscais exigidos na legislação tributária os acompanhadas de documentos irregulares".

Finalmente a responsabilidade pessoal dos impetrantes encontra definição no art. 124 do Código Tributário Nacional, que a prevê nestes termos: "São solidariamente responsáveis: I — as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal", dispense ainda o parágrafo único do mesmo artigo que dita solidariedade não comporta o benefício de ordem.

Em conclusão, portanto, a operação realizada pelo impetrante Canguiné se fez mediante falsa declaração de residência na nota fiscal, enquanto que a efetuada pelo litisconsorte Kehltrausch se processou por interposta pessoa, Julieta Azambuja, eis que, segundo se colhe dos documentos de fls., esta não chegou a retirar o veículo da firma vendedora, tendo esta própria o embarcado já em nome do adquirente mencionado, Kohltrausch. Mas como se tudo isso — documentação fiscal inidônea e ainda em forma irregular — não bastasse para legitimar a conduta do Fisco local, os próprios impetrantes se traíram, denunciando a habitualidade da conduta fraudulenta quando postularam que a segurança lhes garantisse não mais se vissem "coagidos ao pagamento do ICM sobre operações relativas à circulação de mercadorias por ocasião da compra do automóvel". Claro está nessa passagem que pretendiam um verdadeiro alvará para prosseguirem no comércio clandestino que já vinham exercendo.

Por essas considerações, Sr. Presidente, tenho pelo menos como perfeitamente caracterizada a incorrência, na espécie, do direito líquido e certo invocado pelo impetrante e litisconsorte, visto que a matéria envolve aspectos de fato sujeitos à prova, insuscetível de ser produzida na ação especial do mandado de segurança.

Por esses motivos nego provimento ao agravo.

O DR. JOSÉ BARISON — Estou de acordo com o voto do eminente Relator, quando salienta que, em decorrência das circunstâncias de fato apontadas, não há, a favor dos impetrantes, direito líquido e certo protegível através de mandado de segurança.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOS) — Estou de acordo com o voto do eminente Relator. Os veículos foram apreendidos com documentação irregular, documentação que não legitima a entrada e transporte deles no Estado do Rio Grande do Sul. Essa documentação irregular faz gerar presunção de fraude fiscal, que não pode ser afastada em mandado de segurança, eis que demandaria o exame de provas, incompatíveis com esse procedimento.

Agravo de Petição n.º 18.608, de Porto Alegre — “Negaram provimento ao agravo de petição”.

**AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 19.196 — 1.ª CAMARA CÍVEL  
PORTO ALEGRE**

**MANDADO DE SEGURANÇA**

Não sendo o Decreto-lei federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, auto-aplicável, pois que constitui apenas norma geral de direito tributário, sem lei receptiva, não é possível ao Estado fazer incidir o ICM sobre mercadorias importadas, destinadas a serem incorporadas ao ativo fixo da empresa.

Segurança concedida.  
Recursos não providos.

Dr. Juiz de Direito da 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública, Recorrente;

Estado do Rio Grande do Sul (Coordenador Geral do I.C.M.),  
Agravante;

O Agravante e V. D. Ltda., Agravados.

**A C Ó R D A O**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, por unanimidade de votos, em Primeira Câmara Cível, negar provimento aos recursos interpostos e o fazem pelos motivos expostos nas inclusas notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 342-344, 1974

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. ANTONIO VILLELA AMARAL BRAGA.  
Porto Alegre, 31 de outubro de 1972.

**Júlio Costamilan Rosa**  
Presidente e Relator

**Paulo Barbosa Lessa**

**R E L A T Ó R I O**

O SR. PRESIDENTE — DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA — V. D. Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Coordenador Geral do ICM para o fim de obter o reconhecimento da invalidade de duas parcelas dos valores, respectivamente, de Cr\$ 31.114,22 e Cr\$ 1.157,09, constantes de um auto de notificação, parcelas essas que dizem respeito à cobrança do ICM sobre a importação de máquinas retificadoras destinadas a integrar o ativo fixo da impetrante. Funda-se a impetrante na não-incidência do tributo, diante do disposto no art. 3.º da Lei Estadual n.º 5.373, de 27 de dezembro de 1966, que não considera mercadorias as máquinas aplicadas na instalação e destinadas ao funcionamento do estabelecimento, dispositivo de lei que não fora revogado pelo Decreto-lei federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, por constituir apenas norma geral de direito tributário, e que tampouco o poderia ter sido pelo Decreto estadual n.º 20.148, de 20 de fevereiro de 1970, simples ato do Executivo, que não poderia estabelecer nova incidência do tributo, contrariando norma de isenção estabelecida em lei.

A segurança foi concedida.

O Dr. Juiz de Direito recorreu “ex-officio”, tendo o Estado interposto recurso voluntário, insistindo em seu entendimento de que a incidência foi estabelecida pelo Decreto-lei n.º 406, ao qual se ateu o Decreto Estadual n.º 20.148 já referido.

A recorrida pede a confirmação do julgado, esclarecendo que o próprio Estado já se havia rendido à tese da inaplicabilidade automática do Decreto-lei federal n.º 406 e tanto era assim que fora, recentemente, pelo Executivo, enviado à egrégia Assembleia Legislativa projeto-de-lei estabelecendo a incidência do imposto sobre entrada de mercadoria importada do estrangeiro, no estabelecimento do importador, destinada a integrar o ativo fixo, como bem de capital.

O Dr. Juiz de Direito manteve a sua decisão.

Nesta instância, o Dr. Procurador da Justiça opinou pela confirmação do julgado.

É o relatório.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 342-344, 1974

## VOTO

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) Trata-se, conforme se viu, de mais um caso em que o Estado, escudando-se no Decreto-lei Federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, procura fazer incidir o ICM sobre a entrada de mercadorias importadas, destinadas a serem incorporadas ao ativo fixo da empresa.

Neste Tribunal, ultimamente, a um tal respeito se tem entendido que o Decreto-lei federal n.º 406 em referência apenas estabeleceu uma norma geral de direito tributário. Não era auto-aplicável, havendo, para a nova incidência, necessidade de lei estadual receptiva. Este, aliás, é o entendimento já manifestado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, em julgados que estão referidos nos autos do processo. Lei estadual estabelecendo a nova incidência inexistente, não obrigando, portanto, o Decreto estadual, emanado do Executivo, que a estabeleceu na presunção de que a norma do Decreto-lei federal n.º 406 era auto-aplicável.

Nego provimento aos recursos, confirmando, por seus próprios fundamentos, a decisão recorrida.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA — Voto no mesmo sentido. Inclusive as egrégias Câmaras Cíveis Reunidas deste Tribunal já decidiram neste sentido, unanimemente.

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Acompanho o voto de V. Exas.

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) Agravo de Petição n.º 19.196, de Porto Alegre — “Negar provimento aos recursos.

### AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 20.699 — 1.ª CAMARA CÍVEL NOVA PRATA

Taxa de Conservação e Melhoramentos de Estradas do Município de Paraí.  
Para-constitucionalidade.  
Não-conhecimento do recurso voluntário e conhecimento do recurso obrigatório.  
Decisão confirmada.

R. A. que assina R. A., Agravante;  
Fazenda Pública do Município de Paraí, Agravada.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 344-348, 1974

## ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, por votação unânime, em Primeira Câmara Cível, não conhecer do recurso voluntário e conhecer do recurso ex-officio como se interposto tivesse sido, negando-lhe, contudo, provimento e assim decidem pelos motivos constantes das inclusas notas taquigráficas.

Custa na forma da lei.

Participou, também, do julgamento o eminente Dr. JOSÉ BARISON.

Porto Alegre, 23 de outubro de 1973.

Júlio Costamilan Rosa  
Presidente e Relator  
Peri Rodrigues Condessa

## RELATÓRIO

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) — A Fazenda Pública do Município de Paraí propôs executivo fiscal contra R. A., visando à cobrança da quantia de Cr\$ 228,30, referente à taxa de conservação e melhoramento de estradas. Instruiu o pedido com uma certidão de dívida, certidão essa que, posteriormente, foi substituída por uma outra mais especificada. Essa taxa é referente aos exercícios de 1968 — 1969 — 1970 — 1971 e 1972, conforme lançamentos de janeiro de 1969 — 1970 — 1971 1972 e 1973.

O executado foi citado. Ofereceu bens à penhora e embargou. Diz ele que é agricultor devidamente cadastrado no INCRA e faz dessa profissão seu meio de vida. Diz que essa taxa é inconstitucional, eis que infringe o artigo 18, § 2.º, da Constituição Federal, que não permite sejam cobradas taxas que tenham servido de base para o cálculo de pagamento de impostos. Juntou, em apoio do que alega, uns recortes de jornais sobre o assunto.

O Dr. Juiz mandou que a Fazenda falasse, e a Fazenda longamente argumentou no sentido de mostrar que a taxa cobrada era legal. Juntou, então, o decreto-lei que criou a taxa de conservação e melhoramentos de estradas municipais e que dá outras providências. Depois de outros dispositivos, há uma tabela

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 344-348, 1974

explicativa para a cobrança da taxa de conservação e melhoramento de estradas. Diz que ela é cobrada de acordo com as distâncias: distando até 10 Km do centro urbano — Cr\$ 60,00; distando mais de 10 Km — Cr\$ 50,00.

O Juiz realizou audiência e proferiu decisão, dando pela constitucionalidade do tributo e daí o ter julgado procedente a ação e condenado o réu no pedido, fixando os honorários advocatícios em um salário-mínimo regional, face à natureza da causa e à Tabela da Ordem dos Advogados. Julgou ainda subsistente a penhora. Dentro do prazo, o executado R. A. recorreu, insistindo na argumentação de que o imposto era inconstitucional e juntou a fotocópia de um documento de pagamento de imposto ao INCRA.

O município respondeu, pedindo a confirmação do julgado. O Dr. Juiz manteve sua decisão. Os autos subiram, e nesta instância o Dr. Procurador emitiu parecer dizendo que a veneranda sentença bem julgou a espécie dos autos, fazendo referência à jurisprudência referida, e opinando por se negar provimento ao agravo.

É o relatório.

#### V O T O

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) (Relator) — Conheço do recurso de ofício como se interposto tivesse sido e não conheço de recurso voluntário, isso diante do valor do executivo, que é Cr\$ 228,30, valor este muito inferior ao estabelecido na nova redação do artigo 74 do Decreto-lei 1960, dada pelo Decreto-lei 474, de 19 de fevereiro de 1969. E conheço porque a decisão envolveu matéria constitucional e a lei dispõe que, quando a decisão envolver matéria constitucional, o recurso "ex-officio" é obrigatório.

O DR. JOSÉ BARISON — De acordo.

O DES. PERI RODRIGUES CONDESSA — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) — Quanto ao mérito, já na 4.<sup>a</sup> Câmara tivemos oportunidade de julgar executivos referentes a essa mesma taxa. Naquela ocasião, o meu voto foi o seguinte: (Leu). "O recorrente insurge-se contra a cobrança da taxa de conservação e melhoramentos de estradas municipais, criada no município de Paraí pelo Decreto-lei n.º 58, de 31.12.1967, alegando que referida taxa tem como base de cálculo a mesma estabelecida para a incidência de imposto territorial. O Código Tributário Nacional dispõe sobre imposto sobre a propriedade territorial rural em seus artigos 29, 30 e 31. Por esses dispositivos, esse imposto tem como fato gera-

dor a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel por natureza, como definido na lei civil, situado fora da zona urbana do município; e a base para o seu cálculo é o valor fundiário. A taxa de conservação e melhoramento de estradas do município de Paraí tem como fato gerador a prestação de serviços de conservação de estradas, pontes, pontilhões e outros necessários à melhoria das vias de comunicação rural do município, e tem como base de cálculo o custo de serviço, estimado no orçamento municipal.

O artigo 9.<sup>a</sup> desse Decreto Municipal dispõe: "Para fins de cobrança, na taxa de conservação e melhoramentos de estradas, adotar-se-á o critério de benefício mais ou menos proporcionado ao proprietário de imóvel rural: I — para imóvel situado à margem de estrada municipal secundária, será aplicada também a tabela anexa, que igualmente ficará fazendo parte integral deste decreto-lei". Parágrafo 1.<sup>o</sup>: "Para os imóveis não-marginais, a distância do centro urbano será a do ponto em que a via de acesso se encontra com a estrada". Parágrafo 2.<sup>o</sup>: "Não sendo marginal e tendo acesso a uma estrada principal, o imóvel será considerado como se a ela fosse, mas poderá gozar de uma dedução de até 25% sobre a tabela constante do inciso I". Parágrafo 3.<sup>o</sup>: "Não sendo marginal, mas tendo acesso a estrada municipal secundária, o imóvel será considerado como se a ela o fosse, gozando, porém, uma redução de até 30% sobre a tabela constante do inciso II". Parágrafo 4.<sup>o</sup>: "O imóvel que, não sendo marginal, dispuser de duas vias de acesso a uma estrada municipal, será considerado como se marginal fosse a estrada que estiver à menor distância, gozando a dedução prevista nos §§ 2.<sup>o</sup> e 3.<sup>o</sup>". Artigo 10: "Sem prejuízo da dedução prevista no artigo anterior, será concedida ainda a seguinte dedução, conforme a tabela enunciativa anexa". Parágrafo 1.<sup>o</sup>: "Será aplicada esta dedução sobre o valor que resultar após calculada a dedução prevista no artigo 9.<sup>o</sup> deste decreto-lei". E em seguida vêm as tabelas que especificam as distâncias.

Do confronto desses dispositivos legais do Código Tributário Nacional, com referência ao imposto de propriedade territorial rural, e da lei municipal — vê-se que improcede em todo a argumentação do recorrente.

Para o imposto, o fato gerador é a propriedade, o domínio útil ou a posse, e para a taxa o fato gerador é a prestação de serviços de conservação de estrada e outros necessários à melhoria das vias de comunicação rurais do município. Para o cálculo do imposto, toma-se por base o valor fundiário do imóvel, e para o da taxa é tomado por base o custo do serviço estimado no or-

çamento municipal. Para cada contribuinte, o montante da taxa devida é, além de tudo, calculado, tomando-se em consideração o benefício mais ou menos proporcionado ao proprietário de imóvel rural, ou seja, o de estar ou não o imóvel situado à margem de estrada municipal, ou de ser essa estrada principal ou secundária, e ainda a distância em que se encontrar o imóvel do centro urbano. Para esse cálculo, estabeleceu a lei municipal tabelas de deduções. Não há, portanto, como entender-se que o tributo municipal em referência infringe o dispositivo constitucional invocado pelo recorrente. A base para o cálculo da taxa não é a mesma que serve de base para o cálculo do imposto.

Nego, por tais motivos, provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida por seus próprios fundamentos”.

Nesse caso, meu voto foi negando provimento ao recurso. O Des. Jorge Ribas Santos, sem melhor fundamentar, considerou que a cobrança da taxa era ilegal. O Des. Niro Teixeira de Souza, que então fazia parte da Câmara, pediu vista e, quando trouxe o processo para julgamento, acompanhou-me em seu voto, julgando que não havia a inconstitucionalidade alegada pelo recorrente.

Mantenho o mesmo entendimento e nego provimento ao recurso.

O DR. JOSÉ BARISON — De acordo.

O DES. PERI RODRIGUES CONDESSA — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) — Agravo de Petição n.º 20.699, de Nova Prata — Negaram provimento.

**SENTENÇA DO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2.<sup>a</sup> VARA  
PRIVATIVA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA, DA  
COMARCA DE PORTO ALEGRE, RS.**

Convocação da Câmara de Vereadores,  
em caráter extraordinário, pelo próprio  
presidente do órgão legislativo.

Vistos e examinados estes autos de Mandado de Segurança, em que figura como impetrante o Sr. Telmo Thompson Flores, Prefeito Municipal de Porto Alegre, sendo impetrado o Sr. Presidente da Colenda Câmara Municipal desta Capital, todos devidamente qualificados na inicial.

I. Estando em recesso a Colenda Câmara de Vereadores desta Capital, por força de imposição legal (Lei Orgânica Muni-

RCGERS, Porto Alegre, 4(8), 348-354, 1974

cipal de Porto Alegre, art. 14), seu ilustre Presidente, com supedâneo no art. 16, da referida lei, houve por bem convocar uma sessão legislativa extraordinária, com a duração de onze (11) dias, para o fim de apreciar a matéria constante da ordem do dia, enunciada no respectivo edital (fls. 54).

Irresignado com isso, em data de 18 do corrente, o Sr. Prefeito Municipal impetrou o presente mandado de segurança contra o ato convocatório, pedindo fosse a sessão legislativa extraordinária sustada, bem como fossem declarados nulos todos os atos e deliberações havidos, durante as reuniões por ventura realizadas. Alega o impetrante que o ato é ilegal e abusivo porque usurpa atribuição exclusiva sua, nos termos do art. 157, inciso V, da Constituição Estadual, combinado com o art. 64, inciso XII, da Lei Orgânica Municipal suso gizada.

Foi concedida a liminar suplicada pelos motivos expostos no despacho de fls. 2v..

No prazo, a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 63/76.

Nelas, sustenta o impetrado que agiu arrimado na Lei Orgânica Municipal, já mencionada, cujo art. 16 lhe permite, bem como ao terço da Casa e à Comissão Representativa, a iniciativa do ato convocatório. A verba de inconstitucional o art. 157, V, da C. E., em que o impetrante se abordoa, por ofensivo à autonomia municipal, resguardada pelo art. 15, da Carta da República. Diz, ainda, que inúmeras vezes já houvera convocações semelhantes, por iniciativa da Presidência da Câmara Municipal, sem que o Sr. Prefeito as malsinasse.

O digno Representante do Ministério Público emitiu o parecer de fls. 105/113, opinando pela concessão da ordem.

Em seu sentir, os dispositivos invocados pelo impetrante lhe dão apoio, já que não há, no art. 157, inciso V, da C. E., a inconstitucionalidade alegada, pois que guarda sincronia com a Carta da República e garante o princípio da independência dos poderes.

Essa é a suma do processo.

ISSO POSTO:

II. Antes de decidir a lide, convém se faça, desde logo, um registro.

Diariamente ingressam no Foro dezenas e dezenas de ações. Todas elas representam para os litigantes e juizes, em princípio, algo de muito sério e grave, já que buscam o socorro da Justiça. Mas, tão grande é o número de feitos a serem ombreados pelos juizes, que uns, em seu andamento, devem ter prioridade sobre

RCGERS, Porto Alegre, 4(8), 348-354, 1974

outros, ainda que se dispense a todos o mesmo cuidado na valorização dos fatos e a mesma preocupação da sentença justa.

Em alguns casos é a própria lei que estabelece as preferências (acidentes do trabalho, falências, alimentos, etc.). Em outros, é o juiz mesmo, com seu discernimento, quem o faz, não impressionado pelo vulto no valor da causa, nem pela projeção social ou política das partes, mas pela gravidade das situações que lhe são apresentadas, seja pela relevância da matéria, seja pela repercussão social, seja pela possibilidade de perecer, irremediavelmente, o direito invocado.

O próprio Código de Organização Judiciária do Estado, em seu art. 401, por mim mencionado no despacho inicial, prevê tais hipóteses e rege o comportamento do magistrado diante delas.

Por isso, nada há de estranhável tenha eu avocado o presente mandado de segurança, pois, embora fora do expediente, encontrava-me no átrio do Palácio da Justiça, quando o feito foi submetido ao meu despacho.

A relevância da matéria e o interesse social que encerra desnecessitam demonstração. Basta ver o amplo noticiário que tem recebido por parte da imprensa. E, neste passo, desejo prestar minha homenagem aos veículos de informação do nosso Estado, pela correção das notícias que divulgaram e pela seriedade com que vêm tratando do assunto. Dão, assim, um exemplo público do respeito e reverência à Justiça, que deve pairar sempre acima das paixões e dos interesses mobilizados, para que possa cumprir com serenidade sua missão constitucional de resguardar a ordem jurídica, assegurando os direitos e as liberdades de cada um e, portanto, de todos.

2. A idoneidade do mandado de segurança para atacar o ato proferido da Presidência da Câmara Municipal não foi questionada. Hoje é pacífico que o "judicial control" se exerce não somente sobre os atos da Administração Pública, mas, também, sobre os dos Parlamentos.

Resta saber se uma autoridade é parte legítima para atacar o ato inquinado de abusivo ou ilegal, de outra autoridade. É que o mandado de segurança, "para proteger direito líquido e certo não amparado por "habeas corpus", seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder", foi posto no capítulo que declara, na Constituição Federal, os direitos e garantias individuais (art. 153, § 21).

Justamente por causa de tal tipologia, OTHON SIDOU se manifesta contra (Mandado de Segurança, 2.<sup>a</sup> ed., Rio, págs. 91 a 96). No mesmo passo segue AGRÍCOLA BARBI sustentando

RCGERS, Porto Alegre, 4(8), 348-354, 1974

que o princípio de igualdade das partes em juízo ficaria ferido porque, no mandado de segurança, a parte passiva é colocada em grau de inferioridade, a fim de dar maior garantia à parte ativa, que será sempre pessoa, natural ou jurídica, de direito privado (Do Mandado de Segurança, 2.<sup>a</sup> ed., Forense, n.ºs 77 a 81).

SEABRA FAGUNDES (Do Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 3.<sup>a</sup> ed., Rio, pág. 332) e THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI (Do Mandado de Segurança, 4.<sup>a</sup> ed., Rio, págs. 207 a 209), sem aprofundar o assunto, inclinam-se pela admissão.

Ao meu ver, qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que possa usar das ações civis em geral, está legitimada a intentar o "mandamus".

Com efeito.

Inexiste dúvida de que o mandado de segurança é verdadeira ação judicial e se desenvolve por meio do processo.

Segundo G. CHIOVENDA, o objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação (confira ISTITUZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, n.º 15; PRINCIPII DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, § 2.º, 3; SAGGI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, vol. II, págs. 375 e seguintes). Quer dizer, para os litigantes o processo é o meio de que se valem para, através da tutela jurisdicional (fim imediato de ordem processual), impor ao obrigado sua pretensão resistida (fim imediato de ordem material). Mas, para o Estado, teleologicamente, o processo se destina a restaurar a ordem jurídica violada, atuando a lei, o que determina, ocasionalmente, a proteção ou tutela do direito individual porventura existente (confira P. CALAMANDREI, Istituzioni di Diritto Processuale Civile, ed. CEDAM, Padova, 1943, § 22).

O mandado de segurança, espécie de processo, não foi concebido, portanto, com o fito único de proteger os direitos e garantias individuais, e, sim, com o fim mediato, político, preponderante e abrangente dos demais, pois, de assegurar com o máximo de celeridade o respeito e obediência às leis, quando violadas pelas próprias autoridades do Estado.

Visto assim que "writ" é remédio idôneo para a terapêutica da lesão de direito alegada na inicial e que as partes são legítimas, passa-se ao exame da questão de fundo.

3. Consoante já se historiou no relatório, a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, em dispositivos diversos (arts. 16, 33, inciso V, e 64, inciso XII), atribui ao Presidente da Câmara

RCGERS, Porto Alegre, 4(8), 348-354, 1974

Municipal, ao terço da Casa, à Comissão Representativa e ao Prefeito Municipal, a iniciativa para convocar sessões legislativas extraordinárias. Ocorre que, ao dar tal atribuição ao Prefeito, ajuntou o advérbio **privativamente** (o grifo é meu).

Nisto reside o dissídio.

4. Sem ambages, afasta-se o exame da constitucionalidade, ou não, do art. 157, V. da Carta Estadual, em que o imperado se apega. É que o legislador municipal perfilhou-o em sua Lei Orgânica, adotando-o mediante ato próprio seu. Com isso, se algum vício continha, ficou ele sanado. Nada lhe foi imposto.

Poder-se-ia dizer que, assim mesmo, permanece a afronta ao Super-Estatuto, que assegura em seu bojo a autonomia municipal. Não é assim, como adiante se verá, isso porque o assunto pode ser resolvido nos lindes da Lei Orgânica mesma.

#### 5. Efetivamente.

O direito constitui um todo orgânico. Nele somente se permite a coexistência de normas que se harmonizem.

Se o legislador municipal atribuiu a diversas pessoas ou órgãos a iniciativa para convocar sessões legislativas extraordinariamente, mas a uma só dá tal atribuição em caráter privativo, retirou-a das demais. Aplica-se, aqui, o mesmo princípio da coexistência ou derrogação de leis antinômicas. A especial derroga a geral. A geral abrange a especial. Mas a recíproca não é verdadeira, pois que, no momento de incidência, prevalece a especial.

6. Não bastasse tal subsídio, haveria outro igualmente poderoso.

CARLOS MAXIMILIANO, ao estudar o problema das disposições contraditórias, em sua *Hermanêutica e Aplicação do Direito*, diz:

Apure o intérprete se é possível considerar um texto como afirmador de princípio, regra geral; o outro, como dispositivo de exceção; o que estritamente não cabe neste, deixa-se para a esfera de domínio daquele (n.º 141).

Pois bem.

O princípio geral é de que a iniciativa para convocar a sessão extraordinária é sempre do Chefe do Executivo. Assim é na Constituição Federal como na Estadual, como bem o demonstrou o nobre Representante do Ministério Público em seu parecer.

In casu, como o legislador municipal entendeu de restringir a iniciativa, dando-a ao Prefeito privativamente, a dos demais não cabe no dispositivo de exceção, que haveria, se inexistisse o advérbio.

De outra parte, atendendo-se a que há dispositivos conflitantes, deve prevalecer o princípio de simetria, ainda que não concorde eu com a posição do Ministério Público, que sustenta deva ele ser imposto, rigidamente, por conter o princípio da independência dos poderes. Aqui, apenas o invoco como elemento de interpretação.

7. O direito, nunca se cansam de proclamar os juristas alemães, não é uma ciência exata (das Recht ist nicht eine exact Wissenschaft). A lógica jurídica não é uma axiomatização ou formalização da lógica matemática. O intérprete parte da norma como hipótese ginoseológica concreta. Este ir ao individual em uma individuação criadora é, exatamente, de lógica jurídica (confira Carlos Cossio, *El Derecho en el Derecho Judicial*, ed. A. Perrot, Buenos Aires, 1967, págs. 58 a 59). A interpretação concorre para precisar o conteúdo da hipótese (norma legal). Mas uma interpretação puramente objetiva, lingüístico-gramatical, é impossível. Todas as interpretações são feitas com certo propósito, isto é, motivadas por certos interesses práticos. Esses podem ser entendidos, inclusive, como aqueles que influenciaram o legislador (confira ALF ROSS, *Hacia una Ciencia Realista del Derecho*, cap. VI, n.º 2).

O nobre Representante do Ministério Público, em seu lúcido parecer, fez o retrospecto histórico do problema pertinente à iniciativa de convocação dos Parlamentos quando em recesso, desde os tempos da Grande Revolução Francesa até nossos dias. Examinou, inclusive, a colocação do problema em todas as nossas Constituições Federais. Na de 1969, o constituinte deu ao terço da Casa, juntamente com o Presidente da República, o poder de convocar extraordinariamente o Congresso. Mas a emenda constitucional n.º 1 reconsiderou tal posição, dando-o, privativamente, ao Chefe do Executivo, abrindo uma exceção para o Congresso Nacional autoconvocar-se em caso de estado de sítio (art. 29, § 1.º, "a", da C. F.). E apenas nesse caso. A exceção, por certo, não cabe aos Estados-membros, nem aos Municípios. Voltou-se, assim, à filosofia política que orientou o constituinte da Carta Republicana de 1891, afeiçoado ao modelo da Constituição Federal dos Estados Unidos, art. II, secção 3.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8), 348-354, 1974

Emendada a Constituição Federal de 1969, apressaram-se os legisladores estaduais e municipais em adaptar seus Estatutos fundamentais aos princípios por ela consagrados. Assim também foi feito pela Câmara Municipal de Porto Alegre, mas sem o cuidado de retirar do texto os dispositivos conflitantes com as emendas que faziam.

8. O fato de ter havido anteriormente sessões legislativas municipais convocadas por seu ilustre Presidente não impressiona. A norma contida no art. 64, XII, da Lei Orgânica Municipal, é de ordem pública. Por isso, irrenunciável. Nem por isso deixou de incidir, porque a norma sempre incide quando se verificam seus pressupostos de fato. Tão-só não teve ela cumprimento, o que é diferente, e seus efeitos perdurarão até que se lhes retire a eficácia.

### III. ANTE O EXPOSTO:

Concedo a ordem impetrada para o efeito de sustar o prosseguimento da sessão legislativa municipal convocada nos termos mencionados na inicial, mantendo, assim, o mandado provisório já expedido.

Por consequência, ainda, declaro ineficazes todos os atos e deliberações que se revistam da forma de ato jurídico, tornados ou praticados durante as reuniões porventura já realizadas, na referida sessão.

Adotem-se as providências necessárias.

Estando o feito sujeito o duplo grau de jurisdição, subam os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, oportunamente.

Custas na forma da lei. Deixo de arbitrar a verba honorária por entender incabível, na espécie, o princípio da sucumbência, quanto a isto.

Em Porto Alegre, aos 31 de janeiro de 1974.

**Luiz Melírio Uiraçaba Machado**

Juiz de Direito da 2.<sup>a</sup> Vara dos Feitos da  
Fazenda Pública, substituto em exercício

RCGERS, Porto Alegre, 4(8), 348-354, 1974

### SENTENÇA DO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1.<sup>a</sup> VARA DA VARA DA COMARCA DE SÃO LEOPOLDO, RS.

Vistos, etc.

V. T., brasileiro, advogado, solteiro, aqui residente e domiciliado, ajuizou o presente mandado de segurança contra ato do Sr. Prefeito Municipal de São Leopoldo, que negou ao impetrante o pagamento da verba de representação, conferida por decreto legislativo de n.º 116, fls. 07 dos autos relativa ao ano de 1971, quando o impetrante exercia a Presidência da Egrégia Câmara de Vereadores desta comuna. Diz, ainda, a inicial que foi paga, sem qualquer objeção, a relativa ao ano de 1972. Após realizar um histórico dos fatos, afirma que nenhum diploma legal proíbe que o Presidente do Legislativo perceba dos cofres públicos verba de representação, já que esta é uma gratificação a título de compensação pelos encargos de representação e não uma remuneração, mesmo nas comunas de menos de duzentos mil habitantes, onde o vereador não recebe subsídios. Junta documentos.

A Prefeitura Municipal chamada à lide se manifesta a fls., após ser indeferida a liminar requerida. Resumidamente diz que o Decreto n.º 116, embaixador da pretensão do impetrante, é nulo, pois na sessão da Col. Câmara, no qual foi ele aprovado, não havia o "quorum" necessário. De outra banda, forte em parecer da Consultoria Geral do Estado, seria inconstitucional perceber o Presidente do Legislativo verba de representação, que outra coisa não é do que remuneração, no seu sentido amplo, quando a vereança, em seu exercício, por mandamento constitucional, é gratuita.

O Min. Público dá seu parecer a fls., afirmando que o direito do impetrante não é nem líquido, nem certo, vez que o Dec. legislativo não poderia ter efeito retroativo.

É, em síntese, o relatório.

DECIDO.

II — O impetrante funda o seu direito no já citado Decreto Legislativo de n.º 116, de 30 de dezembro de 1971 e pelo qual é fixada a importância de Cr\$ 900,00 mensais ao Presidente da Câmara Municipal, a título de verba de representação. O mesmo diploma em seu art. 2.º faz retroagir os seus efeitos a 1.º de março do mesmo ano, ou seja, 1971.

Vê-se que o impetrante exerceu a Presidência da Colenda Câmara no período que fixa em a inicial, tendo, inclusive, percebido dos cofres municipais a representação referente ao ano de 1972, vendo denegada a pretensão de percebê-la em razão do ano de 1971. Daí o "mandamus".

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 355-356, 1974

É lição pacífica na doutrina e jurisprudência que não deve o julgador examinar a constitucionalidade ou não de uma norma, quando, preliminarmente, a solução para o caso se encontre na legalidade ou não da pretensão. Aliás, tal foi o caminho seguido pelo Egr. Tribunal Pleno do Estado, em julgado publicado na RJ do TJ do RGS, n.º 9. Destarte ficam prejudicadas as teses a respeito da constitucionalidade ou não do Decreto Legislativo de n.º 116, pois, como se verá, a pretensão do impetrante não tem embasamento legal, já que não poderia o citado diploma legal fazer retroagir seus efeitos, máxime tratando-se de verba de representação.

Com efeito, a representação, quer encarada como remuneração no sentido amplo do termo, quer como apenas uma compensação pelos encargos da Presidência do Legislativo, tem, em si, uma única finalidade — o seu uso imediato. De fato, se existe, é para que aquele que possui o “status” originador da citada verba dela faça uso imediatamente, compensando-se pelas despesas efetivadas na “representação” de seu cargo. Destarte e seguindo-se tal linha de raciocínio, se o impetrante ou quem ocupasse o cargo de Presidente da Câmara de Vereadores durante uma legislatura “representou” o Legislativo sem carecer da “compensação” (da inicial) não poderá, de futuro, pleitear a compensação pelas despesas anteriormente realizadas. Em outras palavras, constitucional ou não, legal ou não, a verba de representação, *in casu*, só pode ser deferida para o futuro e não com efeito retroativo, pois nesse caso estaria fugindo de sua específica finalidade — compensação atual e imediata, com relação a despesas efetivas em razão do cargo.

III — Por tais motivos o direito alegado pelo impetrante, “data venia”, não se apresenta com a liquidez e certeza exigíveis no mandado de segurança, já que o Decreto embasador da segurança não poderia fazer retroagir seus efeitos.

“Ex positis” julgo improcedente a ação, denegando a segurança requerida.

Custas pelo impetrante.

Reg., Publ. e Intime-se.

São Leopoldo, 21 de novembro de 1973.

Guilherme O. de S. Castro  
J. D. da 1.ª Vara

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 355-356, 1974

## Í N D I C E

AÇÃO DECLARATÓRIA PRINCIPAL E INCIDENTAL (Celso Agrícola Barbi) .....	45
ALÍQUOTA DO ICM NA OPERAÇÃO QUE DESTINA MERCADORIA A CONSUMIDOR LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO (Jorge Arthur Morsch) .....	157
ATO-CONDIÇÃO NO CONTRATO TÁCITO DE EM- PREGO PÚBLICO (Armando Henrique Dias Cabral) ..	63
BONS ANTECEDENTES (Habeas-corpus n.º 4.207 — T. J. do Estado do Ceará) .....	327
CAIXA DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA DE FUN- CIONÁRIOS DE BANCO (Arnoldo Wald) .....	197
CONCURSO .....	306
CONVOCAÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES, EM CARATER EXTRAORDINÁRIO, PELO PRÓPRIO PRE- SIDENTE DO ÓRGÃO LEGISLATIVO (Sentença do Juízo da 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Porto Alegre) .....	348
CUMULAÇÃO DE AÇÕES, RECONVENÇÃO E LITIS- PENDÊNCIA (Arruda Alvim) .....	13
DESAPROPRIAÇÃO — O MAIS SINGULAR INSTI- TUTO JURÍDICO (Mauro Cunha) .....	75
DESAPROPRIAÇÃO — AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA OU DERIVADA (Luiz de Gonzaga Gomes de Freitas)	97
DESAPROPRIAÇÃO PARA URBANIZAÇÃO (Hely Lopes Meirelles) .....	121
	357

FÉRIAS (parecer 2445/CGE) No sistema estatutário são inconversíveis em pecúnia. Quem se desvincula da Administração Pública, sem fruí-las, perde-as inapelavelmente, ainda que o impedimento tenha sido em razão do serviço. Sistemática do instituto das férias no direito brasileiro .....	225
FÉRIAS E LICENÇA PRÊMIO (parecer 2469/CGE) Alinhando-se entre os direitos referentes ao repouso do servidor, não integram o seu patrimônio e não se configuram, portanto, como direitos hereditários. A conversão da licença prêmio em dinheiro depende de procedimento em que o servidor manifeste a opção e essa decisão caracteriza-se como ato constitutivo do direito ..	293
FIANÇA (parecer 2475/CGE) Estipulação verbal de limite da obrigação do fiador, inferior à fiançada. Inexistência jurídica e conseqüente ineficácia, da estipulação, por ausência da expressão escrita. Inteligência do § 2.º, art. 18, do Decreto Estadual n.º 20.148/70 .....	235
FUNCIONÁRIO — Ver páginas .....	333
..... 173, 183, 225, 248, 271, 283, 293, 306, 330 e	
FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ENQUADRAMENTO — REENQUADRAMENTO E RECLASSIFICAÇÃO Apelação Cível n.º 19.831 — T.J.R.G.S. ....	333
GRATIFICAÇÃO PELA ELABORAÇÃO DE TRABALHO TÉCNICO OU CIENTÍFICO (parecer 2466/CGE) A gratificação de que trata o art. 107 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado só é devida quando o trabalho solicitado for aproveitado pela Administração. Exegese do art. 67, VI, c, do Estatuto. Aplicação do Decreto n.º 1.364, de 19/9/1950 .....	283
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — SONEGAÇÃO FISCAL Agravo de Petição n.º 18.608 — T.J.R.G.S. ....	337
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — MERCADORIA IMPORTADA DESTINADA A INCORPORAÇÃO AO ATIVO FIXO Agravo de Petição n.º 19.196 — T.J.R.G.S. ....	342

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PARA O EFEITO DE O JUDICIÁRIO AUMENTAR VENCIMENTOS DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS Apelação Cível n.º 19.471 — T.J.R.G.S. ....	330
INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE DE LEI MUNICIPAL, LEGITIMAÇÃO PARA SUA ARGUIÇÃO E COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO. DISPENSA DE CONCURSO PARA A PRIMEIRA INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO Representação n.º 19.523 — T.J.R.G.S. ....	306
ISS — TAXATIVIDADE PARCIAL DA LISTA (Arthur Carlos A. Pereira Gomes) .....	109
LICENÇA PRÊMIO (parecer 2455/CGE) Só é conversível em dinheiro se permitido expressamente na lei local .....	248
MAIORIA SIMPLES (parecer 2449/CGE) É a regra geral consagrada no sistema constitucional pátrio, como critério de indagação da vontade dos legislativos — arts. 31 e 13, respectivamente da Carta Federal e Estadual .....	240
MÉTODO DE CÁLCULO DO IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE SERVIÇOS (Heron Arzua) .....	33
NOVOS INSTRUMENTOS OPERACIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO, OS (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho) .....	163
ORÇAMENTO (parecer 2464/CGE) Não aprovado o projeto respectivo pela Câmara no prazo constitucional, opera-se a sanção pelo chefe do executivo. Inteligência do art. 66 da Constituição Federal, que tem aplicabilidade na órbita municipal .....	287
POSTURAS MUNICIPAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Antonio Tito Costa) .....	71
PROCEDIMENTO ORDINÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, O (José Carlos Barbosa Moreira)	137
REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES MUNICIPAIS (Caio Tácito) .....	173
	359

RESTITUIÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE IMPORTÂNCIA RECOLHIDA EM EXECUTIVO FISCAL (Mandado de Segurança n.º 21.837 — T.J.R.G.S. ....	303
13.º SALÁRIO AOS SERVIDORES PÚBLICOS REGISTROS PELO ESTATUTO (Orlando Giraldo Vanin) ....	183
SECRETÁRIO MUNICIPAL — VERBA DE REPRESENTAÇÃO (parecer 2471/CGE) Cargo em Comissão — Incidência de vantagens por tempo de serviço — Funcionário municipal — Aposentadoria . . . . .	271
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA (parecer 2477/CGE) Licitações. Obrigação de Fornecer Certidão de seus atos. Os princípios relativos às licitações aplicáveis aos entes públicos, stricto sensu, não alcançam obrigatoriamente as sociedades de economia mista, que são pessoas de direito privado. O mesmo ocorre quanto ao fornecimento de certidão por estes últimos órgãos, os quais ainda se eventualmente obrigados, não estariam sujeitos a tanto, de modo indiscriminado, senão na medida e forma previstas na lei . . . . .	255
SUPLENTE DE VEREADOR (parecer 2487/CGE) Expectativa de mandato. Somente quando esteja substituindo ou suceda ao titular, sofre incidência das regras jurídicas sobre impedimentos e incompatibilidades ....	250
TAXA DE CONSERVAÇÃO E MELHORAMENTO DE ESTRADAS Agravo de Petição n.º 20.699 — T.J.R.G.S. ....	344
TRADUTORES PÚBLICOS E INTÉRPRETES COMERCIAIS (parecer 2467/CGE) Não são servidores públicos, mas agentes auxiliares do comércio, autônomos, não podendo por isso, adquirir estabilidade na função, ainda que tenham previamente se submetido à prova de habilitação, para apurar a capacidade profissional . . . . .	277
TRIBUTOS — Ver páginas 33, 109, 157, 303, 337, 342 e	344
VERBA DE REPRESENTAÇÃO Sentença do Juízo da 1.ª Vara da Comarca de São Leopoldo . . . . .	355

